

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА  
Юридичний факультет  
Лабораторія дослідження теоретичних проблем прав людини

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ  
НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування  
Львівська лабораторія прав людини і громадянина

# АНТРОПОЛОГІЯ ПРАВА: ФІЛОСОФСЬКИЙ ТА ЮРИДИЧНИЙ ВИМІРИ

*Статті учасників VII Міжнародного «круглого столу»  
(м. Львів, 9-10 грудня 2011 року)*

2-е видання, виправлене і доповнене

Львів  
“Галицький друкар”  
2012

УДК 340.12  
ББК 67.0я73  
А 45

А 45 **Антропология права : філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : Статті учасників VII Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 9-10 грудня 2011 року).** – Львів : Галицький друкар, 2012. – 2-е вид., виправ. і доп. – 612 с.

**Засновник видання:** Лабораторія дослідження теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка.

У збірці представлено наукові статті, підготовлені учасниками VII Міжнародного круглого столу „Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)”, який відбувався на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка 9-10 грудня 2011 року.

Статті друкуються в авторській редакції.

© М. Альчук, В. Бігун, Д. Бочаров, І. Вершок, Д. Вовк, К. Гарбузова, В. Гончаров, Р. Губань, О. Губар, Д. Гудима, А. Дідікін, С. Добрянський, Д. Дубровський, А. Дудчик, М. Дьячкова, Б. Єсенкулова, М. Єфімов, А. Істомін, С. Калінін, С. Касаткін, С. Каспшак, Д. Кобринський, О. Лисанюк, О. Литвинов, С. Максимов, Б. Малишев, Ю. Матвєєва, Б. Мелкевік, Н. Морська, К. Наумова, О. Никитченко, В. Оглезнев, О. Павлишин, В. Петрушенко, С. Погребняк, О. Познякова, П. Рабінович, С. Рабінович, І. Рубець, Н. Сатохіна, В. Смородинський, О. Стародубцев, М. Тарнавська, В. Токарев, М. Томюк, О. Томюк, О. Уварова, Л. Удовика, С. Шевцов, Р. Шульга, 2012.  
© Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2012.

ISBN 978-966-970-445-0

## ЗМІСТ

<i>М. АЛЬЧУК.</i> ПРОБЛЕМА ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА І ТЕОРІЇ ПРАВА У ВЧЕННІ БОГДАНА КІСТЯКІВСЬКОГО .....	7
<i>В. БИГУН.</i> ЧЕЛОВЕК В ПРАВЕ: КИНЕМАТОГРАФИЧЕСКИЙ ОБРАЗ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА (ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВОЙ ОЧЕРК И ФИЛЬМОГРАФИЯ).....	18
<i>Д. БОЧАРОВ.</i> СУДОЧИНСТВО ЯК САКРАЛЬНА ГРА.....	46
<i>І. ВЕРШОК.</i> АНТРОПОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД В ИЗУЧЕНИИ СОЗНАНИЯ И ПРАВОВОГО СОЗНАНИЯ .....	63
<i>Д. ВОVK.</i> ХРИСТИЯНСЬКА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ: ПРОБЛЕМИ РОЗУМІННЯ .....	73
<i>Е. ГАРБУЗОВА.</i> ИНСТРУМЕНТАЛЬНАЯ СУЩНОСТЬ ПРАВА: АНТРОПОЛОГИЧЕСКОЕ ПРОЧТЕНИЕ.....	94
<i>В. ГОНЧАРОВ.</i> МОДЕЛИ ГОЛОСОВАНИЯ СУДЕЙ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ДИНАМИЧЕСКОГО ТОЛКОВАНИЯ ПРАВА: ОТЕЧЕСТВЕННАЯ ЮСТИЦИЯ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ.....	115
<i>Р. ГУБАНЬ.</i> ДО ПРОБЛЕМИ СУСПІЛЬНОЇ ОЦІНКИ ЕФЕКТИВНОСТІ РОБОТИ НАЦІОНАЛЬНОЇ ЕКСПЕРТНОЇ КОМІСІЇ УКРАЇНИ З ПИТАНЬ ЗАХИСТУ СУСПІЛЬНОЇ МОРАЛІ .....	122
<i>О. ГУБАРЬ.</i> ДИАЛЕКТИКА МОТИВАЦИИ В ПРАВОСОЗНАНИИ СОВРЕМЕННЫХ СТУДЕНТОВ .....	130
<i>Д. ГУДИМА.</i> ДО ПИТАННЯ ПРО АНТРОПОЛОГІЧНІ СЮЖЕТИ У ПРАКТИЦІ СТРАСБУРЗЬКОГО СУДУ .....	137
<i>А. ДИДИКИН.</i> ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ИСТОРИИ РОССИЙСКОЙ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ XVIII-XIX ВВ. ....	149
<i>С. ДОБРЯНСЬКИЙ.</i> ЮРИДИЧНЕ ГАРАНТУВАННЯ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ: МОЖЛИВОСТІ УДОСКОНАЛЕННЯ .....	165

<i>Д. ДУБРОВСКИЙ, А. СТАРОДУБЦЕВ.</i> ПРЕПОДАВАНИЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СИСТЕМЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ: ПРОБЛЕМЫ И РЕШЕНИЯ.....	179
<i>А. ДУДЧИК.</i> ПРОЕКТ «ГУМБОЛЬДТОВСКОГО» УНИВЕРСИТЕТА В ГЕРМАНИИ XIX В.: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО СТАТУСА И АКАДЕМИЧЕСКИХ СВОБОД.....	194
<i>М. ДЬЯЧКОВА.</i> СОЦИАЛИЗАЦИЯ И ПРАВО.....	204
<i>Б. ЕСЕНКУЛОВА.</i> О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЖЕНЩИН В КОНТЕКСТЕ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНЦИПА ВСЕОБЩЕЙ ПОДСУДНОСТИ.....	208
<i>М. ЕФИМОВ.</i> ИСТОРИЯ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ АНТИСЕМИТИЗМУ В КАРЕЛИИ: ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ МОЛОДЕЖНОЙ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ГРУППЫ КАРЕЛИИ И ЕВРЕЙСКОЙ РЕЛИГИОЗНОЙ ОБЩИНЫ ПЕТРОЗАВОДСКА В 1999 – 2010 ГГ.....	219
<i>А. ИСТОМИН.</i> СООТНОШЕНИЕ СВОБОДЫ И ЗАКОНА В ФИЛОСОФИИ М. МАМАРДАШВИЛИ.....	231
<i>С. КАЛИНИН.</i> МЕТОДОЛОГИЧЕСКОЕ ИЗМЕРЕНИЕ АНТРОПОЛОГИИ ПРАВА.....	247
<i>С. КАСАТКИН.</i> ПРОБЛЕМА СЛЕДОВАНИЯ ПРАВИЛУ: ХАРТ И ВИТГЕНШТЕЙН.....	256
<i>С. КАСПШАК.</i> ФУНКЦИЯ ЛЮДИНЫ У КУЛЬТУРЫ СПОЖИВАННЯ.....	277
<i>Д. КОБРИНСЬКИЙ.</i> ПЕРСПЕКТИВИ ГУМАНІТАРНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ПРАВА.....	290
<i>Е. ЛИСАНИЮК.</i> ОТВЕТСТВЕННОСТЬ И ИДЕНТИЧНОСТЬ СУБЪЕКТА.....	303
<i>О. ЛИТВИНОВ.</i> УКРАЇНА: СВІТ ПОВСЯКДЕННОСТІ ЯК ОСНОВА ПРАВОРОЗУМІННЯ (ЩОДО ФЕНОМЕНОЛОГІЧНИХ ПІДМУРКІВ АНТРОПОЛОГІЇ ПРАВА).....	321
<i>С. МАКСИМОВ.</i> ДИСКУРСИВНО-ЭКЗИСТЕНЦИАЛЬНАЯ ПРИРОДА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА.....	341

<i>Б. МАЛИШЕВ.</i> ТЕЛЕОЛОГІЧНА ДЕТЕРМІНАЦІЯ ПРАВА.....	354
<i>Ю. МАТВЄЄВА.</i> ІСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧНІ ПІДВАЛИНИ РОЗУМІННЯ ПРИНЦИПУ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ.....	362
<i>Б. МЕЛКЕВИК.</i> НАСИЛИЕ И МОЛОДЕЖЬ: СЕВЕРОАМЕРИКАНСКИЙ КОНТЕКСТ.....	375
<i>Н. МОРСЬКА.</i> ЮСНАТУРАЛІСТИЧНА ПРАВОВА ДОКТРИНА ЯК ОСНОВА РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ: ФІЛОСОФСЬКИЙ АСПЕКТ.....	385
<i>Е. НАУМОВА.</i> ФЕМИНИСТСКАЯ КРИТИКА ДИСКУРСА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА.....	396
<i>О. НИКИТЧЕНКО.</i> АНТРОПОЛОГІЧНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ АКТУАЛІЗАЦІЇ СОЦІАЛЬНИХ КОНЦЕПЦІЙ ЯК КОНВЕРГЕНТНОГО ПРОЦЕСУ В СУЧАСНОМУ РЕЛІГІЙНОМУ ЖИТТІ.....	403
<i>В. ОГЛЕЗНЕВ.</i> МОДИФИКАЦИЯ ТЕОРИИ РЕЧЕВЫХ АКТОВ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ПРАВОВЫМ ВЫСКАЗЫВАНИЯМ.....	416
<i>О. ПАВЛИШИН.</i> ПРАВОВА ЗНАКОВА КОНСТРУКЦІЯ ЯК АНТРОПОЛОГІЧНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ.....	425
<i>В. ПЕТРУШЕНКО.</i> ЭПИСТЕМОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ АНТРОПОЛОГИИ ПРАВА.....	430
<i>С. ПОГРЕБНЯК.</i> ПРИНЦИП НАЛЕЖНОГО УПРАВЛІННЯ (МІЖНАРОДНИЙ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД).....	439
<i>О. ПОЗНЯКОВА.</i> ПРОЕКТ ПРАВОВОГО ОБЩЕСТВА И. КАНТА КАК КОНЦЕПТУАЛЬНАЯ ОСНОВА УНИВЕРСАЛИЗМА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ.....	453
<i>П. РАБИНОВИЧ.</i> ЛЮДЯНИСТЬ ПІД ЗАХИСТОМ ПРАВА.....	459
<i>С. РАБИНОВИЧ.</i> ОТ СУЩНОСТНОЙ ВОЗМОЖНОСТИ – К СОЦИАЛЬНОЙ ФУНКЦИИ ЧЕЛОВЕКА? (ПОЛЕМИЧЕСКИЕ ЗАМЕТКИ О «ПРАВЕ ЕСТЕСТВА»).....	472
<i>І. РУБЕЦЬ.</i> ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОСМЕРТНИХ РЕПРОДУКТИВНИХ ПРОГРАМ.....	479
<i>Н. САТОХИНА.</i> ФРОНЕСИС КАК ПРАВОВАЯ СПОСОБНОСТЬ.....	490

<i>В. СМОРОДИНСЬКИЙ</i> . ДЕРЖАВОРОЗУМІННЯ (ВСТУП ДО НАУКОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ).....	501
<i>М. ТАРНАВСЬКА</i> . ДО ПИТАННЯ ПРО МОРАЛЬНУ ЗНАЧУЩІСТЬ НАСЛІДКІВ ПОВЕДІНКИ У ПРАВАЗАСТОСОВНІЙ ПРАКТИЦІ.....	508
<i>В. ТОКАРЕВ</i> . СПОСОБНОСТЬ БЫТЬ СУБЪЕКТОМ ПРАВА .....	519
<i>М. ТОМЮК</i> . ПРАВОСУДИЕ И ИГРА В РАБОТЕ Й. ХЕЙЗИНГА «ЧЕЛОВЕК ИГРАЮЩИЙ» .....	540
<i>О. ТОМЮК</i> . АНТРОПОЛОГИЧЕСКИЙ ТИП ПРАВО- ПОНИМАНИЯ И ГЕРМЕНЕВТИКА .....	545
<i>О. УВАРОВА</i> . РОЛЬ ПРИНЦИПІВ ПРАВА У ПРАВАЗАСТОСУВАННІ .....	552
<i>Л. УДОВИКА</i> . АНТРОПОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ РОЗВИТКУ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ .....	573
<i>С. ШЕВЦОВ</i> . ПРАВО ПО ТУ СТОРОНУ АНТРОПОЛОГИИ.....	583
<i>Р. ШУЛЬГА</i> . ЛЕГИТИМНОСТЬ ИНСТИТУТОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ В КОНТЕКСТЕ СОВРЕМЕННОЙ «ИНФЛЯЦИИ» ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ОТ ОСУЖДЕНИЯ К ПРИМИРЕНИЮ .....	592

## ПРОБЛЕМА ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА І ТЕОРІЇ ПРАВА У ВЧЕННІ БОГДАНА КІСТЯКІВСЬКОГО

*М. Альчук*

*Львівський національний університет імені Івана Франка,  
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: al\_chuk@bigmir.net*

Від XIX ст. проблеми науки про право вчені розглядають як філософію права. В історії філософсько-правової думки існували різні підходи до визначення філософії права та її предмета. Так, наприклад, Г. Гегель вважав її філософською наукою про право, що має своїм предметом ідею права, поняття права і його здійснення. Системно досліджував філософсько-правові проблеми Г. Гегель у праці “Основи філософії права” (1820). І. Кант наголошував на визначенні поняття і предмета права, котре є складним, адже воно належить до філософських понять, в основу якого покладено принцип свободи.

Філософський розвиток після І. Канта сприяв ще більшій залежності науки про право від філософії. На початку XIX ст. наука про право стала повністю підпорядкованою філософії. У філософії права розроблялись проблеми наукових правових знань. Г. Гегель найкраще виразив таку повну залежність науки про право від філософії. Зокрема він писав, що “наука про право є частиною філософії” [1, с. 60]. Б. Кістяківський зазначав, що в гегелівській філософії права дослідження права здійснюється в системі соціальної філософії, в якій розкривається його значимість. Отже, проблеми науки про право розглядали як філософію права. Б. Кістяківський зазначав, досліджуючи філософські системи І. Канта і Г. Гегеля, що філософія існує у вигляді окремих систем, в яких вона себе проявляє. Через множинність таких систем виявляється плюралізм підходів, які розкриває філософія. Він наголошував, що філософія права розкривала цікаві співвідношення між ідеями, але не виробляла стійкі знання про право в першій половині XIX століття.

Б. Кістяківський наголошував, що у будь-якому суспільстві деякі представники теоретичної юриспруденції намагаються виражати зміни і настрої, а деякі стають в опозицію. Хоча пошуки стабільності та стійкості для побудови теоретичної і практичної системи права є важливими. Тому звертаються та намагаються оздоровити юриспруденцію завдяки філософії. Б. Кістяківський наводив приклади пошуків юристами теоретичних обґрунтувань права за межами юриспруденції, тобто, у філософії, психології, математиці, мовознавстві. Та коли “відсутня

загальна філософська підготовка, то такі пошуки можуть привести до поглиблення кризи юриспруденції” [2, с. 75]. Є. Спекторський наголошував на дотриманні міри та неможливості замінити юриспруденцію іншими спеціальностями. Знаючи краще філософію, можна краще зрозуміти юриспруденцію. Тобто, юристи, усвідомлюючи проблеми філософії, більше аналізуватимуть власні проблеми, розкриваючи суть права та з розумінням ставитимуться до нових, модних течій [3, с. 63]. В гіршому випадку юрист просто перестане ним (юристом) бути, або ж займеться іншою діяльністю. У наведених прикладах недостатнє розуміння філософії вплинуло і на неправильне розуміння завдань юриспруденції.

Завдяки множинності наукових систем виявляється плюралізм підходів, які розкриває філософія. Звідси впливає і докорінна формальна відмінність філософії від конкретних наук. “Якщо філософії притаманні універсалізм та цілісність, які не властиві науці, то, з іншого боку, їй чужі сталість та загальнозначуща переконливість, які становлять головну рису науки” [4, с. 224]. Б. Кістяківський проводив аналогію між знаннями, що дають філософія та конкретні науки. Він писав, розкриваючи відмінність філософії від спеціальних наук, що в той період у багатьох працях з філософії права не було розроблено стійке наукове знання про право. “У філософії права розкривались цікаві співвідношення між ідеями” [5, с. 392]. Завдання філософії права розкрити плюралізм підходів та їхній зв’язок, адже в цьому коріниться формальна відмінність філософії від спеціальних наук.

Б. Кістяківський підкреслював, що занепад філософії усередині XIX ст. призвів до розвитку позитивної юриспруденції. Нові умови, які створили філософія і спеціальні науки, надали можливість науці про право стати самостійною. Перевагу в розробленні головних принципів правознавства надавали юридичним дисциплінам і зальній теорії права. Це сприяло новому розвитку філософської думки. Великої популярності набувала позитивна філософія. Узагальнення результатів позитивних наук – основне завдання позитивної філософії. Так, А. Меркель (1836–1896) – німецький теоретик права, автор “Юридичної енциклопедії” (1888) – підкреслював про необхідність розроблення загальної теорії права, яка поєднає знання окремих юридичних дисциплін та узагальнить їх у вченні про право. У своїй статті “Про відношення філософії права до позитивної юриспруденції і до її загальної частини”(1899) він зазначав, що філософію права потрібно підпорядкувати загальній теорії. Завдяки ідеям А. Меркеля загальна теорія права систематично

розроблялась і перетворилась у самостійну науку про право. Б. Кістяківський критикував такий підхід, бо узагальнені знання про право – це лише абстракції (“пусті місця”) [5, с. 393]. Такі знання про емпіричні явища, які виробляються позитивною юриспруденцією, не пояснюють і не розкривають змісту науки про право. Теоретики права для розкриття наукового змісту науки про право шукали підґрунтя у спеціальних гуманітарних науках, зокрема в державознавстві, соціології, психології, юридичній догматиці.

В ті часи панівне становище догматичної юриспруденції негативно впливало на становлення загальної теорії права та в наукових дослідженнях її проблем. Тим більше, вона не змогла замінити філософію права. Б. Кістяківський виділив два недоліки теорії права, які не дають здійснити таку заміну. Перший недолік – змістовний, тобто зміст філософії права є ширшим. Він наголошував, що навіть послідовний позитивіст Г. Шершеневич (1863–1912) вважав загальну теорію права лише частиною філософії права, виокремлюючи також історію філософії права та політику права. Так, Г. Шершеневич намагався дати загально філософське та антропологосоціологічне обґрунтування своєї загальної теорії права, але йому це не вдалося зробити. Зокрема він підкреслював, що філософія права не може бути побудована лише на юридичних науках. Другий недолік – методологічний, адже метод недостатньо з’ясований теоретично, а практично визначається у випадкових зв’язках, які встановлюються між загальною теорією права і догматичною юриспруденцією [5, с. 423-424]. Дослідники наголошували на використанні методу позитивної юриспруденції для успішного становлення справжньої науки. Отже, теорія права виникла як узагальнення окремих частин позитивної юриспруденції. Філософ зауважував, що метод науки розроблявся не шляхом дослідження її суті, а завдяки успіхам позитивної юриспруденції. Такий метод формально-логічно узагальнює та класифікує явища. Це – метод юридичної догматики, який не розкриває та не пояснює головну проблему загальної теорії права, що таке право [5, с. 425]. Для вивчення догматичної юриспруденції достатньо застосовувати методи формальної логіки як описові методи: узагальнення, зведення норм до понять, класифікація, виведення із понять наслідкових суджень, які формуються шляхом формально-логічних узагальнень. Такі методи – безумовно достовірні та загально значимі для догматичної юриспруденції, але не достатні для загальної теорії права. Богдан Олександрович зазначав, що “догматична юриспруденція – наука

описово-класифікаційна, а загальна теорія права – теоретично-пояснююча” [5, с. 432].

Також Б. Кістяківський наводив приклад, що теорія права, узагальнюючи наші відомості про право, не вичерпує цим завдань сучасної юриспруденції. Адже знання мають бути не лише узагальнені, а ще їх потрібно й пояснити. Для наукового пізнання змісту права представники загальної теорії права шукають зв'язків із окремими гуманітарними науками – соціологією, психологією, юридичною догматикою. Тому знову, як і сто років тому, правознавці звертаються за допомогою до філософії. Філософ права ставить питання про можливість “розчинення” наукового пізнання права у філософії [5, с. 394]. На його думку, це уже неможливо здійснити. Відбуваються зміни як у філософських, так і в юридичних науках, які примножили велику кількість емпіричних знань. Потрібно також звернути увагу на значний вплив юриспруденції щодо розвитку загальної теорії права та на зміни у тогочасній філософії.

Б. Кістяківський зазначав, що різні теорії права орієнтують науку про право на догматичну юриспруденцію, соціологію, психологію, які є протилежними науковими дисциплінами за їхнім предметом дослідження і методом. Отже, формувати науку про право на таких протилежних знаннях, хоча і можливо фактично здійснити, але науково не виправдано [5, с. 382]. Якщо орієнтуватися на кожну окрему науку, то це приведе до цікавих наукових результатів, але зібравши ці науки разом – отримаємо суперечність і протилежні погляди та теорії. Отже, методологічно неправильно орієнтувати науку про право на якусь одну спеціальну дисципліну гуманітарного-наукового знання. Така орієнтація на кожну окрему дисципліну можлива і приводить лише до частково вірних наукових результатів. Тому філософ наполягав на природності судження, “що науку про право потрібно орієнтувати на всій сукупності гуманітарних наук” [5, с. 382-383]. Методологічна вимога полягає у тім, що право не може відноситися лише до однієї сторони культурного життя людей. Так, право однаково пов'язане чи з державним устроєм, чи з суспільними відносинами, чи з душевними переживаннями.

Б. Кістяківський переконливо доводив, що легко вимагати орієнтацію науки про право на всю сукупність гуманітарно-наукового знання, але здійснити це дуже важко. “Гуманітарні науки не дають єдину і цілісну сферу наукового знання, а складаються із простої суми наук про людину та її культурне життя” [5, с. 383]. Якщо науку про право орієнтувати на кожну окрему гуманітарну науку, не відкинувши жодну з них, то отримаємо “не синтетичний цілісний, а лише еkleктичний збірний

результат” [5, с. 383]. Саме тому Б. Кістяківський критикував еkleктику та зауважував, що її елементів дуже багато у науковій літературі про право. Так, досить багато елементів еkleктики знаходимо у теорії М. Коркунова (1853–1904) і в працях Г. Шершеневича, але в ученні Л. Петражицького (1867–1931) цього не виявлено, бо він послідовно розкривав психологічний напрям права. Також і для сучасної української філософії, на думку М. Булатова, еkleктизм є характерною особливістю. Зокрема простежується “багатогранність, що простягається від органічної єдності через плюралізм методологічних принципів до еkleктизму” [6, с. 29].

Окрім еkleктики, Б. Кістяківський виокремив суперечність, яку неможливо вирішити, бо сама наука про право є гуманітарною, тому має бути рівноправною та взаємозалежною з іншими гуманітарними науками. Отже, орієнтуючи науку про право на кожну гуманітарну науку, потрібно кожну з них орієнтувати на науку про право. Така взаємна орієнтація гуманітарних наук не надасть міцного методологічного фундаменту для кожної із них. Тому філософ підсумував, що методологічно не правомірно безпосередньо орієнтувати науку про право на сукупність гуманітарних наук. Таке завдання можна здійснити лише за допомогою “аналітичної та критичної перевірки і синтезу, який би об'єднав різноманітне наукове знання, яке дає філософія загалом і філософія культури зокрема” [5, с. 384].

Філософ права з'ясував, що наука про право відноситься до царини гуманітарних наук. Також він ставив завдання з'ясувати методологічну природу науки про право. “Для того, щоб наука про право була побудована методологічно правильно, вона має бути зорієнтована не на тій або іншій гуманітарно-науковій дисципліні і не на всій сукупності їх, а передовсім на філософії культури і лише через неї на всій сумі гуманітарних наук, об'єднаних за допомогою філософії у цілісну систему наукового знання” [5, с. 384]. Для досягнення цієї мети необхідно звернутися до критичної філософії І. Канта, “яка направляє свій інтерес на наукове знання в процесі його творення” [5, с. 388]. Б. Кістяківський підкреслював, що принципи критичної філософії І. Канта суттєво та достеменно потрібно опрацьовувати для того, щоб вони відповідали запитам тогочасного наукового знання і потребам гуманітарних наук. Таке дослідження можливо здійснити, завдяки аналізу праці І. Канта “Критика чистого розуму”.

Б. Кістяківський переконливо доводив, що гуманітарні науки дають суттєвіші знання, ніж одні узагальнення емпіричних фактів.

Методологічна вимога орієнтувати науку про право на всю сукупність гуманітарно-наукового знання привела до переконання, що потрібно шукати опертя у філософії [5, с. 394]. На початку ХХ ст. такою філософією, поза сумнівом, виступила неокантіанська філософія представників Баденської школи, погляди яких поділяв Б. Кістяківський. Він підкреслював, що філософія права сприяє всебічному пізнанню права, тому аналізував доробок учених у цій сфері дослідження і детально окреслював всі особливості. Для того, щоб наука про право була методологічно правильно сформована у цілісну систему наукового знання, філософ розглянув декілька варіантів такої побудови.

Німецькі філософи Фр. Йодль, І. Вейзе підтримали Г. Когена, зазначивши методологічно важливою і плідною орієнтацію етики на юриспруденцію. Представники марбурзької філософської школи – Г. Коген, П. Наторп, Р. Штаммлер – розглядали науку про право як складову частину філософії, а наукове знання використовували як уже дане. Б. Кістяківський підкреслив, що такий підхід не дав змоги розкрити методологічну природу науки про право. Також з критикою цього підходу виступили філософи права – Є. Спекторський, П. Новгородцев.

Найбільш відомі представники баденської філософської школи – В. Віндельбанд, Г. Рикерт, Е. Ласк – звертали увагу не на побудову філософських систем із наукового знання, що уже є і пізнане. Їхня головна увага спрямована “на створення нового наукового знання шляхом аналізу набутих досягнень науки та розкриття тих методологічних принципів, які лежать в основі окремих наукових дисциплін” [5, с. 388]. В. Віндельбанд і Г. Рикерт розробляли проблеми методології гуманітарних наук у зв’язку з головними засадами філософії культури, з духом філософського критицизму та у вигляді системи цінностей. Філософію культури вони розглядали “не у вигляді завершеної деонтологічної системи Г. Когена. У відповідності з істинним духом філософського критицизму вона виявляється у своїх головних передумовах у вигляді системи цінностей” [5, с. 389]. Цінності розглядали не лише як умову історичного розуміння, а й пізнання взагалі. Своєрідність їхніх наукових інтересів і мета пізнання – це дослідження історичних наук у ціннісній і цілісній сфері буття.

Б. Кістяківський вказував на розвиток догматичної юриспруденції, який дасть матеріал і для побудови певної філософської системи. Він підкреслював, що “емпіричний характер предмета науки про право не може підлягати сумніву, потрібно також критично перевірити і її методологічні передумови” [5, с. 406]. Така перевірка досить складна

і потребує: по-перше, використання багатого наукового досвіду, який набутий у емпіричній побудові науки про право; по-друге, що в праві є елементи трансцендентальної первинності, про що свідчить відродження природного права [5, с. 406]. Такий філософський аналіз методологічної природи правознавства актуальний і в ХХІ ст., особливо, в сучасному українському правознавстві.

Правознавець розкривав співвіднесення філософії права і теорії права. Чи може теорія права замінити філософію права? Він виокремив два недоліки, які не дозволяють замінити філософію права загальною теорією права. По-перше, за змістом філософія права ширша за загальну теорію права. Також і позитивісти не ототожнювали загальну теорію права і філософію права. По-друге, метод недостатньо теоретично вияснений [5, с. 423]. Загальна теорія права із самого зародження використовувала метод позитивної юриспруденції, який вважався плідним. Філософський метод ототожнювали із спекулятивним, критичний лише зароджувався, а за інтуїтивний зовсім забули. Отже, Б. Кістяківський зауважував, що загальна теорія права виникла як узагальнення окремих частин позитивної юриспруденції, а метод розроблявся не шляхом дослідження суті науки, а завдяки успіхам позитивної філософії. Саме позитивна юриспруденція мала задовільнити практичні потреби правового життя. Такий метод позитивної юриспруденції є методом юридичної догматики. Це метод формально-логічних узагальнень і класифікацій [5, с. 424]. Метод юридичної догматики не розкрив основне питання загальної теорії права і не дав відповіді на питання про суть права. Правові явища не досліджували суттєво. На думку філософа, теоретики права узагальнювали правові явища і формально-логічно визначали загальне поняття права. Отже, можна виокремити головні підходи співвіднесення філософії права і теорії права:

- філософія права і теорія права є рівноправними і незалежними одна від одної;
- філософія права зводиться до теорії права, підпорядковується їй;
- філософія права поглинає та підпорядковує теорію права;
- філософія права і теорія права мають спільну сферу дослідження – право. Саме право – це та сфера, яка їх поєднує, взаємозумовлюючи і взаємодоповнюючи одна одну. На нашу думку, четвертий підхід найкраще розкриває взаємозв’язок філософії права і теорії права.

Також потрібно виокремити взаємозв’язок філософії права, теорії права, юриспруденції, соціології права, психології права, антропології права, політики права. Ці гуманітарні науки, як писав Б. Кістяківський,

мають виробити цілісне і синтетичне знання про право. Таке цілісне знання у системній формі можна назвати одним словом – це правознавство. Тому правознавство не зводиться до юриспруденції та неправомірно вживати ці поняття як синоніми. Отже, правознавство узагальнює багатоманіття знань про право і має виробити єдине визначення. Множинність знань про право – це не лише знання гуманітарних наук, а й інше, що виробилось в житті людей – повсякденне, міфологічне, релігійне, мистецьке. Тобто, це різні правові дискурси, які досліджують право.

Б. Кістяківський зазначав, що науки про суспільство, а також філософія мають сприяти вдосконаленню та розвитку правознавства, але вони не повинні поглинати чи займати місце юриспруденції. Філософський підхід розкриває теоретичну і практичну мету правознавства, засоби її досягнення та очікувані результати. Отже, філософія права як специфічна сфера, допомагає осмислювати, а в чомусь і вирішувати пізнавальні та етичні проблеми юриспруденції, не підмінюючи останньої. На початку ХХ століття дискусія щодо реформи юриспруденції охопила значне коло філософів, соціологів, психологів, юристів. Оpubліковано низку статей: Б. Кістяківського (“Криза юриспруденції і дилетантизм у філософії”), П. Михайлова (“Про реальність права”), П. Новгородцева (“Психологічна теорія права і філософія природного права”), Л. Петражицького (“До питання про соціальний ідеал і відродження природного права”), Є. Спекторського (“Суперечка про реальність права”), Ф. Тарановського (“Історичне і методологічне взаємовідношення історії, догми і політики права”). У цих статтях автори критично аналізували як догматичний формалізм, так і невизначеність термінів у правознавстві.

Філософія права виконує завдання критичної легітимізації існуючих правових теорій і моделей права, а також виступає як методологія юриспруденції. Зазначимо, що філософія права як правознавча дисципліна не зводиться до теорії права, бо завдання, які виконуються нею, є суто філософськими за предметом, методами та цілями дослідження. Зокрема російський вчений – С. Чукін виокремлює коло проблем, які досліджуються філософами права:

- питання обґрунтування діючого (позитивного) права, яке претендує на те, щоб бути обов’язковим для всіх людей, які проживають в певному соціальному просторі;
- питання концептуального обґрунтування теоретичних моделей;
- причини обов’язковості та дійсності позитивного права для поведінки окремих індивідів і соціальних груп;

– справедливість діючого (позитивного) права і джерела цієї справедливості;

– питання рівності в дійсному (позитивному праві);

– цілі права і легітимація;

– засоби, що використовуються діючим (позитивним) правом і їхня легітимація; – питання методологічного забезпечення теорії права [7, с. 43]. Філософи права зазначають цінність пізнавальної діяльності – буття світу, яке має значення в перспективі буття людини. Отже, для філософів права важливим є те, що саме завдяки праву можливо реалізувати фундаментальні людські цінності – рівність, свободу, справедливість.

В Україні з дев’яностих років ХХ століття відбувається відродження філософії права як науки. Спостерігається значне підвищення інтересу до філософії права як з боку філософів, так і з боку юристів. Помітна багатоманітність підходів у дослідженнях історії, предмета і методів філософії права, специфіки філософсько-правової рефлексії, місця філософії права в системі наук, у визначеннях суті права. Філософське осмислення права – завдання особливої наукової і навчальної дисципліни – філософії права, що має свій предмет дослідження та категоріальний апарат.

### Список використаних джерел:

1. Гегель Г. Філософія права / Г. Гегель ; [пер. с нем. Б.Г. Столпнера и М.И. Левиной]. – М.: Мысль, 1990. – 524 с.
2. Кістяковській Б. А. Кризис юриспруденції и дилетантизм в философии / Б.А. Кістяковській // Юридический Вестник. – 1914. – Кн. VI. – С. 70–106.
3. Спекторській Е.В. Юриспруденція и философия / Е.В. Спекторській // Юридический Вестник. – 1913. – Кн. II. – С. 60–92.
4. Кістяківський Б. Методологічна природа науки про право // Вибране / Богдан Кістяківський ; [пер. з рос. Л.Г. Малишевської ; упорядкування, передмова і примітки Л.П. Депенчук]. – К.: Абрис, 1996. – С. 207–236.
5. Кістяковській Б.А. Соціальныя науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права / Б.А. Кістяковській. – М.: Изд-е М. и С. Сабашниковых, 1916. – 704 с.
6. Булатов М.О. Про методи філософування / М.О. Булатов // Філософська думка. – 2004. – № 2. – С. 15–29.



7. Чукин С.Г. Плюрализм. Солидарность. Справедливость. К проблеме идентичности философско-правового дискурса в ситуации постмодерна: монография / С.Г. Чукин. – СПб.: Санкт – Петербургский университет МВД России, 2000. – 281 с.

### **ПРОБЛЕМА ВЗАИМОСВЯЗИ ФИЛОСОФИИ ПРАВА И ТЕОРИИ ПРАВА В УЧЕНИИ БОГДАНА КИСТЯКОВСКОГО**

***М. Альчук***

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко,  
г. Львов, ул. Университетская, 1, e-mail: al\_chuk@bigmir.net*

В статье рассмотрены проблемы соотношения философии права и теории права в учении Б. Кистяковского, что является важным не только в историческом смысле, но и в становлении современной украинской философии права. Отмечено, что Б. Кистяковский раскрыл развитие философии права российской либеральной интеллигенцией, стремившейся преодолеть исторически сложившееся неуважение к праву и недостаточное развитие правовой сферы, а также преодолеть кризис юриспруденции в начале XX в. На сегодня такие же тенденции характерны в постсоветском мире, поэтому эти процессы продолжают быть актуальными и для России, и для Украины.

*Ключевые слова:* философия права, теория права, концепция, соотношение, взаимосвязь.

### **THE PROBLEM OF CORRELATION BETWEEN PHILOSOPHY OF LAW AND THEORY OF LAW IN THE DOCTRINE OF BOHDAN KISTYAKIVSKY**

***M. Alchuk***

*Lviv Ivan Franko National University,  
Lviv, Universytetska Str., 1, e-mail: al\_chuk@bigmir.net*

The paper considers the problem of correlation of the philosophy of law and the theory of law in the teaching of B. Kistyakivsky, what is important not only in the historical sense but also in the formation of modern Ukrainian philosophy of law. It is indicated that B. Kistyakivsky revealed the development of legal philosophy by Russian liberal intellectuals that sought to overcome the historically formed disregard to law and the insufficient development of the legal field and overcome the crisis of jurisprudence in the early twentieth century. Today, these same trends have been observed in post-Soviet world because these processes are still topical for Russia and Ukraine.

*Key-words:* philosophy of law, theory of law, concept, correlation, connection.

## ЧЕЛОВЕК В ПРАВЕ: КИНЕМАТОГРАФИЧЕСКИЙ ОБРАЗ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА (ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВОЙ ОЧЕРК И ФИЛЬМОГРАФИЯ)

**В. Бигун**

*Институт государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины,  
г. Киев, ул. Трехсвятительская, 4, e-mail: vsbihun@hotmail.com*

**Вступление.** Современный человек в праве все чаще мыслится в контексте прав человека. Этот феномен фиксирует и кинообъектив. Кинематограф как искусство и сфера производства фильмов постепенно отображает и создаёт образ прав человека, в частности, в популярной культуре. Накопленный кинематографом материал о правах человека позволяет создавать (воссоздавать) образ прав человека, осмысливать и его философское измерение. А доступность такого материала создаёт предпосылки для его использования и популяризации во многих аспектах и функциях: правозащитной [2], просветительской [1], дидактической [5], восстановительной (репарационной) [2] и др. Есть основания говорить о зарождении понятия, которое можно условно определить, как кинематографический образ прав человека – это собирательное представление о правах человека, создаваемое кинематографом.

Этот материал (первые проекты которого уже публиковались [5]) – очерк о кинематографическом образе прав человека в свете категорий философии права. Задача такого очерка непростая. Как отмечает публицист Д. Бронкхорст в статье «Фильмы о правах человека. Размышления об их истории, принципах и методах» (2004) «теории» о фильмах о правах человека пока не разработано [1].

В общем, и кино, или более уже, юридические фильмы как фильмы о праве и юристах [5], – относительно новый объект исследования философии права (особенно, если сравнивать с литературой). Но кино, в частности фильмы, как нам представляется, в определенном смысле, – это экранизация литературы нового времени. Не утверждая, что время литературы прошло, мы полагаем, что литература больше не доминирует в популярной культуре в такой мере, как кино. Кинематограф, фильм как его продукт, не столько более совершенный, сколько более доступный (во многих отношениях), инструмент отображения реальности, его искусственного (художественного) создания. Поэтому есть основания и для науки, точнее, ученых, обратиться к кинематографу как объекту своего изучения. Это же касается

и исследования того, что мы определяем как кинематографический образ прав человека.

**История.** В ранней истории кино понятие прав человека отдельно не отображено: оно не встречается как отдельная тема сюжета фильма или тематика деятельности кинорежиссера. В то же время нет оснований считать её обделённой вниманием. Приведем несколько примеров [ср.: 1].

**Право на справедливый суд.** В 1917 году в Киеве режиссер Н. Брешко-Брешковский снял 25-минутный художественный фильм «Процесс Бейлиса». Фильм – демонстрация, по замыслу режиссера, фабрикация обвинения против невинного человека в одноимённом резонансном судебном процессе 1913 года. Фильм отображает понятие, которое сегодня определяется как право (человека) на справедливый суд.

**Право на жизнь, справедливый суд, и невиновность.** В 1928 году датский режиссер Карл Теодор Дрейер (Нильссон) в полуторачасовой «немой» драме «Страсти Жанны Д'Арк» воссоздал годичный судебный процесс над Жанной Д'Арк. Художественные образы действующих лиц – героини и церковного суда – настолько драматичны, что предоставляют зрителю возможность подняться над этим процессом, чтобы осознать разные проявления добра и зла. Смерть невинной Жанны есть нарушение её права на жизнь, лишённого «силами зла» в облике добра.

**Право на справедливый суд преступника общества.** Триллер 1931 года Фрица Ланга «М убийца» рассказывает историю серийного убийцы маленьких девочек Ганса Беккерта, которого поймал и «осуждает» сам преступный мир. Казалось бы, абсолютно негативный персонаж, как считается, прототип реального убийцы-маньяка, но он вызывает сочувствие у зрителя как человек. Суд государства или самосуд преступного мира не снимает и вопроса о том, кто должен нести ответственность за «наших детей», то есть, в определенном смысле, будущее.

Обобщая, отметим, что кинематограф прав человека черпал и черпает сюжеты для фильмов из человеческих драм, реальных историй, судебных процессов, которые непосредственно касались того, что ныне представляется, как права человека.

**Современность.** Современное кино более отчетливо отображает проблематику прав человека. «Права человека», как ключевые слова, все более часто используются для идентификации темы сюжета фильма. К примеру, в одной из самых больших баз данных о фильмах – Интернет-базе фильмов IMDb.com (более 1,6 млн. фильмов) по состоянию на

11.11.2011 эти ключевые слова идентифицируют около 900 фильмов. Для сравнения, в базе российского сайта «Кинопоиск.ру» – около 280. Количество фильмов, идентифицированных этими ключевыми словами, растёт (для сравнения, по состоянию на 1.04.2011 – 850 и 175, соответственно). В плане жанров среди фильмов, указанных IMDb.com, около 555 – документальные, 350 – драмы, 130 – исторические, 110 – так называемые «семейные» фильмы.

База IMDb.com идентифицирует, среди прочих, некоторые сложные ключевые слова. К примеру, «злоупотребления правами человека» (human-rights-abuse) рассмотрены в 15 фильмах, юрист в сфере прав человека/правозащитник (human-rights-lawyer) – 5, «нарушение прав человека» (human-rights-violation) – 4, «права ребенка», «детские права человека» (children-human-rights) – 3, «права человека в Иране» (human-rights-in-Iran) – 2, «движение за права человека» (pro-human-rights-movement) – 2, Human Rights Watch (human-rights-watch) – 1 фильме.

Следует отметить, что не все отмеченные этими ключевыми словами фильмы посвящены исключительно теме прав человека, раскрывают её бегло, как фрагмент сюжета. В то же время количество фильмов с сюжетом на тему прав человека потенциально намного больше, поскольку многие фильмы в базах данных не проиндексированы ключевыми словами. Этот «кинематографический материал» – поле как для исследования кинематографического образа прав человека, так и его создания.

Одновременно создается инструментарий и инфраструктура кинематографа прав человека, в частности как медиа [4]. Существуют специальные конкурсы фильмов, посвящённые этой тематике. Среди прочего, отметим создание сети организаций – фестивалей: Human Rights Film Network ([www.humanrightsfilmnetwork.org](http://www.humanrightsfilmnetwork.org)) по состоянию на 11.11.2011 насчитывает 32, каталоги и архивы тематических фильмов (к примеру, Human Rights Film Directory – University of Washington Libraries: <http://db.lib.washington.edu/hrfilms/hrfilms.htm>; Human Rights Films – University of Connecticut, Human Rights Institute: <http://humanrights.uconn.edu/resources/films.php>).

Экранизация проблематики прав человека постепенно становится социальным заказом. В последнее время, особенно к 60-летию Всеобщей декларации прав и человека вышло несколько фильмов, снятых «под заказ» известными режиссерами («Истории о правах человека» (2008), «Новые десять заповедей» (2008); «Если бы вы были мной» (Ю. Корея, 2003)). Эти кинозборники отражают актуальные проблемы прав человека.

В целом, проблематика прав человека интенсивно развивается и в разных формах современного кинематографа, представляя собой новый материал для познания и исследования.

**Форма и содержание.** Феномен прав человека находит своё отражение как в документальных, так и художественных фильмах. Поэтому отдельно следует упомянуть о значении формы и содержания кино о правах человека. Считается, что документальное кино способно более правдиво, реалистично рассказать историю, передать факты. Поэтому именно при описательном изложении преимущество отдаётся документальным фильмам. Не случайно, что одна из самых рейтинговых лент «Ночь и туман» (1955), повествующая о гитлеровских лагерях смерти, представлена в документальной форме.

Как отмечает Д. Бронкхорст, основной элемент рабочего определения фильмов о правах человека – его «правдивость», то есть, соответствие фактам [1]. Исследователь различает четыре типа документальных фильмов о правах человека [1]:

(1) «пояснительные» фильмы документируют конкретную ситуацию, страну или тему, как правило, смешивая впечатляющие кадры с места событий, интервью и комментарии участником событий и специалистов;

(2) «обличительные» фильмы фокусируются на определенных злоупотреблениях или практике злоупотреблений, с целью четкого определения субъектов ответственности; такие фильмы могут включать кадры, шокирующие зрителя, длиться часами или несколько минут;

(3) «исследовательские» фильмы сосредоточены на расследовании, которое ведет режиссер, подобно детективу, вместе со зрителем, например, местонахождении «пропавшего» человека или дела о политическом убийстве, или фактах, стоящих за каким-то политическим процессом;

(4) «свидетельствующие» фильмы не акцентируют внимание на пояснениях, изобличении или сюжете, минимально или вовсе не комментируют происходящее, просто иллюстрируя общую проблему.

Как уже отмечалось, жанр документального кино доминирует среди других жанров как форма фильмов о правах человека. Но все же, есть основания полагать, как считал, к примеру, режиссер Кшиштоф Кесьлёвский, что вымысел в художественном кино не только даёт большую художественную свободу, но и может более правдиво показать обстоятельства жизни. Неслучайно, что кинематографические поиски адекватной формы и содержания привели к использованию

«смеси» документального и художественного кино, как это представлено, к примеру, в фильме П. Уоткинса «Парк наказаний» (1971).

В последнее время актуализировалось распространение аматорски снятых видеоматериалов (на видеокамеры, видео телефонов и т.п.), в частности с помощью социальных сетей, интернет-порталов. Такая деятельность поддерживается правозащитными организациями, которые видят в ней инструмент оперативного отображения (и реагирования) актуальных проблем прав человека.

**Философия прав человека и кинематограф.** Переходя к тематически более содержательному изложению, отметим важность ответа на вопрос: Что же такое права человека?

Юридическая наука представляет свой ответ [см., например: 11; 9], политика – свой, экономика – свой. Какой же ответ кинематографа?

В поиске ответа на этот вопрос рассмотрим несколько аспектов этих фильмов в свете некоторых философско-правовых вопросов прав человека.

Отметим, вкратце, связь тематического юридического кинематографа и философии права, правовой антропологии (антропологии права). Человек в праве как проблема отображается в тенденции антропологизации юридической науки (включая и философию права), когда человек становится центральным их объектом, его природные правовые свойства и закономерности государственно-юридического обеспечения таких прав постепенно превращаются в важнейшую составляющую предмета этой науки [14, с. 33-34].

Закономерно выделяется правовая (философско-правовая) антропология как часть философии права и философия прав человека – как одна из её проблем [12; 14]. Как уже отмечалось нами, антропология права стремится изучать квазиправовое, и то, что ассоциируется с правом. Иными словами, и разнообразные правовые явления (например, правосознание, правовая культура) и их проявления в правовой системе, правовой реальности. А также и те, явления, которые могут влиять на явления правовые. Следует отметить, что особенностью антропологических этнографических исследований часто является стремление выяснить, что такое правовое, процесс его возникновения на примере сообществ и обществ (например, туземной), уровень юридизации которых, по сравнению с развитыми западноевропейскими сообществами, является невысоким [6; 7].

Подобно этому и фильмы о правах человека – это фильмы, операционные категории которых в высшей степени абстрактны – это сво-

бода, равенство, справедливость, право, власть, ответственность и др., которые являются и предметом исследования философии права.

Фильмы способны помочь в обосновании идеи прав человека. Как отмечается в авторитетном пособии «Философии права» (2005), «наряду с обоснованием права вообще как особого нормативного порядка важнейшей проблемой правовой антропологии является обоснование идеи прав человека, то есть ответ на вопрос: почему правовой порядок подразумевает соблюдение прав человека? Этот вопрос включает три момента: а) описание феномена прав человека как такового (аналитическая задача); б) выяснение статуса прав человека (легитимационная задача); в) обоснование идеи прав человека (нормативная задача)» [12].

Если присмотреться, то можно заметить, что приведённые выше разновидности документального кино в определенной степени решают эти задачи, в частности аналитическую и нормативную.

Следующим рассмотрим отображение философско-правовой проблематики в разрезе категорий философии права в фильмах о правах человека.

**Человек и власть.** Права человека – инструмент защиты человека и его достоинства от произвола власти. Рассматривая его в категориях добра и зла, права человека доминирующе представляется как проявление добра в борьбе со злом. Проявления власти и её произвола многолики: они представлены в действиях государства, церкви, корпораций, социальной или этнической группы, отдельных лиц (к примеру, диктаторов). Эта проблематика прав человека активно экранизируется, как форма рефлексии проявлений несправедливости. Приведем несколько примеров.

*Диссиденты и репрессированные как жертвы нарушений прав человека.* Судьба известных людей, репрессированных или гонимых властью, оказывается в центре сюжета многих фильмов. К примеру, о С.П. Королёве в драме Юрия Кары «Королёв» (2007) или А. Солженицыне в исторической драматическом сериале Глеба Панфилова «В круге первом» (2005), где главный герой должен сделать этический выбор: служить режиму или отправиться в ГУЛАГ. Очерк истории диссидентского движения в Украине представлен в документальном многосерийном фильме «Диссиденты» (2007). Критический подход к правам человека как к политическому инструменту влияния, к форме идеологической и диверсионной борьбы, представлен в некоторых прогосударственных фильмах советского периода, некоторых современных арабских стран, Китая, Беларуси (к примеру, белорусский цикл

передач 2008-2011 годов «Права человека. Взгляд в мир»). Как правило, человек, несмотря на героические усилия, один или в небольшой группе, не в силах противостоять системе произвола власти, поэтому права человека – необходимый внешний защитный механизм человека, его свободы.

*Свобода как основание прав человека.* К примеру, в драме Юрия Ильенко «Лебединое озеро. Зона» (1990) раскрыта антиномия произвола власти государства и свободы человека. В фильме заключённый, которому остаётся три дня до завершения срока, сбегает с тюрьмы (зоны, в которой, кстати, отбывал наказание сценарист фильма известный режиссер С. Параджанов). Содержание практически безмолвного фильма можно интерпретировать с помощью фундаментальных аллегорий: тюремная зона как государство; побег как неизбежность; грязная вода как отравленная жизнь; женщина как надежда; смерть как шанс на возрождение; побег как стремление к свободе. Свобода – состояние человека, необходимое для его существования, осуществления прав человека.

*Свобода и несвобода, рабство.* Проблема разницы свободы и несвободы ярко представлена в фильмах, посвящённых, к примеру, аболиционизму – «Цветы лиловые полей» (1985), «Амистад» (1997), «Рабство: Правдивая история Фанни Кимбл» (2000), «Удивительная легкость» (2006), колониализму – «Процесс в Вальядолиде» (1992), «Призрак Короля Леопольда» (2006), борьбе с апартеидом – «Ключ свободы» (1987), «Сила личности» (1992), «Бофа» (1993), «Мандела» (1996), «Конец игры» (2009), «Прощай, Бафана» (2007), человеку в тоталитарном обществе – «Бирманский видеореporter» (2008), рабства и торговли людьми в современном мире – «Лиля навсегда» (2002), «Вопрос + Ответ» (2008), «Живой товар» (2005), «На юг» (2005).

*Бесправие и беззаконие.* Состояние внешней несвободы – это состояние бесправия. Демонстрируя это, аргентинская драма «Официальная версия» (1985) рассказывает о личной (семейной) драме как одном из последствий военной диктатуры в стране, также известной как «грязная война» (1976-1983). Главная героиня – школьный преподаватель истории воспитывает с мужем – успешным адвокатом, – пятилетнюю приемную дочь, которая попала в их семью впоследствии деяний хунты. Мы видим бессилие человека перед государством, представляемое как состояние бесправия. Состояние несвободы порождает бесправие человека, другая сторона которого – беззаконие как состояние общества, его сегмента. Фильмы экранизируют такие проблемы, как «бес-

предел» в обществе или «общественной ячейке» – семье, школе («Зло» (2003)), армии (дедовщина в драме «Кислородный голод» (1991), внесудебные расправы, тайные политические убийства, наёмные убийства частных лиц («Команда убийц» (1996)); пытки на «территории вне закона» («Дорога на Гуантанамо» (2006), «Пытки: Справочник Гуантанамо» (2005), «Тайны Гуантанамо» (2009)).

В большинстве фильмов право (и права человека) представляется не столько как юридический инструмент, сколько как некая трансцендентная этическая категория, реально действующая в пространстве и времени, но часто бессильная в конкретных ситуациях произвола, подвластных злему «духу времени». Обращенное к зрителю, это послание – аргумент в пользу прав человека как ценности. Проблематика фильмов прав человека в сфере «беззакония» поднимает следующий этический вопрос: если зло неизбежно, существует ли ответственность за него или зло ненаказуемо?

*Преступления против человечности.* Неконтролируемый произвол власти в отношении человека может привести к массовым нарушениям прав человека. Геноцид, холокост, военные преступления – одни из наиболее часто экранизируемых тем, связанных с правами человека. Так, к примеру, IMDb.com упоминает более 500 фильмов по ключевому слову «холокост». Их большинство связано с такими жанрами, как «документальный», «биографический» и «военный» фильмы.

*Холокост как массовое нарушение прав человека.* Зрителям тема холокоста представлена такими популярными (отмеченными множественностью кинопремий) художественными фильмами, как, к примеру, «Список Шиндлера» (1993), «Жизнь прекрасна» (1997), «Пианист» (2002), «Дневник Анны Франк» (1959; 2009). В центре сюжета этих фильмов – драма человека, заставляющая зрителя сочувствовать и сопереживать. Зачастую речь идёт не только о нарушениях права на жизнь конкретного человека, но и о праве на жизнь группы людей, этнической группы, народа. Этой теме посвящены и множество документальных фильмов (к примеру, фильм Дж. Молла «Последние дни» (1998), К. Ланзмана «Шоа» (1985)). Несколько фильмов посвящены трагедии в Бабий Яр – массовому расстрелу гражданского населения, в частности евреев и цыган, в оккупированном фашистами Киеве, в 1941-1943 годах. К примеру, советская драма Леонида Горовеца «Дамский портной» (1990), украинская драма «Бабий Яр» (2002), драма Дж. Кэню «Бабий Яр» (2003), документальный фильм Сергея Буковского «Назови свое имя» (2006). В 2009 году был анонсирован высокобюджетный проект гол-

ливудского фильма режисера Барри Левинсона по книге киевлянина Анатолия Кузнецова «Бабий Яр».

*Голодомор.* Теме голодомора в Украине, в частности 1932-1933 годов, также посвящены множество фильмов, к примеру: историческая драма Олеса Янчука по мотивам повести Василия Барки «Жовтий Князь» «Голод 33» (1991), документальные фильмы С. Буковского «Живые» (2008), Тараса Гукало «Неизвестный голод» (1983), О. Янчука «Жить запрещено» (2005).

*Гуманитарное право и права человека.* В последнее время тема массовых нарушений прав человека снова актуализировалась, особенно в связи с межэтническими конфликтами в балканских и некоторых африканских странах, военными конфликтами, гуманитарными интервенциями, найдя своё отражение и в художественных и документальных фильмах (к примеру, драма «Отель Руанда» (2004), «Однажды в апреле» (2005) – о геноциде в Руанде; «Красивые деревни красиво горят» (1996), «Ничья земля» (2001), «Бикфордов шнур» (2003) – о балканском конфликте и судьбе человека и народов в нём). Российско-чеченский конфликт и его последствия – ещё одна «горячая тема», представленная во множестве фильмов. К примеру, это – военная драма Александра Невзорова «Чистилище» (1997), документальный фильм Дэна Рида про теракт в «Норд-Ост» «Террор в Москве» (2003), социальная драма Никиты Михалкова «12» (2007). В драматическом фильме Александра Учителя «Пленный» (2008) показан человек, его природа в экстремальной ситуации войны (военных действий), когда, несмотря на человеческие отношения, кто-то должен стать жертвой только потому, что царит закон войны, а не закон человечности.

*Право как трансцендентная (космическая) категория.* С позиций «свой-чужой» она нашла воплощение и в популярнейшем фильме начала XXI века «Аватар»). По сюжету фильма нанятый военнотрудовой в отставке отправлен на специальное задание на планету Пандора. Он сталкивается с дилеммой – содействовать истреблению местных жителей или защищать «родное», частью которого он сам со временем стал. Само пребывание и интеграция героя фильма в стан «чужих» также сопряжены с испытаниями («У меня есть право говорить», – утверждает он, пытаясь отстоять свою точку зрения). Именно человечность, представленная образом доминированием «сердца над разумом», оказывается определяющим в принятии окончательного решения. Этим человек (образ главного героя) как бы побеждает армию – наёмное войско, спасая репутацию человечества.

В подобных фильмах права человека представляются как права человека: одновременно безграничные и ограниченные возможности человечности, принимая на себя роль творца некоего декалога, как «минимума морали» или «соломинки» для спасения человечества в целом.

*Право и закон.* Некоторые фильмы представляют более содержательную попытку осмыслить причины нарушения прав человека. Проблема соотношения и разграничения права и закона, как одна из ключевых проблем постсоветской философии права, инструментальна в анализе этого аспекта кинематографического образа прав человека.

*Надзаконное право в антиномии права и закона.* Американский фильм «Нюрнбергский процесс» (1961) повествует о так называемом «малом Нюрнбергском судебном процессе», когда на скамье подсудимых оказались представители юридической профессии, работавшие на службе Рейха. В этом фильме поднимается вопрос о причинах и мотивах, побудивших исполнять то, что в нынешнее время квалифицируется, как «явный преступный приказ». «Исполнение приказа» как разновидности закона авторитета во имя исполнения клятвы – основной излагаемый *резон*, который, претворяясь в жизнь без ограничения, может привести не только к произволу, но и к саморазрушению человечества.

Попытка изучить эти резоны также нашла своё воплощение как в литературе, так и в фильмах.

*Давление авторитета власти над человеком.* Например, сразу после процесса Адольфа Эйхмана (1961-1962) американский ученый Стенли Милграм провел практическое исследование вопроса: «Возможно ли то, что Эйхман и миллионы его соучастников по холокосту выполняли исключительно приказы? Можно ли их всех называть соучастниками?» Для этого Милграм провёл эксперимент, экранизированный, среди прочих, в документальном фильме «Эксперимент Милгрема» (2009). В фильме отражается сложный процесс давления авторитета (власти) на человека. Эти и подобные экранизации технологии нарушения прав человека показывают, среди прочего, роль конкретных факторов в соблюдении прав человека.

*Проблема справедливости и прав человека.* Справедливость – ценность (идеал) и состояние, созданное в результате соблюдения прав человека.

*Антиномия справедливости и закона.* В 1962 году приключенческая драма «Билли Бадд» Питера Устинова стала экранизацией одно-

именного произведения Германа Мелвелла (1891, опубликованного в 1924 году). По сюжету в 1797 году молодой моряк Бадд по закону войны призывается на британский военный корабль. Уходя служить со своего прежнего судна, названного, как и известная книга 1791 года Т. Пейна, «Права человека» (The Rights of Men), он говорит: «Прощайте навсегда, «Права человека!»». На новом судне он встречается лицом к лицу с капитанармусом Клэгертом, за смерть которого ему придется ответить на суде военного времени. Философско-правовой за содержанием фильм раскрывает антиномию справедливости и закона (справедлив ли любой закон?), от решения которой зависит жизнь человека.

*Суд совести как стремление к справедливости.* В военной драме Вадима Ильенко «Последний бункер» (1991), снятой по мотивам философско-правового за характером рассказа Леонида Бородина «Перед судом», показывается вечная актуальность, трансцендентальность проблемы справедливости через проблему ответственности. В конце 1940-х годов идёт борьба МГБ-МВД и остатками Украинской повстанческой армии (УПА). Задание – взять последний бункер УПА. Молодой лейтенант получает спецзадание, смысл которого знает лишь командир, который, по сути, распоряжается его судьбой. Операция оплачена дорогой для офицера ценой. Проходит время и теперь уже командир становится перед судом – совести.

*Универсализм или партикуляризм прав человека.* Эта ещё одна актуальная тема дискурса прав человека представлена в фильмах, затрагивающих социально-культурный контекст их функционирования. Яркий пример экранизации этой темы представлен в следующих фильмах.

*Универсализм прав человека.* Драма «Чужая» (2010), снятая по мотивам резонансного дела Сюрюджу об «убийстве чести» в Германии в 2004-2005 годах [8]. В фильме показаны антиномия и диалектика универсализма и партикуляризма прав человека на примере трагического конфликта ценностей индивида и коллектива в открытом поликультурном обществе. Семья, которая внешне интегрируется в новое сообщество, обращается к практикуемому убийству чести своего согражданина, который якобы учинил бесчестие. Западное общество становится на защиту индивида, тем самым защищая свои же ценности.

*Критика «старого» закона с позиций универсализма прав человека.* В фильме «Забрасывая камнями» (2008) повествуется о трагической истории иранской женщины, приговоренной к смерти путем забрасыва-

вания камнями за якобы измену мужу. Невольным рассказчиком истории становится журналист, который, как медиум, вещает её миру для осуждения с позиций универсализма прав человека, уважения человеческой личности.

*Судебная защита прав человека.* Права человека лишены смысла, если их невозможно реализовать и защитить. Лозунг их защиты сегодня «читается» на знамёнах военных компаний, деятельности международных правозащитных организаций, в последнее время часто звучит рефреном деятельности государства. Суд как, в определенном смысле, цивилизованная форма сублимации насилия, принуждения, институциональные возможности судебной защиты прав человека – внутригосударственной, международной – одна из тенденции последнего времени, которая отражена и в фильмографии прав человека.

*Обвинение судебной системы государства.* В драме Дж. Шеридана «Во имя отца» (1993) правозащитница воскрешает дух борьбы главного героя и добивается пересмотра приговоров «Гилфордской четверке». Последнюю безосновательно обвинили и приговорили к длительным срокам заключения за якобы подготовку и осуществление IRA-взрывов в 1974 году в Лондоне. Фильм – обвинение судебной системы государства, которое со второй попытки спасает свою репутацию.

*Произвол правоохранительной (судебной) системы.* В фильме Д. Лоя «Задержанный в ожидании суда» (1971) А. Сорди играет итальянского бизнесмена за рубежом, который вместо отпуска, попадает в жёрнова итальянской правоохранительной системы со статусом «в ожидании суда». Отпуск заканчивается кафкианским испытанием и полубезумием. «Ничто не бывает так просто, когда имеешь дело с правосудием», – говорится в фильме. Фильм стал киножалобой, осуждающей отсталость и неадекватность итальянской судебной и пенитенциарной системы, вызвав небольшой переполох в итальянском обществе. Символичны и фамилия главного героя и актёра исполняющего его роль (Сорди – глухой (тот, кого не слышат); ди Нои – мы) – чёткий намёк на то, что каждого из нас могут ожидать подобные судебные злоключения. Фильм получил огромную известность за рубежом. Некоторые эпизоды из картины были показаны в декабре 2008 года в рамках специальной программы, посвящённой 60-летию Всеобщей декларации прав человека.

*Суд над государством и корпорацией.* Документальный фильм Ф. Армстронга и К. Лоуча «McLibel» (1997/2005) рассказывает о противостоянии двух простых британцев и известной мировой корпора-

ции фаст-фуда, которое завершилось решением дела в Европейском суде по правам человека. Считается, что фильм посмотрело около 25 млн. человек, а первый показ на ТВ собрал 10 млн. зрителей.

*Деятельность правозащитных организаций.* Международные организации, общественные или межгосударственные, стали оплотами правозащитной деятельности, имплементации прав человека. Так, в фильмах освещается деятельность ООН («Планета ООН» (2009), Европейского суда по правам человека («60 лет Европейской конвенции по правам человека» (2010), «Совесть Европы – фильм о Европейском суде по правам человека» (2010)), международных трибуналов – «Судья Джон Дид» (2001), «Послание в завтрашний день» (2007), в частности Международного трибунала по бывшей Югославии – «Невидимое правосудие» (2004), «Охота за справедливостью» (2005), «Охота за справедливостью» (2005), «Список Карль» (2007), «Суд над Милошевичем» (2007), «Буря» (2009), Международного криминального суда – («Прокурор» (2010), «Карт-бланш» (2011)). Цель деятельности этих организаций не только защита прав человека, но и утверждение принципа ответственности.

*Право человека судить самому, самосуд.* Неэффективная защита прав человека, государственных, общественных институций, порождает проблему самосуда, которая ярко представлена во множестве фильмов (к примеру, в драмах «Право отца» (1999), «Законопослушный гражданин» (2009)). Причем, феномен самосуда представлен неоднозначно. С одной стороны, он оправдывается, как неизбежный и якобы этически оправданный способ реализации принципа ответственности, с другой – осуждается как «дикий», несовершенный, несправедливый, незаконный («Ярость» (1936), «Время убивать» (1996)).

#### ***Право на жизнь и эвтаназия как право на смерть?***

*Право на жизнь утверждается в антинорме к смертной казни.* Смертная казнь как легализованное убийство государством, осуждение к смертной казни в результате ошибки и другие аспекты темы смертной казни экранизированы во множестве художественных и документальных фильмов. К примеру, «Я хочу жить!» (1958), «Двое в городе» (1973), «Короткий фильм об убийстве» (1987), «Последний танец» (1996), «Зелёная миля» (1999), «Жизнь Дэвида Гейла» (2003), «В борьбе за жизнь в камере смертников» (2005).

*Право на смерть?* Если у человека есть право на жизнь, то есть ли у него право на смерть? Ответы на этот ныне актуальный этический вопрос с религиозной, медицинской, юридической, философской точек

зрения представлены во множестве фильмов последних лет. Позиция врача, который, с юридической точки зрения, assisteрует в самоубийстве, представлена в биографической драме о Джеке Кеворкяне «Вы не знаете Джека» (2010); страдания человека раскрыты в биографических драмах А. Аменабара «Море внутри» (2004) и С. Кертиса «Остановка в Швейцарии» (2009), индийской мелодраме «Мольба» (2010) и американской «Право на смерть» (1987).

*Роль личности.* Роль личности в развитии теории и практики прав человека также получает своё отражение в кинематографе прав человека. Такие борцы за свободу, права человека, гражданские права изображены в таких (одноимённых) фильмах, как Элеонора Рузвельт (1884-1962) – «История Элеоноры Рузвельт» (1965), Махатма Ганди (1869-1948) – «Ганди» (1982), Малколм Литтл (1925-1959) – «Малколм Икс» (1993), Нельсон Мандела (1918-) – «Мандела» (1996), Андрей Сахаров (1921-1989) – «Сахаров» (1984). Роль личности изображена в фильмах об активистах-правозащитниках, таких, как Харви Милк (1930-1978) – «Времена Харви Милка» (1984), «Харви Милк» (2008), Анна Политковская (урождённая украинка Анна Мазепа (1958-2006)) – («Анна Политковская» (2008)), Жан Доминик (1930-2000) – («Агроном» (2003)), Джек Хейли (1930-) – готовится к съёмкам, Асме Джахангир (1952-) – «Вир и Зара» (2004).

Представленная проблематика и фильмография прав человека, в частности в свете категорий философии права, не претендуют на полноту, только очеркивая кинематографический образ прав человека, его многообразность. Такой образ помогает не только отразить, но и создать и воссоздать представление о правах человека. Образно говоря, кинематографический образ прав человека представляет собою фрагментарную, но монументальную картину, работа над которой продолжается в лабораториях кинематографии.

#### **Список использованных источников:**

1. Bronkhorst D. The Human Rights Film: Reflections on Its History, Principles, and Practices. – Amnesty International Film Festival, September 2003. – Режим доступа: <http://www.univie.ac.at/bim/php/bim/get.php?id=925>
2. Everett D.A. Public Narratives + Reparations in Rwanda: On the Potential of Film as Promoter of International Human Rights + Reconciliation / D.A. Everett // Northwestern University Journal of International Human Rights. – 2009. –



Spring. – Volume 7. – Issue 1. – P. 103–131. – Режим доступа: <http://www.law.northwestern.edu/journals/jhr/v7/n1/4/Everett.pdf>

3. Lehrer J. Bringing Abuses to Light. The Human Rights Watch International Film Festival Focuses the Public Eye on Human Rights Abuses Human Rights // Human Rights. – 1997. – Summer. – P. 14–18.

4. McLagan M. Circuits of Suffering // PoLAR: Political and Legal Anthropology Review – 2005. – Volume 28. – Issue 2. – P. 223–239. – Режим доступа: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/pol.2005.28.2.223/abstract>

5. Бигун В.С. Кинематографический образ прав человека // *Философская энциклопедия прав человека*. – Екатеринбург, 2011 (готовится к печати). Его же: Кинематографический образ прав человека // *Юридические фильмы. Учебный киногид о праве и юристах*. 1 изд. – К., 2011. – 316 с., иллюстр. (Серия «Подарок юристу»). – С. 267-271.

6. Бигун В.С. Антропология права: предмет, система, методология, статус та функції / В.С. Бигун // *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*. Матеріали Першого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 16-17 вересня 2005 р.). – Львів: Край, 2006. – С. 43-58; [http://bihun.in.ua/uploads/tx\\_upspubs/Bihun\\_2006\\_Anthropology\\_of\\_Law\\_Subject\\_Matter\\_etc.pdf](http://bihun.in.ua/uploads/tx_upspubs/Bihun_2006_Anthropology_of_Law_Subject_Matter_etc.pdf)

7. Бигун В.С. Людина в праві: аксіологічний підхід / В.С. Бигун // *рукопис дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю «філософія права» (12.00.12)*. – К.: Національна академія наук України, Інститут держави і права імені В.М. Корецького, 2003. – 220 с.

8. Бигун В.С. Справа Сюрюджу, що сколихнула Німеччину в 2005-2006 рр./ В.С. Бигун // *Юридична газета*. – 2006. – № 9 (69) (18.05). – С. 16. – Режим доступа: <http://www.yur-gazeta.com/oarticle/2216>

9. Брюггер Вінфрід. Образ людини у концепції прав людини / Вінфрід Брюггер // *Проблеми філософії права*. – Т. I. – С. 136-146. – Режим доступа: [http://www.nbu.gov.ua/portal/soc\\_gum/Pfp/2003\\_1/136%20Brugger.pdf](http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/Pfp/2003_1/136%20Brugger.pdf)

10. Новицкий М. Что такое права человека? / М. Новицкий // *Э-ресурс*. – Режим доступа: <http://edu.helsinki.org.ua/ru/index.php?id=1232667524>

11. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права і держави: Навч. Посібник / П.М. Рабінович – 3-є вид. – К., 1995. («основные права человека – это определенные её возможности, необходимые для существования и развития в конкретно-исторических условиях, которые объективно обусловлены достигнутым уровнем развития человечества и должны быть общими и равными для всех людей» (С. 8)).

12. Философский смысл и обоснование прав человека // *Философия права*. Данильян О.Г., Байрачная Л.Д., Максимов С.И. и др. – М.: Эксмо, 2005. – С. 240-246.

13. Філософія прав людини / За редакції Ш. Г'осепата та Г. Ломанна ; [пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої]. – К.: Ніка-Центр, 2008. – 320 с.

14. Філософія права: проблеми та підходи. Навчальний посібник для студентів спеціальності «Правознавство» / П.М. Рабінович, С.П. Добрянський, Д.А. Гудима [та ін.] ; за заг. ред. П.М. Рабіновича. – Львів: Юридичний факультет ЛНУ імені Івана Франка, 2005. – 332 с.

*Дополнение*

### **КИНЕМАТОГРАФИЧЕСКИЙ ОБРАЗ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ФИЛЬМОГРАФИЯ**

1. 12 (РФ, 2007, Н. Михалков, триллер, драма, 153 мин.)
2. 60 лет Европейской конвенции по правам человека / 60 years of the European Convention on Human Rights (Совет Европы, 2010, документальный, 5 мин.)
3. That Certain Summer / That Certain Summer (73 мин США, 1972, Л. Джонсон, драма, 73 мин.)
4. Аватар / Avatar (США, Великобритания, 2009, Дж. Кэмерон, фантастика, боевик, драма, приключения, 162 мин.)
5. Агроном / Agronomist, The (США, 2003, Д. Демме, документальный, биография, история, 90 мин.)
6. Американский радикал / American Radical: The Trials of Norman Finkelstein (США, Канада, Израиль, Ливан, Палестина, 2009, Д. Риджен, Н. Россьер, документальный, новости, детектив, военный, история, 84 мин.)
7. Амистад / Amistad (США, 1997, С. Спилберг, драма, детектив, история, 155 мин.)
8. Анна Политковская: семь лет на линии фронта / Anna, seven years, on the frontline (Нидерланды, 2008, М. Новикова, документальный, 78 мин.)
9. Апокалипсис сегодня / Apocalypse Now (США, 1979, Ф. Ф. Коппола, драма, военный, 194 мин.)
10. Арагат / Ararat (Канада, Франция, 2002, А. Эгоян, драма, военный, 115 мин.)
11. Бикфордов шнур / Gori vatra (Франция, Босния-Герцеговина, Австрия, Турция, 2003, П. Жалица, драма, комедия, 105 мин.)
12. Билли Бадд / Billy Budd (Великобритания, 1962, П. Устинов, драма, приключения, 119 мин.)
13. Бирманский видеореporter / Burma VJ: Reporter i et lukket land (США и др. 2008, А. Эстергорд, документальный, 90 мин.)

14. Битва за Алжир / *La battaglia di Algeri* (Италия, Алжир, 1966, Д. Понтекорво, драма, военный, история, 121 мин.)

15. Битва на Сомме / *Battle of the Somme, The* (Великобритания, 1916, военный, 98 мин.)

16. Большой парад / *The Big Parade* (США, 1925, К. Видор, Дж. У. Хилл, драма, мелодрама, военный, 130 мин.)

17. Боулинг для Колумбины / *Bowling for Columbine* (США, 2002, М. Мур, документальный, история, 120 мин.)

18. Бофа / *Ворпа!* (США, 1993, М. Фриман, драма, 120 мин.)

19. Брачные узы [р.п.] / *Tying the Knot* (США, 2004, Дж. де Сев, документальный, мелодрама, история, 81 мин.)

20. Время девственности (Узбекистан, 2008, У. Ахмедова, О. Карпов, документальный, 32 мин. (2 серии))

21. В борьбе за жизнь в камере смертников / *Fighting for Life in the Death-Belt* (США, 2005, А. Эленд, Д. Маркс, документальный, криминал, 52 мин.)

22. В круге первом (Россия, 2005, Г. Панфилов, драма, история, сериал, 45 мин. серия)

23. В моей стране / *Country of My Skull* (Великобритания, ЮАР, Ирландия, 2004, Д. Бурмен, драма, 105 мин.)

24. Взывая к духам [р.п.] / *Calling the Ghosts* (США, Хорватия, 1996, М. Джейкобсон, К. Елинчич, документальный, военный, 60 мин.)

25. Вир и Зара / *Veeg-Zaaga* (Индия, 2004, Я. Чопра, мюзикл, драма, мелодрама, 192 мин.)

26. Во имя отца / *In the Name of the Father* (Великобритания, Ирландия, 1993, Д. Шеридан, драма, биография, 133 мин.)

27. Во имя человечности: Гаагский трибунал / *Au nom de l'humanité – Le tribunal de la Haye / In the Name of Humanity: The Hague Tribunal* (1999, Франция, Бельгия, Э. Эйруловски, документальный, 95 мин.)

28. Возрождение / *Regeneration* (Канада, Великобритания, 1997, Г. МакКиннон, драма, военный, биография, история, 96 мин.)

29. Война одного человека / *One Man's War* (Великобритания, 1991, С. Толедо, драма, 91 мин.)

30. Вопрос + Ответ [р.п.] / *Call + Response* (США, 2008, Д. Диллон, документальный, история, музыка, 86 мин.)

31. Враг моего врага / *My Enemy's Enemy* (Франция, Великобритания, 2007, К. МакДональд, документальный, 87 мин.)

32. Времена Харви Милка / *The Times of Harvey Milk* (США, 1984, Р. Эпштейн, документальный, биография, история, 90 мин.)

33. Время убивать / *A Time to Kill* (США, 1996, Дж. Шумахер, триллер, драма, криминал, 149 мин.)

34. Вы не знаете Джека / *You Don't Know Jack* (США, 2010, Б. Левинсон, ТВ, драма, биография, 134 мин.)

35. Выбор Софи / *Sophie's Choice* (США, Великобритания, 1982, А. Дж. Пакула, драма, мелодрама, 157 мин.)

36. Выйти в тишине / *Out in the Silence* (США, 2009, Д. Вилсон, Д. Хамер, документальный, новости, комедия, семейный, 56 мин.)

37. Ганди / *Gandhi* (Великобритания, Индия, 1982, Р. Аттенборо, драма, биография, история, 191 мин.)

38. Гараж Олимпо / *Garage Olimpo* (Франция, Италия, Аргентина, 1999, М. Бечис, драма, 98 мин.)

39. Германия, год нулевой / *Germania anno zero* (Италия, 1948, Р. Росселлини, драма, 71 мин.)

40. Герника / *Guernica* (Чехословакия, 1978, Э. Кустурица, короткометражка, драма, 25 мин.)

41. Год, опасный для жизни / *The Year of Living Dangerously* (Австралия, 1982, П. Уир, драма, мелодрама, военный, 115 мин.)

42. Дамский портной (СССР, 1990, Л. Горовец, драма, 89 мин.)

43. Двое в городе / *Deux hommes dans la ville* (Франция, Италия, 1973, Ж. Джованни (Ж. Дамиани), драма, криминал, 100 мин.)

44. Двое в городе / *Deux hommes dans la ville* (Франция, Италия, 1973, Ж. Джованни (Ж. Дамиани), драма, криминал, 100 мин.)

45. Дзета / *Z* (Франция, Алжир, 1969, Коста-Гаврас, триллер, драма, криминал, детектив, история, 127 мин.)

46. Дикая лошадь / *Windhorse* (США, 1998, П. Вагнер, драма, мелодрама, военный, музыка, 97 мин.)

47. Диссиденты / Диссиденты (Украина, 2007, А. Фролов, В. Шкурин, документальный, 7 x 26 мин. серия)

48. Дневник Анны Франк / *Diary of Anne Frank, The* (Великобритания, 2009, Дж. Джонс, драма, военный, биография, сериал, 100 мин.)

49. Дневник Анны Франк / *Diary of Anne Frank, The* (США, 1959, Дж. Стивенс (драма, военный, биография, история, 152 мин.)

50. Доктрина Шока / *Shock Doctrine, The* (Великобритания, 2009, М. Уайткросс, М. Уинтерботтом, документальный, 79 мин.)

51. Дорога на Гуантанамо / *The Road to Guantanamo* (Великобритания, 2006, М. Уайткросс, М. Уинтерботтом, документальный, драма, 95 мин.)

52. Если бы вы были мной / *If You Were Me / Yeoseot gae ui siseon* (Ю. Корея, Ч. У. Пак, П. К. Су и др., 2003, драма, 110 мин.)

53. Женская тюрьма / *Zendan-e zanban* (Иран, 2002, М. Хекмат, драма, 106 мин.)

54. Жестокая игра / *Crying Game, The* (Япония, Великобритания, 1992, Н. Джордан, триллер, драма, 112 мин.)

55. Живой товар / Human Trafficking (США, Канада, 2005, К. Дюге, ТВ, триллер, драма, криминал, детектив, 176 мин.)

56. Живые (Украина, 2008, С. Буковский, документальный, 76 мин.)

57. Жизнь Дэвида Гейла / The Life of David Gale (Германия, США, Великобритания, 2003, А. Паркер, триллер, драма, криминал, 130 мин.)

58. Жизнь прекрасна / La Vita è bella (Италия, 1997, Р. Бенини, драма, мелодрама, военный, 118 мин.)

59. За нашу и вашу свободу (РФ, 2006, документальный, 40 мин.)

60. Забрасывая камнями / Stoning of Soraya M., The (США, 2008, С. Наурастех, драма, криминал, 114 мин.)

61. Загадки Нюрнберга (РФ, 2009, П. Зеленев, А. Панков, документальный, 104 мин.)

62. Задержанный в ожидании суда / Detenuto in attesa di giudizio (Италия, 1971, Н. Лой, драма, 102 мин.)

63. Законопослушный гражданин / Law Abiding Citizen (США, 2009, Ф. Гэри Грей, триллер, драма, криминал, 108 мин.)

64. Зелёная миля / The Green Mile (США, 1999, Ф. Дарабонт, мистическая драма, 189 мин.)

65. Земля и свобода / Land and Freedom (Германия, Великобритания, Италия, Испания, 1995, К. Лоуч, драма, военный, история, 109 мин.)

66. Земля потерянных душ / La terre des âmes égarées (Франция, 2000, Р. Панх, документальный, 100 мин.)

67. Зло / Ondskan (Дания, Швеция, 2003, М. Хофстрём, драма, спорт, 113 мин.)

68. Зло / Ondskan (Дания, Швеция, 2003, М. Хофстрём, драма, спорт, 113 мин.)

69. Из тишины: Борьба за права человека [р.п.] / Out of the Silence: The Fight for Human Rights (1992, Чак Олин, документальный, 60 мин.)

70. Ислам: Что необходимо знать Западу / Islam: What the West Needs to Know (США, 2006, Б. Дэйли, Г. М. Дэвис, документальный, 98 мин.)

71. Испанская земля / The Spanish Earth (США, 1937, Й. Ивенс, документальный, военный, 52 мин.)

72. Испытания Дэрилла Ханта (Процессы Дэрилла Ханта) / The Trials of Darryl Hunt (США, 2006, США, Р. Штерн, Э. Сандберг, документальный, криминал, 106 мин.)

73. Истории о правах человека / Stories on Human Rights (Россия, Германия, 2008, М. Абрамович, Э. Керетт и др., короткометражный, 55 мин.)

74. История Элеоноры Рузвельт / Eleanor Roosevelt Story, The (США, 1965, Р. Каплан, документальный, биография, 90 мин.)

75. Как началась война на моем острове / Kako je pocelo rat na mom otoku (Хорватия, 1997, В. Брешан, комедия, военный, 97 мин.)

76. Капо / Карò (Франция, Италия, Югославия, 1959, Д. Понтекорво, драма, военный, история, 116 мин.)

77. Кароль. Человек, ставший Папой Римским / Karol, un uomo diventato Papa (Италия, Польша, 2005, Дж. Баттиато, драма, биография, 186 мин.)

78. Карт-бланш / Carte Blanche (Германия, Швейцария, 2011, Г. Спеконья, документальный, 91 мин.)

79. Кислородный голод (Украина, 1991, А. Дончик, драма, военный, 92 мин.)

80. Китайская шкатулка / Chinese box (США, Франция, Япония, 1997, У. Уэнг, мелодрама, драма, 99 мин.)

81. Клевета МакДональдз / McLibel (Великобритания, 2005, Ф. Армстронг, К. Лоуч, документальный, 85 мин.)

82. Клич свободы / Cry Freedom (Великобритания, 1987, Р. Аттенборо, драма, биография, 157 мин.)

83. Команда убийц / Hearts and Minds (ЮАР, 1996, Р. Зиман, триллер, драма, история, 113 мин.)

84. Корни / Roots (США, 1977, М. Дж. Чомски, Д. Эрман, Д. Грин, сериал, драма, военный, история, 573 мин.)

85. Корольев (Россия, 2007, реж. Юрий Кара, Сергей Астахов, Наталья Фатеева, драма, 130 мин.)

86. Короткий фильм об убийстве / Krótki film o zabijaniu (Польша, 1987, К. Кесьлевский, драма, криминал, 84 мин.)

87. Красный угол / Red Corner (США, 1997, Д. Эвнет, триллер, драма, криминал, 122 мин.)

88. Круг / Dayereh (Италия, Швейцария, Иран, 2000, Д. Панахи, драма, 90 мин.)

89. Лебединое озеро. Зона (СССР, Канада, Швеция, 1990, Ю. Ильенко, драма, 96 мин.)

90. Лиля навсегда / Lilja 4-ever (Дания, Швеция, 2002, Л. Мудиссон, драма, криминал, 109 мин.)

91. М убийца / M (Германия, 1931, Ф. Ланг, триллер, криминал, 108 мин.)

92. Малкольм Икс / Malcolm X (США, Япония, 1992, Спайк Ли, драма, биография, история, 202 мин.)

93. Мандела / Mandela (США, ЮАР, 1996, Э. Гибсон, Д. Менел, документальный, биография, история, 118 мин.)

94. Мария / Maria (Германия, Франция, Румыния, 2003, К.П. Нецер, драма, 97 мин.)

95. Мертвец идет / Dead Man Walking (США, Великобритания, 1995, Т. Роббинс, драма, криминал, 122 мин.)

96. Мой брат – сомалийский пират / My Cousin the Pirate (Дания, 2010, К. С. Япсен, Н. Фара, документальный, 40 мин.)

97. Мольба / Guzaarish (Индия, 2010, С. Л. Бхансали, мелодрама, 126 мин.)
98. Море внутри / Mar adentro (Франция, Италия, Испания, 2004, А. Аменабар, драма, биография, 125 мин.)
99. Мюнхен / Munich (Канада, Франция, 2005, С. Спилберг, 2005, триллер, драма, история, 164 мин.)
100. На юг / Vers le sud (Канада, Франция, 2005, Л. Канте, драма, 108 мин.)
101. Назови свое имя / Spell your name (Украина, 2006, С. Буковский, документальный, 90 мин.)
102. Невидимое правосудие / Justice Unseen (Босния-Герцеговина, 2004, реж. А. Арнаутович, Р. Ходжич, документальный, 57 мин.)
103. Необычный день / Una giornata particolare (Канада, Италия, 1977, Э. Скола, драма, мелодрама, военный, 110 мин.)
104. Несправедливость / Unjust (Гонконг, 2010, Д. Бергстен, документальный, новости, криминал, 77 мин.)
105. Новые десять заповедей / New Ten Commandments, The (2008, Д. Обри, М. Кузинс и др., документальный, 101 мин.)
106. Ночь и туман / Nuit et brouillard (Франция, 1955, А. Рене, документальный, короткометражка, военный, история, 32 мин.)
107. Нюрнберг / Nuremberg (США, 2000, Канада, Ив Симоно, сериал, драма, история, 180 мин.)
108. Нюрнберг и его урок / Nürnberg und seine Lehre (США, 1946, П. Лоренц, документальный, 78 мин.)
109. Нюрнберг. Нацисты перед лицом своих преступлений / Nuremberg – Les nazis face à leurs crimes (Франция, 2006, К. Делаж, документальный, 90 мин.)
110. Нюрнбергский процесс / Judgment at Nuremberg (США, 1961, С. Крамер, драма, история, 186 мин.)
111. Нюрнбергский процесс / Nürnberger Prozess (Германия, 1997, М. Клофт, Spiegel TV, документальный, 103 мин.)
112. Нюрнбергский процесс. [Серия 1] Последнее сражение (РФ, 2006, А. Звягинцев, документальный, 44 мин.)
113. Нюрнбергский процесс. [Серия 2] Казнь. (РФ, 2006, А. Звягинцев, документальный, 44 мин.)
114. Нюрнбергский процесс. Вчера и завтра (РФ, 2007, А. Колесник, документальный, 2 серии по 52 мин.)
115. Нюрнбергский процесс. Вчера и завтра / Загадки Нюрнберга (РФ, 2008, В. Осьмикин, документальный, 2 серии по 47 мин.)
116. Нюрнбергский процесс: Нацистские преступники на скамье подсудимых / Nuremberg: Nazis on Trial (США, Великобритания, 2006, Н. Патерсон и др., сериал, документальный, драма, история, реконструкция, 180 мин.)
117. Нюрнбергский процесс: суд над Германом Герингом / Nuremberg: The

- Trial of Hermann Goering (ФРГ, 2006, М. Клофт, документальный, 95 мин.)
118. Нюрнбергский суд (СССР, 1947, Р. Кармен, Е. Свилова, документальный, военный, история, 58 мин.)
119. О торжестве и гостях / O slavnosti a hostech (Чехословакия, Я. Немец, 1966, драма, комедия, 71 мин.)
120. Обыкновенный фашизм (СССР, 1965, М. Ромм, документальный, военный, история, 130 мин.)
121. Однажды в апреле / Sometimes in April (США, Франция, 2005, Р. Пек, Военная Драма, Исторический, 140 мин.)
122. Осадное положение / État de siège (Франция, Италия, Германия (ФРГ)/, 1972, Коста-Гаврас, триллер, драма, 120 мин.)
123. Особое мнение / Minority Report (США, 2002, С. Спилберг, фантастика, триллер, 145 мин.)
124. Остановка в Швейцарии / A Short Stay in Switzerland (Великобритания, 2009, С. Кертис, драма, биография, ТВ, 90 мин.)
125. Отель «Руанда» / Hotel Rwanda (США, 2004, Т. Джордж, триллер, драма, военный, 121 мин.)
126. Официальная версия / Официальная история / La historia oficial (Аргентина, 1985, Л. Пуэнсо, драма, 122 мин.)
127. Охота за справедливостью [р.п.] / Hunt for Justice (Германия, Канада, 2005, Ч. Бинами, ТВ, драма, 89 мин.)
128. Парк наказаний / Punishment Park (США, 1971, П. Уоткинс, триллер, драма, военный, 88 мин.)
129. Пианист / The Pianist (Германия, Франция, Великобритания, Польша, 2002, Р. Полански, драма, военный, биография, 150 мин.)
130. Планета ООН / Planet U.N. (Франция, 2009, Р. Скиора, документальный, 52/60 мин.)
131. Пленный (Россия, Болгария, 2008, А. Учитель, драма, военный, 80 мин.)
132. Подозреваемое лицо [р.п.] / Sus (Великобритания, 2010, Р. Хит, драма, 91 мин.)
133. Полумесяц / Niwemang (Франция, Иран, Австрия, Ирак, 2006, Б. Гобади, драма, 108 мин.)
134. Полуночный экспресс / Midnight Express (США, Великобритания, 1978, А. Паркер, триллер, драма, криминал, биография, 121 мин.)
135. Поля смерти / Killing Fields, The (Великобритания, 1984, Р. Жоффе, драма, военный, история, 141 мин.)
136. Последние дни / Last Days, The (США, 1998, Дж. Молл, документальный, военный, 87 мин.)
137. Последний бункер / Останній бункер (Украина, 1991, В. Ильенко, драма, военный, 85 мин.)

138. Последний танец / Last Dance (США, 1996, Б. Бирсфорд, триллер, драма, 103 мин.)
139. Права человека. Взгляд в мир / Цикл передач: 2008-2011, Беларусь. Производство: «Белтелерадиокомпания».
140. Право на смерть / Right to Die (США, 1987, П. Уэндкос, драма, ТВ, 90 мин.)
141. Право отца / Prawo ojca (Польша, 1999, М. Кондрат, боевик, триллер, драма, 97 мин.)
142. Преданный садовник / Constant Gardener, The (Германия, Великобритания, 2005, Ф. Мейреллиш, триллер, драма, мелодрама, детектив, 123 мин.)
143. Приговор / Statement, The (Канада, Франция, Великобритания, 2003, Н. Джуисон, триллер, драма, 120 мин.)
144. Призрак Короля Леопольда / King Leopold's Ghost (США, 2006, П. Скотт, О. Риз, документальный, 108 мин.)
145. Призраки Миссисипи / Ghosts of Mississippi (США, 1996, Р. Рейнер, драма, 130 мин.)
146. Проект Лярами / The Laramie Project (США, 2002, М. Кауфман, драма, криминал, 97 мин.)
147. Прокурор / Prosecutor (Канада, 2010, Б. Стивенс, документальный, 94 мин.)
148. Пропавший без вести / Missing (США, 1982, Коста-Гаврас, триллер, драма, детектив, история, 122 мин.)
149. Прохожая из Сан-Суси / La passante du Sans-Souci (Франция, Германия (ФРГ), 1982, Ж. Руффио, драма, 110 мин.)
150. Процесс Бейлиса (Россия, 1917, Д. Соиффер, драма, 25 мин.)
151. Процесс в Вальядолиде / La Controverse de Valladolid (Франция, 1992, Ж.-Д. Верхаг, исторический, 90 мин.)
152. Прощай, Бафана / Goodbye Bafana (Германия, Франция, Великобритания, Италия, ЮАР, Бельгия, Люксембург, 2007, Б. Аугуст, драма, биография, история, 140 мин.)
153. пытки: Справочник Гуантанамо / Torture: The Guantanamo Guidebook (Великобритания, 2005, Т. Картер, ТВ, документальный, военный, 60 мин.)
154. Рабство: Правдивая история Фанни Кимбл / Enslavement: The True Story of Fanny Kemble (США, 2000, Д. Кич, ТВ, драма, история, 120 мин.)
155. Разделенный мир / A World Apart (Великобритания, Зимбабве, 1988, К. Менджис, драма, 113 мин.)
156. Репортаж из камеры смертников / Letter from Death Row, A (США, 1998, М. Бэйкер, триллер, драма, криминал, 89 мин.)
157. Рим, открытый город / Roma, città aperta (Италия, 1945, Р. Росселлини, драма, военный, 100 мин.)
158. Ромеро / Romero (США, 1989, Д. Дайган, драма, биография, 102 мин.)
159. Русский психиатр / Russian cracker, The (Великобритания, 1999, Д. Кент, документальный, 50 мин.)
160. Сальвадор / Salvador (США, 1985, О. Стоун, триллер, драма, военный, 123 мин.)
161. Самые громкие преступления двадцатого века. Гитлер и Нюрнбергский процесс / Great crimes and trials of the twentieth century. Hitler and the Nuremberg trials (Великобритания, 1995, Э. Аллен, документальный, 26 мин.)
162. Сахаров / Sakharov (США, Великобритания, 1984, драма, биография, 119 мин.)
163. Север / El Norte (США, Великобритания, 1983, Г. Нава, триллер, драма, приключения, 141 мин.)
164. Сестры Магдалины / Magdalene Sisters, The (Великобритания, Ирландия, 2002, П. Муллан, драма, 119 мин.)
165. Сила личности / Power of One, The (США, Франция, Австралия, 1992, Д. Г. Эвилдсен, драма, 127 мин.)
166. Смерть и девушка / Death and the Maiden (США, Франция, Великобритания, 1994, Р. Полански, триллер, драма, детектив, 103 мин.)
167. Совесть Европы – Фильм о Европейском суде по правам человека / Conscience of Europe (Совет Европы, 2010, документальный, 5 мин.)
168. Специальное лечение / Poseban tretman (США, Югославия, 1980, Г. Паскалевич, драма, комедия, 94 мин.)
169. Список Карлы [р.п.]» / Liste de Carla, La (Франция, 2006, М. Шюпбах, документальный, 95 мин.)
170. Список Шиндлера / Schindler's List (США, 1993, С. Спилберг, драма, военный, биография, история, 195 мин.)
171. Страна в шкафу / Closet Land (США, 1991, Р. Бхардвадж, триллер, драма, 94 мин.)
172. Страсти Жанны д'Арк / La passion de Jeanne d'Arc (Франция, 1928, К. Т. Дрейер, драма, криминал, биография, история, 96 мин.)
173. Суд над Генри Киссинджером / The Trials of Henry Kissinger (США, Дания, Канада, Франция, Великобритания, Австралия, 2002, Ю. Джареки, документальный, 88 мин.)
174. Суд над Милошевичем / Milosevic on Trial (М. Кристоферсен, 2007, документальный, военный, 120 мин.)
175. Судья Джон Дид / Judge John Deed (Великобритания, 2001, Э. Хэй и др., сериал, драма, криминал, детектив, 60 мин.)
176. Сухой белый сезон / Dry White Season, A (США, 1989, Ю. Пэлси, триллер, драма, история, 97 мин.)
177. Тайны Гуантанамо / Inside Guantanamo (США, 2009, документальный, 47 мин.)

178. Тайный план / Hidden Agenda (Великобритания, 1990, К. Лоуч, драма, триллер, 108 мин.)
179. Такси на темную сторону / Taxi to the Dark Side (США, 2007, А. Гибни, документальный, криминал, военный, 106 мин.)
180. Тем самым летом / That Certain Summer (США, 1972, Л. Джонсон, ТВ, драма, 73 мин.)
181. Террор в Москве / Terror in Moscow (Франция, Великобритания, 2003, реж. Д. Рид, ТВ, документальный, 60 мин.)
182. Тибет: Плач снежного льва / Tibet: Cry of the Snow Lion (США, 2002, Т. Пиозет, документальный, история, 104 мин.)
183. Титикаг Фоллис / Ticut Follies / Ticut Follies (США, 1967, Ф. Вайсман, документальный, драма, 84 мин.)
184. Тихие воды / Khamosh Pani: Silent Waters (Германия, Франция, Пакистан, 2003, С. Сумар, драма, 99 мин.)
185. Тихий американец / The Quiet American (США, Германия, Франция, Великобритания, Австралия, 2001/2003, Ф. Нойс, триллер, драма, мелодрама, детектив, военный, 101 мин.)
186. Удивительная легкость / Amazing Grace (США, 2006, М. Эпид, драма, мелодрама, биография, 111 мин.)
187. Украинский геноцид: признание одного свидетеля / Український геноцид: сповідь одного свідка (Украина, 2009, П. Галайда, документальный, исторический, 26 мин.)
188. Утомленные солнцем (Россия, Франция, 1994, Н. Михалков, драма, история, 151 мин.)
189. Уаживая за правосудием / Courting Justice (ЮАР, 2008, Р.Б. Ковэн и др., документальный, 54 мин.)
190. Харви Милк / Milk (США, 2008, Гас Ван Сент, драма, биография, 128 мин.)
191. Ходорковский / Khodorkovsky (Германия, 2011, К. Туши, документальный, драма, биография, 111 мин.)
192. Холокост / Holocaust (США, 1978, М. Дж. Чомски, сериал, драма, мелодрама, военный, история, 448 мин.)
193. Храброе сердце Ирены Сендлер / The Courageous Heart of Irena Sendler (США, 2009, Д. К. Харрисон, ТВ, драма, военный, биография, 95 мин.)
194. Хроника Нюрнбергского процесса / Die Chronik des Nürnberger Prozesses (Германия, 2003, К. фон Соломон, ТВ, документальный)
195. Цвет воздуха – красный (Le fond de l'air est rouge (Франция, 1977, К. Маркер, документальный, 240 мин.)
196. Цветы лиловые полей / The Color Purple (США, 1985, С. Спилберг, драма, 154 мин.)
197. Целлулоидный шкаф / The Celluloid Closet (США, Германия, Фран-

ция, Великобритания, 1995, Р. Эпштейн, Дж. Фридман, документальный, история, 102 мин.)

198. Человек из железа / Czlowiek z zelaza (Польша, 1981, А. Вайда, драма, история, 153 мин.)
199. Человек из мрамора / Czlowiek z marmuru (Польша, 1976, А. Вайда, драма, 165 мин.)
200. Черный ястреб / Black Hawk Down (США, 2001, Р. Скотт, боевик, драма, военный, история, 144 мин.)
201. Четвертая улица нашей спасительницы [р.п.] / No. 4 Street of Our Lady (США, 2009, Б. Бэрд и др., документальный, биография, история, военный, 90 мин.)
202. Чистилище (Россия, 1997, А. Невзоров, боевик, драма, военный, 115 мин.)
203. Что делать в случае пожара? / Was tun, wenn's brennt? (Германия, 2001, Г. Шнитцлер, драма, комедия, 101 мин.)
204. Что от нас осталось / Ce qu'il reste de nous (Канада, 2004, Х. Лятьюлипп, Ф. Превост, документальный, 77 мин.)
205. Что такое права человека? Вы знаете Ваши Права? (РФ, 2005, обучающий, 29 мин.)
206. Чувство свободы / A Sense of Freedom (Великобритания, 1979, Д. Маккензи, триллер, драма, криминал, 81 мин.)
207. Чужая / Die Fremde / When we leave (ФРГ, 2010, Ф. Аладаг, драма, 119 мин.)
208. Эвтаназия, или право на смерть (РФ, 2004, А. Ярошевский, документальный, 38 мин.)
209. Эквilibrium / Equilibrium (США, 2002, К. Уиммер, фантастика, боевик, триллер, драма, 107 мин.)
210. Эксперимент Милгрэма / The Milgram Experiment США, 2009, П. Гиббс, короткометражка, драма, история, 15 мин.)
211. Эмос и Эндрю / Amos & Andrew (США, 1993, Э. Макс Фрай, комедия, криминал, 96 мин.)
212. Я – свидетель / I Witness (США, Германия, 2003, Р. Херрингтон, боевик, триллер, драма, криминал, 98 мин.)
213. Я обвиняю / J'accuse! (Франция, 1919, А. Ганс, военный, 166 мин.)
214. Я хочу жить! / I Want to Live! (США, 1958, Р. Уайз, драма, криминал, биография, 120 мин.)
215. Ярость / Fugy (США, 1936, Ф. Ланг, фильм-нуар, триллер, драма, мелодрама, криминал, 92 мин.)

Сокращение: «[р.п.]» – рабочий перевод фильма.

**ЛЮДИНА У ПРАВІ:  
КІНЕМАТОГРАФІЧНИЙ ОБРАЗ ПРАВ ЛЮДИНИ  
(ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИЙ НАРИС І ФІЛЬМОГРАФІЯ)**

***V. Бізун***

*Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України  
м. Київ, вул. Трьохсвятительська, 4,  
e-mail: vsbihun@hotmail.com*

Нарис про кінематографічний образ прав людини розглядається в світлі категорій філософії права. Стисло відображено історію та сучасність, інфраструктуру кінематографу, присвяченого проблематиці прав людини. Викладено тези про форму та зміст кіно про права людини. Окреслено філософсько-правову проблематику в фільмах, як-от: людина і влада; злочини проти людяності; право і закон; справедливість і прав людини; універсалізм або партикуляризм прав людини; судовий захист прав людини; право на життя та евтаназія як право на смерть(?) Представлену проблематику відображено в фільмографії прав людини, що додається до нарису.

*Ключові слова:* кінематографічний образ прав людини, юридичні фільми, філософія прав людини, філософія права.

**MAN IN LAW: A CINEMATIC IMAGE OF HUMAN RIGHTS  
(A LEGAL PHILOSOPHY ESSAY AND FILMOGRAPHY)**

***V. Bihun***

*V.M. Koretsky Institute of State and Law  
of the National Academy of Sciences of Ukraine,  
Kyiv, Tryokhsvyatytelska Str., 4,  
e-mail: vsbihun@hotmail.com*

The text is an essay about a cinematic image of human rights considered in light of legal philosophy categories. A history and modernity, infrastructure of human rights cinema are briefly noted. Some thesis on the form and content of human rights films are explored. Legal philosophy issues in films are outlined, such as man and state, crimes against humanity, state law and right, justice and human rights, universalism or particularism of human rights, judicial protection of human rights, the right to life and euthanasia as a right to death (?). Submitted issues reflected in a list of human rights film which accompanies the essay.

*Keywords:* cinematic image of human rights, legal movies, philosophy of human rights, philosophy of law (legal philosophy).

## СУДОЧИНСТВО ЯК САКРАЛЬНА ГРА

Д. Бочаров

Академія митної служби України,

м. Дніпропетровськ, вул. Рогальова, 8, e-mail: dmitroboch@mail.ru

Подібність гри й судочинства як специфічних форм людської діяльності привертала й привертає увагу чималої кількості дослідників. Від моменту виходу з друку всесвітньо відомої праці «Ното Ludens» Й. Гейзінга [1], в якій дослідженню зв'язку гри й судочинства присвячений окремий розділ, правосуддя – як основний зміст судочинства – нерідко розглядається вченими в його співвідношенні з ігровою діяльністю. Разом із тим, зазвичай залишається поза увагою інший, не менш значущий аспект здійснення судочинства.

Трактування змагальності як ігрового принципу процесуальної діяльності [2] та критика цього підходу колегами-юристами зумовили пошук додаткових аргументів, а отже – більш глибокий розгляд досліджуваного питання. Зокрема, пошук відповіді на питання, чому *agôn* (змагання) як такий прибічники сучасної теорії ігор не вважають власне *грою*, попри просте й вичерпне пояснення цього [3, с. 191], виявив іншу проблему. Насправді річ не в тому, що *agôn* не є грою, а радше в тому, що він є *не лише* грою.

Усвідомлення цього змушує, як і було обіцяно [3, с. 191], здійснити окремий розгляд співвідношення ігрової та ритуальної складових судочинства та їх обоїльного відношення до правосуддя.

Отже, мету цієї статті становить визначення характеру співвідношення ігрового й сакрального аспектів судочинства та їх відношення до найважливішої складової цієї діяльності, іменованої правосуддям.

Розглядаючи гру як чинник формування культури, Й. Гейзінга був вимушений доводити сутнісну тотожність гри й змагання за допомогою аналізу їх формальних та функціональних ознак, оскільки етимологія давньогрецьких відповідників цих слів доволі різна. «Агон як термін не мав нічого спільного із власне грою», – визнавав він, кваліфікуючи, проте, термінологічну розбіжність між найменуваннями змагання й гри в грецькій мові як «більш чи менш випадкову невдачу в абстрагуванні загального поняття, що охоплювало б ці обидві категорії» [1, с. 60]. При тому етимологічну спорідненість слів «агон» і «агонія» Й. Гейзінга фактично зігнував, зазначивши, що останнє попервах мало значення просто «змагання» і лише згодом стало означати «передсмертні корчі» й

«страх» [1, с. 63]. Так само, згадавши, що Плутарх не вважав ігровими герці, які велись до загибелі котрогось із змагальників, нідерландський учений обмежується ремаркою про «неслушність» такої думки [1, с. 60].

Втім, співзвучність слів «агон» і «агонія» та їх зв'язок зі смертю навряд чи випадкові. Наприклад, у Гомера словом *agôna* позначене коло глядачів, присутніх на влаштованих Ахіллесом поминальних іграх на честь загиблого друга. Пізніше «агон» утрачає зв'язок зі смертю (але досить активно використовується для позначення судових дискурсивних практик, які також можуть призводити до «несумісних із життям» результатів; згадаймо хоча б справу Сократа), натомість слово «агонія», розпочавши свою «біографію» як суто спортивний термін, згодом утвердилось у ролі засобу для позначення відчайдушної боротьби зі смертю, передсмертних конвульсій, останнього напруження сил [4].

На завершення розгляду зв'язку поняття агону зі смертю слід зазначити, що деякі сучасні вчені герці й змагання, результатом яких може бути смерть переможеного, вважають яскравим прикладом перетворення гри на ритуал [5, с. 54].

Сам Й. Гейзінга жодної колізії в цьому не вбачав, оскільки вважав обрядове дійство (ритуал) грою. «Обрядове дійство, чи бодай найважливіша його частина, завжди належатиме до категорії гри, але в цьому позірному ніби підпорядкуванні аж ніяк не губиться визнання його священної сутності», – писав він [1, с. 35]. Адже «священнодійство має всі формальні й суттєві ознаки гри... тож ми не впадаємо в крайність, коли кваліфікуємо обрядове дійство як гру» [1, с. 26].

Проте таку точку зору поділяють далеко не всі вчені. Послідовник і продовжувач започаткованої Й. Гейзінгою наукової традиції, Р. Кайуа, зауважував з цього приводу таке: «Я не вважаю, що форми ігор і культів... займають щодо існування однакове положення і що вони з цієї причини набувають однакового змісту. Ніхто не заперечує, що гра є чистою формою, діяльністю, яка в самій собі знаходить свою мету; правилами, яких дотримуються лише для того, щоб вони були правилами. Зовсім не так із сакральним, яке, навпаки, є чистим змістом: неподільна, двозначна, швидкоплинна, дієва сила. Обряди призначені вловити, приручити її, хоч би якось управляти нею» [6, с. 204]. Щодо формальної схожості та сутнісної відмінності гри й сакрального він зазначає таке: «Знаю, що там (у царині сакрального. – Д.Б.) ми відділяємося від звичайного світу, що всі жести врегульовані й символічні, що священник вдягає церемоніальні шати і грає роль, я знаю, нарешті, що вся літургія має дещо від гри; але коли брати до уваги не форми, а інтимну поведінку служителя культу й



вірян, я бачу також... що ми перебуваємо безпосередньо в сакральному й так далеко від гри, як тільки можна собі уявити» [6, с. 208].

Дійсно, принаймні за декількома критеріями обрядове дійство (ритуал) і гра суттєво відрізняються одне від одного. Так, В. Постовалова систематизує відмінності між грою й обрядовим дійством за допомогою двох класів ознак: 1) онтологічної кваліфікації типу реальності, у вимірі якої здійснюються гра й обрядове дійство; 2) моменту автономності/неавтономності сфер здійснення обрядового дійства й гри [7, с. 73].

На відміну від ігрової реальності, що виступає як «інша», «друга», «немовби реальність» й усвідомлюється зазвичай як уявна, фіктивна по відношенню до повсякденної дійсності, реальність обрядового дійства становить для його учасників справжню та навіть єдино можливу дійсність, глибоку й наповнену сенсом. Ритуал переживається як ява, що актуалізує глибинні смисли існування [8, с. 9]. А. Байбурін пише: «Вважається, що ритуал і гра характеризуються умовністю особливого роду, коли світ сприймається водночас і як реальний, і як умовний. Це твердження справедливе для гри, але радше за все невірне у відношенні до ритуалу. Двумірність ритуала може стверджуватись лише з нашої, зовнішньої точки зору. Зсередини (а ритуал не передбачає іншої точки зору) існує лиш одна, специфічна ритуальна реальність...» [9, с. 23]. Це – дійсність як вона є, дійсність *par excellence*.

З огляду на автономність/неавтономність сфер діяльності гра й обрядове дійство також постають антиподами. Гра характеризується як автономна діяльність, що містить смисл і цілі в самій собі [7, с. 76-77]. «Її перебіг і сенс містяться у ній самій», – пише про гру Й. Гейзінга [1, с. 16]. Аналогічним чином характеризує гру й Р. Кайуа, про що вже йшлося. Натомість обрядове дійство в усіх своїх аспектах неавтономне. «У ньому все підпорядковане найвищій меті», – переконана В. Постовалова [7, с. 77]. До речі, зорієнтованість змагання на виграш І. Морозов вважає чинником, який зближує агон із ритуалом, адже останній «завжди спрямований на досягнення певного результату, певної відчутної користі... це означає, що змагання, агон – явище *за суттю* не ігрове, воно може бути приналежне як грі, так і ритуалові» [5, с. 44].

Насправді відмінностей між грою й обрядовим дійством (ритуалом)<sup>1</sup> значно більше, але з огляду на обмеження, зумовлені форматом статті,

<sup>1</sup> У подальшому терміни «ритуал», «обряд» і «обрядове дійство» вживатимуться як рівнозначні без застережень; так само вживатимуться терміни «сакральне», «священне» і «свiate».

розглянути тут усі немає можливості. Але в будь-якому разі необхідно підкреслити головну різницю між грою й обрядом, позначену Р. Кайуа й побіжно вже згадану вище: на відміну від гри обряд невіддільний від поняття сакрального (священного, святого).

Як зазначає В. Топоров, ритуал «розігрує» тему «священного», експлікує його, вказує операційні правила його формування, віднаходження його ознак. У ритуалі, подібно до божества, «священне» відкриває себе учасникам обрядового дійства. Тому саме під час ритуалу складаються найбільш сприятливі умови, за яких можливе максимальне, повне виявлення «священного» та його різновидів [8, с. 36].

Зміст *священного* неоднозначний. У першому наближенні священне (сакральне, свiate) можна визначити як щось таке, за чим визнається надзвичайна цінність, особливе значення; що править за об'єкт віри чи його атрибути; є протилежним профанному, мирському, звичайному тощо. Наче на підтвердження припущення про наявність опосередкованої смертю спорідненості між агонією і ритуалом (агон – агонія – смерть – сакральне – ритуал), Р. Кайуа стверджує, що сакральне завжди є більшою чи меншою мірою «тим, до чого не наближаються, не вмираючи» [6, с. 35]. Зрештою, зв'язок «священного» з насильством, можливість уведення в сакральний вимір завдяки акту жорстокості, через пожертву, нині визнається беззастережно [8, с. 37-38]. «Саме насильство становить справжнє осердя й таємну душу священного, – вважає Р. Жирар. – Убивство жертви є злочином, але жертва не стане священною, якщо її не вбити» [10, с. 42, 7].

Проте пов'язувати сакральне виключно з біологічною смертю чи актами жорстокості, так само, як і обмежувати його зв'язком з божеством чи духами було б украй невірно. «Неможливо ані окреслити основні лінії історії сакрального, ані проаналізувати форми, яких воно набуває в сучасній цивілізації. Щонайбільше, слід зазначити, що воно стає, схоже, абстрактним, внутрішнім, суб'єктивним, що менше стосується істот, ніж концепцій, не так діянь, як намірів, не так зовнішніх виявів, як духовних схильностей» [6, с. 172]. Така еволюція, вочевидь, пов'язана зі значно ширшими феноменами історії людства: емансипацією індивіда, розвитком його інтелектуальної і моральної автономії, нарешті, прогресом наукового ідеалу... «До речі, – пише Р. Кайуа, – немає сумніву, що ці нові умови, створені для сакрального, спонукали його до появи в нових формах: саме так воно завойовує етику, перетворює на абсолютні цінності такі поняття як чесність, вірність, *справедливість* (курсив мій. – Д.Б.), повага до істини або до даного слова. По суті, все відбувається так, ніби, щоб зробити сакральними якусь

річ, якусь справу чи якусь істоту, достатньо поставити їх за найвищу мету і присвятити їм своє життя, тобто присвятити їм свій час і сили, свої інтереси й амбіції, пожертвувати при потребі своїм існуванням» [6, с. 172]. Інакше кажучи, сакральним є те, заради чого людина готова жертвувати своїм життям не лише в буквальному розумінні, але й у переносному, «поклавши життя на олтар служіння», стверджуючи найвищу цінність певного блага своїм повсякденним життям. В. Топоров, безперечно, має рацію коли стверджує, що в аксіологічному плані «священне» – це найвище надбання даної культурної традиції, найвища форма оцінки, найвищий тип поведінки («святість») [8, с. 35].

Повертаючись до засад змагальності в судовому процесі а отже й поняття судового агону, маємо констатувати, що останній широко практикувався в давні часи в різних формах у різних культурах.

Найяскравішим прикладом його застосування в якості судової процедури виступає «судовий поєдинок» (або ж «поле»). Суть його, на перший погляд, проста: переможець у герці вигравав процес [11, с. 84].

Для чоловіків, особливо шляхетного походження, судовий двобій («поле») був основною формою розв'язання правових спорів. Дворяни надавали перевагу саме цій формі «судочинства», оскільки покладалися на власну вправність та військову майстерність і вважали приниженням сумнів у власній правоті й правдивості. Простолюдні, причому включно з жінками й немічними, також мали можливість вирішувати спір «полем». «Судовий двобій» зазвичай складався з ритуалізованого виклику, обрання часу, місця й зброї майбутнього поєдинку, присяги, оголошення поєдинку, власне бою, визначення та проголошення переможця (переможеного) [12, с. 104]. Видовищні герці шляхетних суперників достатньою мірою висвітлені в середньовічних хроніках і численних «лицарських» романах, проте збереглися й свідчення про поєдинки простих городян.

Так, 1455 р. у англійському місті Валенсина судовим двобоєм вирішувалося питання про винність міського кравця, звинуваченого в убивстві. Кравець і його суперник-обвинувач були озброєні кленовими палицями та щитами, удягнені в намащені лоєм шкіряні обладунки і мали ретельно виголені голови й позрізувані нігті на руках і ногах. Супротивники були розміщені один проти одного й приведені до присяги, після чого розпочався поєдинок. Кравець напав першим, попередньо кинувши в обличчя ворога піску, щоб засліпити його, однак той ухилився, повалив кравця додолу й до смерті забив палицею [12, с. 105-106].

«Таким чином, – переконаний М. Фуко, – істинність або хибність позицій сторін не мали для суду жодного значення; важили лише перемога чи поразка» [11, с. 85].

Більшістю європейських країн судові двобої широко практикувалися до XVI ст. У Франції останній судовий поєдинок зафіксований у 1547 р.; Англія «загалом» відмовилася від поєдинків з 1571 р., натомість зберігши їх «як виняток» аж до 1817 р. [12, с. 106].

В якості «судових» процедур застосовувалися також тілесні, фізичні дізнання у формі ордалій (або «Божого суду»). Головними видами випробування були випробування вогнем і водою, перше – переважно для вельможних людей, а друге – для пересічних... Випробовувані вогнем мали босоніж пройти по розжарених лемехах орала або взяти до рук розпечене залізо, і якщо опіки добре гоїлися, то їх виправдовували. Випробовування водою проводилося або в холодній, або в гарячій воді. Якщо випробовували холодною і тіло випробовуваного, попри закони природи, спливало на поверхню, його визнавали винним. Якщо – гарячою і, попри занурення його голих рук чи ніг ув окріп, випробовуваний залишався неушкодженим або сліди опіку зникали по незначному часі, – його визнавали невинним [13, с. 55].

«По-суті, ордалії також полягали в боротьбі – боротьби людини, її тіла зі стихією, природними силами, – вважав М. Фуко, – і виступали своєрідним еквівалентом судового поєдинку» [11, с. 84]. Отже, ордалії також містять агональну складову.

Як зазначає Г. Берман, система Божого суду шляхом ордалій поєднувалась із судом під ритуальною присягою (компургацією), а де-не-де і замінювалась ним.

Спочатку давалися передприсяги.

Наприклад, сторона, що претендувала на відплату за крадіжку худоби, присягала на святих реліквіях: «Іменем Господа, перед яким ця реліквія є святою, обвинувачу з повним правом, без шахрайства й обману, без будь-якої віроломності, що в мене вкрадено худобу (зазначалося, яку саме), на яку я маю право і яка тепер у відповідача».

Супротивна сторона натомість клятвено заперечувала це обвинувачення.

Наприклад: «Іменем Господа присягаю, що я не був ані при задумові, ані при справі, ані порадником, ані виконавцем, коли незаконно було вкрадено худобу (скаржника)». Або: «Як є в мене худоба, то вся вона з мого майна, вона по праву моя власна, і я її виростив».

Потому сторони ставали перед судом і сторона, якій випало присягати, виголошувала «остаточну» клятву на доведення власної правоти за встановленою формулою. Однак для завершення присяги потрібні

були «помічники в клятві», компургатори, тобто особи, які під присягою підтверджували правоту того, хто присягався; вони теж клялися за встановленими формулами.

Наприклад, компургатори могли запрягтися: «Іменем Господа присягаю, що ця клятва, якою запрягнувся (скаржник або відповідач), чиста і правдива» [13, с. 55-56].

Усі передприсяги, заперечення, остаточні клятви та клятви, що скріплюють досягнення успіху, належало повторити бездоганно, не затнувшись і без жодної похибки. Усі клятви склалися в поетичній формі, з багатою алітерацією.

Наприклад, присяга, що використовувалася в позовах про володіння землею, звучала так: «Я володію нею (землею), як він володів, що володів нею як продажною, так і я володітиму й ніколи не поступлюся ані галявинкою, ані ріллею; ані травою, ані дерном; ані борозною, ані п'яддю; ані городом, ані пасовищем; ані лугом, ані болотом; ані непридатною землею, ані гарною місциною; ані низинкою, ані горбочком; ані долонею, ані подошвою; ані сушею, ані водою» [13, с. 56].

Відмовившись присягнути, помилившись при виборі формулювання чи припустившись іншої помилки, учасник розгляду автоматично «програв» справу [11, с. 83].

На думку М. Фуко, навіть тортури передбачають елемент змагальності. «...Тортури пов'язані з колишніми випробуваннями, що були характерні для обвинувальних процедур: ордалями, судовими дуелями, Божим судом. Між суддею, що призначає допит із катуванням, і підозрюваним, якого катують, відбувається немов поєдинок: «пацієнта» – це термін, яким означають катованого, – піддають низці випробувань, ступеньованих за жорстокістю; він досягає успіху, «витримавши» їх, або провалюється, зізнавшись. Проте суддя, завдаючи тортур, іде на певний ризик (і це не тільки небезпека побачити, як підозрюваний помре); він також має свою ставку в цій партії – потвердження вже зібраних доказів: адже закон вимагає, що, коли звинувачений «тримається» й не признається, суддя повинен зректися звинувачень. У такому разі катований виграс... Отже, – підсумовує М. Фуко, – в класичних тортурах за подобою завзятого і покvapного пошуку правди ми бачимо регульований механізм випробування: фізичний виклик, який має вирішити, де правда; якщо пацієнт винен, страждання, яких він зазнає під час тортур, будуть справедливі, а якщо він невинний, правитимуть за підставу для зняття обвинувачення... Тортури, які мають вирвати зізнання, – не тільки розслідування, а й дуель» [14, с. 52-53, 54].

Можливо, єдиним прикладом судової процедури, яка не має промовистих ознак змагання, є вирішення справи жеребкуванням. Жереб як інструмент розв'язання правового спору використовувався в різних народів, від давніх греків до слов'ян. Й. Гейзінга пов'язував присуд за результатами жеребкування насамперед із визнанням щасливого випадку, талану та розглядав його як суто ігровий феномен, опосередковано (через вигреш/прогреш) агоністичний. «Коли ми повернемо наш погляд назад, від правосвідомості високорозвинених цивілізацій на правові уявлення давніших стадій культури, то побачимо, що ідея вигрешу й прогрешу, себто суто агоністичне поняття, ніби затьмарює ідею справедливості й несправедливості, невинності й провини, себто етико-юридичну концепцію, – писав він. – Архаїчна свідомість переймається не так абстрактним питанням справедливості й несправедливості, як цілком конкретною проблемою вигрешу чи прогрешу. Що далі уявно ми посуватимемося назад разом із нашим слабеньким етичним стандартом, то більшою, незмірно більшою ставатиме роль агоністичного чинника в судочинстві, а де зростає агоністичний елемент, там посилюється елемент випадковості, шансу, – аж, зрештою, ми цілковито опиняємося в ігровій сфері» [1, с. 94]. Останнє твердження, як видається, не зовсім узгоджується з численними наведеними Й. Гейзінгою фактами й певною мірою суперечить логіці самого автора.

Так, дещо раніше він зазначав, зокрема, таке: «сприятливий результат можуть давати й ігри чистого шансу, – незгірше, ніж ті ігри, де наслідок визначається силою, спритністю чи хитрощами. Шанс, талан може мати сакральне значення: так чи інакше випадуть кості – й це може означити й визначити волю богів; цим ми здатні спонукати богів до дії так само ефективно, як і будь-якою іншою формою змагання. Справді-бо, ми можемо ступити ще один крок далі й припустити, що в людській свідомості поняття щастя, талану й долі гніздяться десь дуже близько біля уявлення про сакральне» [1, с. 69]. І далі: «Божественна воля, судьба й випадок видаються нам більш-менш виразними, принаймні ми намагаємося розрізнити їх концептуально. Однак для архаїчної духовності всі ці три поняття більш-менш еквівалентні. «Долю» можна випитати в небес, спонукаючи їх якимось висловитися. Рішення оракула дістають, випробовуючи непевні перспективи успіху. Тягніть палички, або кидайте камінці, або розгорніть навмання сторінки Священної Книги – от вам і готовий оракул... Перед нами розгортається такий духовний світ, де поняття про рішення, ухвалене за порадою оракула, за волею богів, через випроб, через чари (себто через гру), і поняття

про рішення, прийняте на основі правосуддя, зливаються в один-єдиний нерозчленований ідейний комплекс» [1, с. 94].

Отже, жеребкування в його різноманітних формах не є суто ігровим феноменом, а в якості судової процедури легітимізується передовсім завдяки зв'язку з сакральним. Результатам жеребкування надається правовий характер не тому, що комусь випадково пощастило, а тому, що через жереб «промовляє» сакральне, «являють» себе Справедливість, Істина чи Доля.

Те саме стосується й суто агональних судових процедур, таких як судовий поєдинок і ордалії<sup>1</sup>. Усупереч поширеному нині переконанню, що в судовому двобойі «перемагає більш сильний, фізично розвинутий та умілий боєць» [15, с. 63], поєдинок визначав не того, хто сильніший чи вправніший, а того, хто правий. Вважалося, що перемоги неправого священні сили не допустять. Це переконання відображене в історичних пам'ятках і «лицарських романах». Ось, приміром, як зображує В. Скотт сцену судового двобоя між підступним, сильним і небезпечним лицарем-храмовником і знесиленим поранилим Айвенго у широко відомому однойменному романі:

«...цієї миті на полі з'явився вершник, який швидко наближався до арени. Сотні голосів вигукнули: «Захисник! Захисник!» Незважаючи на упередженість і забобони, натовп одногласно вітав рицаря, який виїхав на арену. Однак, придивившись уважніше, присутні розчаровано зітхнули. Кінь, проскакавши далеку відстань, здавалось, був готовий впасти від втоми, і сам вершник, який сміливо виїхав на арену, ледве тримався в сідлі.

На запитання герольда щодо його звання, імені й мети приїзду невідомий рицар рішуче відповів:

– Я рицар благородного походження і приїхав сюди, щоб виправдати списом і мечем цю дівчину, Ребекку, доньку Айзека з Йорку, і переконати присутніх, що звинувачення проти неї безпідставне й облудне, а також заявити, що Брайен де Буа-Гільбер (обвинувач; він же другий учасник герцю. – Д.Б.) – зрадник, вбивця і брехун. Тут, на цій арені, я доведу це мечем. Бог, Свята Марія і святий Георгій, захисник усіх рицарів, допоможуть мені... Моє ім'я добре відоме, я – Уілфрід Айвенго...

Я не буду битися з тобою зараз, – сказав храмовник глухим голосом. – Нехай загояться твої рани, знайди собі кращого коня і тоді я вважатиму за можливе зустрітися з тобою, щоб вибити з тебе хлоп'яче зухвальство і удавану хоробрість...

Чи grosмейстер дозволяє розпочати бій? – запитав Айвенго.

<sup>1</sup> Серед учених немає єдності в питанні, чи можна вважати судовий двобій різновидом ордалії, тому тут вони розглядаються окремо.

Я не можу відмовити тобі, – сказав Бомануар (гросмейстер ордену, суддя у цій справі. – Д.Б.), – якщо дівчина не заперечує визнати тебе своїм захисником. Але хотілося б, щоб ти був у кращому стані. Ти завжди був ворогом нашого ордену, та було б більш справедливо, щоб це був чесний поєдинок.

Ні, зараз і не інакше, – відповів Айвенго. – Це Божий суд, і я віддаю себе на його волю. Ребекко, – звернувся він, під'їхавши до неї, – чи визнаєш мене своїм захисником?

Так, – сказала вона, – так, я визнаю тебе захисником, якого мені послало Небо. Але ж ні – ні! Твої рани ще не загоїлися. Не бійся з тим зухвалим чоловіком, навіщо тобі тепер помирати?

Але Айвенго вже зайняв свою позицію, опустил шолом і підняв спис. Буа-Гільбер зробив те саме. Застібаючи шолом, його зброєносець зауважив, що смертельно бліде обличчя рицаря раптом спалахнуло.

Герольд, переконавшись, що суперники готові до бою, двічі голосно повторив французькою мовою: «Виконуйте свій обов'язок, доблесні рицарі!» Вигукнувши ці слова, він від'їхав убік і нагадав, що ніхто з присутніх під загрозою смерті не повинен ні словом, ні дією втручатися у поєдинок. Grosмейстер, тримаючи в руці рукавичку Ребекки, вимовив по-французьки: «Починайте!» – і кинув її на арену.

Протрубили сурми, і рицарі на великій швидкості кинулися назустріч один одному. Стомлений кінь Айвенго і його не менш стомлений вершник, як слід було очікувати, впали після першої сутички. Усі передбачали такий кінець поєдинку, але, хоч спис Айвенго лише торкнувся щита Буа-Гільбера, той, на подив усіх присутніх, захитався в сідлі і теж упав на землю.

Айвенго, визволившись з-під лежачого коня, скочив на ноги і підняв меч. Та його противник не піднімався. Поставивши ногу йому на груди і приклавши меч до його шиї, Айвенго наказав рицареві здатися або готуватись до смерті. Буа-Гільбер мовчав.

Не вбивай його, рицарю, – вигукнув grosмейстер, – без сповіді і без відпущення гріхів, не вбивай тіло і душу. Ми визнаємо його переможеним.

Потім він спустився на арену й наказав зняти шолом з переможеного рицаря, який лежав із заплющеними очима. Його обличчя все ще було темно багряним. Потім очі лежачого раптом розплющилися, хоч погляд залишився тьмяним і нерухомим, рум'янець поволі сцез з обличчя, і воно вкрилося блідою пеленою смерті. Він помер не від меча супротивника, а став жертвою власних суперечливих пристрастей.

Це, дійсно, Божа воля, – промовив grosмейстер, підвівши очі до неба. – Fiat voluntas tua! [16, с. 363-365].

Така розлога цитата необхідна для того, щоб унаочнити специфічне ставлення до поєдинку з боку всіх учасників цієї процедури. Обвинувач указує на неналежний фізичний стан й спорядження представника обвинуваченої, пропонуючи відкласти герць (тобто, оцінює

ситуацію цілком раціонально) – і водночас помирає від апоплексії внаслідок сильного душевного хвилювання, оскільки небезпідставно відчуває себе неправим перед Богом. Суддя також волів би забезпечити «чесні» умови поединку (давши «захисникові» можливість набутти кращої фізичної форми), але дозволяє розпочати герць як Божий випроб і визнає його результат за Божу волю; обвинувачена розуміє, що фізичний стан її захисника з точки зору здорового глузду не лишає ні йому, ні їй жодного шансу, але вважає його «посланцем Неба»; нарешті, сам Айвенго прямо пояснює таку «неспортивну» поведінку словами: «Це Божий суд, і я віддаю себе на його волю. Бог, Свята Марія і святий Георгій, захисник усіх рицарів, допоможуть мені...» Це – *не* (або *не тільки*) *спортивне* (ігрове) *змагання*; за виразом Й. Гейзінга, це – спосіб «випитати долю в небес, спонукаючи їх якимось висловитися» [1, с. 94], інакше кажучи – форма апеляції до сакрального.

До речі, інститут наймитів, які за винагороду відстоювали в таких поєдинках інтереси зацікавлених сторін, свідчить не про втрату судовим двобоєм значення «Божого суду»<sup>1</sup>, а радше навпаки, підтверджує сакральний характер цього агону. «Уже сама можливість провадити його, виставивши замість себе найманого бійця, вказує на його ритуальний характер, – переконаний Й. Гейзінга, – адже саме обрядове дійство дозволяє заміну виконавців» [1, с. 110]. Думається, що Й. Гейзінга має рацію коли розглядає судовий поєдинок «у його власній суті» як *сакральний агон* (курсив мій. – Д.Б.), що сам собою і доводить юридичну правоту, і показує, кому припадає милість богів [1, с. 110].

Те саме й з ордаліями. «За походженням ордалії – це звернення до богів вогню й води» – пише Г. Берман [13, с. 55-56]. Якщо вогонь і окріп «не обпікають» (або, навпаки, обпікають), а вода «приймає» (не приймає) випробовуваного, то це означає, що боги засвідчують його правоту (або неправоту). У цьому сенсі прикметним є наведений Г. Берманом факт: «Пізніший спосіб випробування, що застосовувався переважно духівництвом, полягав у тому, що випробовуваний з'їдав шматочок хлібу або сиру, і при цьому виголошувалися такі слова: “Господи, зачини шлунок цієї людини, аби він не міг проковтнути ані шматочка, якщо він заприсягнув неправдиво”. Якщо людина не могла проковтнути чи втримати в шлунку цей хліб або сир, її вважали винною» [13, с. 55]. Тобто, усвідомлення того, що ці випробування самі собою нічого не варті й покликани

<sup>1</sup> «Втрачався сенс «Божого суду», – вважає В. Старков, – бо за конфліктуючі сторони билися наймити – «полевщики» [15, с. 63]

влонити відблиск божественного знання, виявити божественний присуд ніколи не полишало учасників судових перипетій. Ордалії – це також, як і судовий поєдинок, лише «ключі» (або й «відмички») від сакрального.

Що ж до присягань і клятв, то в їх виголошенні прямо покликалися на священні сили, залучали їх немов свідків і поручителів правоти.

Таким чином, маємо визнати, що традиційні агональні судові процедури не є «чистим» змаганням, «чистою» грою. «Змагальна» складова в них поєднана з ритуальною, ігрова процедура сповнена сакрального змісту.

Імовірно, можемо потрактувати їх як специфічні «сакральні ігри».

Р. Жирар зазначає, що до числа ритуалів, які найчастіше називають або трактують як «аномальні», належать, безумовно, ті, до яких включені свого роду змагання чи на навіть те, що заслуговує назви «азартної гри» (букв. «гри випадку»).

Наприклад, у індіанців уїтото до ритуалу включено гру в м'яч. У кайан з Борнео гра з дзигою є складовою релігійної церемонії. Ще більш прикметною та, принаймні зовнішньо, недоречною, видається партія «в кістки», яка відбувається під час церемонії поховання в індіанців канелос. Грають лише чоловіки. Розділившись на дві команди – по різні боки від мерця – вони по черзі кидають кістки над тілом померлого. Кожен, хто виграв, одержує одну зі свіських тварин небіжчика. Худобу тут-таки забивають, і жінки готують з неї страву для спільного частування [10, с. 380-381].

«Поza поховальними церемоніями ця гра не практикується, – пише Р. Жирар. – Профанна ідея гри до цього дійства не має відношення; це ми за звичкою переносимо її на ритуал. Звідси не випливає відсутність зв'язку гри з ритуалом... це лише значить, що треба «обернути» навспак головну тезу Гейзінга: не священне – частина гри, а гра – складова священного» [10, с. 381].

Фахівці з індіаністики виокремлюють, приміром, значну кількість завдань, які могли досягатися в процесі гри з м'ячем: ініціацію, поминальний обряд, жертвопринесення, символічне відвідування «прабатьківської печери» тощо. Можна сказати, що гра з м'ячем була для індіанців Мезоамерики «священною» грою, невід'ємною складовою ритуальних практик і базових обрядів.

Українська обрядовість також характеризується наявністю цілого комплексу «ритуальних» ігор, які зазвичай супроводжують обряди переходу (народження, одруження, поховання, новосілля, зміни пори року тощо) [див., напр.: 15, с. 148-154, 259-275 та ін.]. Усі вони мають власні функції й контекст, усі закорінені в сакральному або дотичні до нього.

Російський учений Ю. Ветютнев розглядає судовий процес як гру, що в головних рисах імітує ритуал [17]. Видається, що в даному випадку доречніше було би вести мову про ігровий аспект «ритуальних» практик судочинства; практик, пов'язаних з оформленням переходу з однієї реальності в іншу (з повсякденної – до юридичної, і навпаки), з одного стану – в другий (від особистості – до суб'єкта, і навпаки). Сакральні «ігри», які ми називаємо судовими процедурами, подібно до судових двобоїв чи ордалій «розігрують» тему «священного», експлікують його, вказують операційні правила його формування, віднаходження його ознак. Перефразуючи В. Топорова, можемо припустити, що в судових «іграх» священне відкриває себе учасникам обрядового дійства [8, с. 36].

За словами Р. Кайуа, еволюція перетворила на сакральне такі етичні поняття як чесність, вірність, свободу, справедливість тощо [6, с. 172]. Додамо сюди «священну корову» процесуальної науки – істину [18, с. 125-126] – і матимемо приблизний перелік «кандидатів» на роль сакральної складової судочинства.

На даний час серед правників найбільш поширеним є трактування правосуддя як справедливого судочинства. Справедливість розглядається як мета та сутнісна характеристика правосуддя, одна з необхідних підстав визнання судочинства правосудним. Видається, що в цивілізованому світі саме СПРАВЕДЛИВІСТЬ нині може вважатися сакральною складовою судочинства, тим, що легітимізує насильницьку за своєю сутністю діяльність в очах загалу, перетворює судочинство на місію, а суддів – на «служителів Феміди» [18, с. 125]. Це не свідчить про якусь її «надприродну» сутність, це наслідок визнання за нею надзвичайної цінності суспільством на даному етапі розвитку. За інших обставин сакральним статусом можуть бути наділені влада, порядок або кара.

«Ми знаємо, – зазначає Р. Жирар, – що правосуддя більше захищене в громадській безпеці (sic! – Д.Б.), ніж у абстрактній справедливості, але від цього не меншає наша віра в те, що ґрунтується ця система саме на принципі справедливості... Щоб переконатись у цьому, достатньо почитати відповідну літературу» [10, с. 31].

Судочинство як «сакральна гра» уможлиблює втілення в профанному, пересічному бутті «священного принципу» – СПРАВЕДЛИВОСТІ, відповідну трансформацію дійсності та статусу «гравців». Сакральний характер цієї гри підтверджується й тим, що по її завершенню витворені зміни не скасовуються, а залишаються чинними (на відміну від

ситуації «чистої» гри). Нівелювати результати попередньої гри можливо лише наступною сакральною грою.

Взаємодія зі священним у перебігу цієї «гри» пояснює й інші нехарактерні для гри в «чистому вигляді» риси судочинства, а також можливість неоднозначних ігрових комбінацій, зокрема, сполучення таких ігрових форм як *agôn* та *ilinx*. Річ у тім, що Р. Кайуа однозначно заперечував можливість поєднання цих форм гри, вважаючи що змагання несумісне з прагненням досягти ефекту запаморочення, зміною сталості сприйняття дійсності тощо [19, с. 97]. Натомість у випадку «сакрального агону», як видається, така комбінація цілком припустима, оскільки через ігрову процедуру в пересічному бутті «являє себе» священне, «те, до чого не наближаються, не вмираючи».

Щоправда, залишається відкритим питання щодо можливості визнання таких процедур ігровими, адже дехто вважає, що «сакральна гра» поняття оксюморонне, що «ритуалізація» гри свідчить про її «смерть» [5, с. 54].

Цікавою в цьому сенсі є думка І. Морозова про те, що гра – це специфічний культурний механізм, який уможлиблює перехід від одних ритуальних форм до інших, тобто спосіб їх еволюції [5, с. 54]. Іншого звучання в цьому контексті набувають ідея Р. Жирара про те, що правосуддя становить цивілізований аналог офірування [10, с. 33], та міркування Ю. Ветютнева з приводу актів судочинства як ігрових імітацій ритуалів [17].

Ще одним актуальним питанням є питання співвідношення профанного, сакрального й ігрового вимірів у судочинстві. Судочинство як повсякденна професійна діяльність судових функціонерів є секулярним, а отже таким, що реалізується в «профанній» сфері людського буття, на відміну від гри та ритуалу, які реалізуються, відповідно, в ігровому та сакральному вимірах. На думку Й. Гейзінґи, сфері повсякдення протистоїть триєдиний комплекс «гра – свято – обряд», де за своєрідний «центр тяжіння» править феномен свята [1, с. 39]. Р. Кайуа вважав, що сакральне й ігрове поєднуються тією мірою, якою вони обоє протиставляються практичному життю, але займають щодо нього симетричні позиції (сакральне-профанне-ігрове) [6, с. 208]. «Гра може епізодично включатись у «побутове життя», але більш природне її місце – поміж побутом і ритуалом», – переконаний А. Байбурін [9, с. 23].

Як видається, всі ці суперечливі, на перший погляд, твердження цілком узгоджуються одне з одним, якщо відійти від уявлення співвідношення профанного, сакрального й ігрового як лінійного. Отже,

сфері «профанного» протистоїть сфера «свята», в якій можна виділити «сакральний» (з одного боку) та «ігровий» (з іншого боку) аспекти. У свою чергу, «сакральне» й «ігрове» дотичні до «профанного» та можуть «забарвлювати» його своїм впливом. Тобто, гра й ритуал перебувають обабіч «профанного» та безпосередньо контактують у царині свята. У такий спосіб співвідносяться профанне, сакральне й ігрове в культурному просторі. У сфері судочинства акцент може зміщуватися: від однозначного домінування ігрового принципу в умовах суто змагального процесу – до майже ритуальних процедур інквізиційного.

Насамкінець слід зазначити, що правосуддя можливе тільки на межі взаємодії судочинства як профанно-ігрової діяльності та сфери сакрального. Без усвідомлення того, що судочинство – знаряддя утвердження СПРАВЕДЛИВОСТІ (ІСТИНИ, ВЛАДИ, ПОРЯДКУ, ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ тощо), судочинство лишається рутинною комбінаторною діяльністю (так би мовити, «професійною грою») з переслідування правопорушників і розв'язання конфліктів – не менше, але й не більше. Лише зв'язок із «священним» робить із нього правосуддя.

Таким чином, агон – не лише гра. Часто це сакральна гра. Особливо в разі, якщо йдеться про судовий агон – і правосуддя.

### Список використаних джерел:

1. Гейзінга Й. Homo Ludens / Й. Гейзінга ; [пер. з англ. О. Мокровольського]. – К.: Основи, 1994. – 250 с.
2. Бочаров Д. Змагальність як ігрова засада процесуальної діяльності // Д. Бочаров // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 11. – С. 50-52.
3. Бочаров Д. Ігровий аспект судочинства: форми та вияви / Д. Бочаров // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 12. – С. 191-195.
4. Ромашко С.А. Смертельные игры: агон и агония / С.А. Ромашко // Логический анализ языка. Концептуальные поля игры / Отв. ред. Н.Д. Арутюнова. – М.: Индрик, 2006. – С. 86-97.
5. Морозов И.А. «Физиология» игры (К анализу метафоры «игра как живой организм») / И.А. Морозов // Логический анализ языка. Концептуальные поля игры / Отв. ред. Н.Д. Арутюнова. – М.: Индрик, 2006. – С. 42-59.
6. Каюа Р. Людина та сакральне / Р. Каюа ; [пер. з фр. А. Усик]. – К.: Ваклер, 2003. – 256 с.

7. Постовалова В.И. «Храмовое действо» как символическая реальность / В.И. Постовалова // Логический анализ языка. Концептуальные поля игры / Отв. ред. Н.Д. Арутюнова. – М.: Индрик, 2006. – С. 60-85.

8. Топоров В.Н. О ритуале. Введение в проблематику / В.Н. Топоров // Архаический ритуал в фольклорных и раннелитературных памятниках. – М.: Наука, 1988. – С. 7-60.

9. Байбурин А.К. Ритуал в традиционной культуре. Структурно-семантический анализ восточнославянских обрядов / А.К. Байбурин. – СПб.: Наука, 1993. – 240 с.

10. Жирар Р. Насилие и священное / Р. Жирар ; [пер. с фр. Г. Дашевского]. – М.: Новое литературное обозрение, 2000. – 400 с.

11. Фуко М. Истина и правовые установления // Фуко М. Интеллектуалы и власть. – Ч. 2: Статьи и интервью 1970 – 1984 гг. – М.: Праксис, 2005. – С. 40-177.

12. Носов К.С. Рыцарские турниры / К.С. Носов. – СПб.: ООО «Изд-во Полигон», 2004. – 141 с.

13. Берман Г. Дж. Право і революція. Формування західної традиції права / Г. Берман ; [пер. з англ.]. – К.: IRIS, 2001. – 652 с.

14. Фуко М. Наглядати й карати. Народження в'язниці / М. Фуко ; [пер. з фр. П. Тарашука]. – К.: Основи, 1998. – 392 с.

15. Старков В. Традиційна ігрова культура населення України / В. Старков. – К.: Ін-т української археографії та джерелознавства ім. М.С. Грушевського НАН України, 2009. – 402 с.

16. Скотт В. Айвенго: Роман / В. Скотт ; [пер. І. В. Муращик]. – Л.: Панорама, 2001. – 384 с.

17. Ветютнев Ю.Ю. Процедура, ритуал, гра: Лекція в рамках проекту «Интеллектуальные среды» (стенограмма) / Ю.Ю. Ветютнев. – Волгоград, 19.12.2007 г.

18. Бочаров Д. Обрядовий аспект судочинства: плюси та мінуси / Д. Бочаров // Вісник прокуратури. – 2008. – № 5. – С. 122-128.

19. Кайуа Р. Игры и люди: Маска и головокружение. Статьи и эссе по социологии культуры / Р. Кайуа ; [сост., пер. с фр. и вступ. ст. С.Н. Зенкина]. – М.: ОГИ, 2007. – 304 с.

## СУДОПРОИЗВОДСТВО КАК САКРАЛЬНАЯ ИГРА

**Д. Бочаров**

*Академия таможенной службы Украины,  
г. Днепрпетровск, ул. Рогалева, 8, e-mail: dmitroboch@mail.ru*

В статье рассматриваются характер соотношения игрового и сакрального аспектов судопроизводства и их отношение к наиболее значимой составляющей этой деятельности, называемой правосудием. Судопроизводство в его игровом и обрядовом измерениях трактуется как специфическая «сакральная игра».

*Ключевые слова:* судопроизводство, правосудие, игра, состязательность, сакральное, обряд.

## LEGAL PROCEDURE AS A SACRAL GAME

**D. Bocharov**

*Ukrainian Academy of Customs,  
Dnipropetrovsk, Rogalyova Str., 8, e-mail: dmitroboch@mail.ru*

The article considers the nature of the correlation of game and sacral aspects as well as their relation to the most important part of this activity named justice. Legal procedure in its game and ritual (sacral) dimensions are rendered as specific «sacral game».

*Keywords:* legal procedure, justice, game, competitiveness, sacral, ritual.

## АНТРОПОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД В ИЗУЧЕНИИ СОЗНАНИЯ И ПРАВОВОГО СОЗНАНИЯ

**И. Вершок**

*Белорусский государственный университет,  
г. Минск, ул. Ленинградская, 8,  
e-mail: viarshok\_irina@mail.ru*

Достаточно длительный период времени юридическая антропология, имеющая корни социальной антропологии, в своей основе преследовала цель формирования теории эволюции права в системе социальной регуляции и во взаимосвязи с процессами развития человека как *homo sapiens*, способного сочетать в себе биологическое и социальное начала.

Однако с развитием данного направления научной мысли и формированием нового методологического подхода – так называемого антропологического метода научного познания, в его рамках актуализируются исследования не только самого права, но и иных элементов правовых систем. Причем исследования осуществляются в двух основных направлениях.

Во-первых, изучаются исторические аспекты правогенеза в сложных условиях эволюции человека, презюмируя, что все человеческие общности проходят идентичные стадии в развитии своих форм экономической, социальной и правовой организации. Во-вторых, анализируются качество и состояние права в традиционных и современных обществах в контексте их различной культурной организации. В обоих случаях акцент делается на изучение самих истоков права (в материальном смысле), влияющих на его форму, содержание и дифференциацию. Однако отсутствует детальный анализ генезиса правосознания как идеального фактора, существенно детерминирующего появление и развитие права, а также обуславливающего содержание правовых явлений и их соотношение с другими регулятивными системами.

Фрагментарно встречающиеся сведения о мышлении первобытного человека или члена традиционного общества, либо исследования эволюции общего сознания у *homo sapiens* не дают наиболее полной картины материальных и идеальных причин и условий выделения права как специфической социорегулятивной системы в процессе развития человека.



Представляется целесообразным сделать попытку анализа генезиса правосознания как идеального фактора, детерминирующего само существование права и его сущностно-содержательные показатели. Кроме того, исследование процессов поступательного развития правосознания может способствовать более объективному анализу качества современного правосознания и его роли в системе других типов и видов сознания (политического, экономического, экологического и др.), а также прогнозированию дальнейших путей развития правового сознания в контексте конкретной социально-правовой действительности.

Кроме того, подробный анализ в рамках отдельного научного направления содержания и форм выражения первобытного сознания, а также его дальнейшего развития, усложнения и дифференциации на различные типы и виды, в том числе и правовое сознание, будет способствовать более объективному изучению человека, начиная с первобытных этапов его бытия, в том числе и в сфере социально-правовой действительности. Генезис сознания и правосознания представляется целесообразным изучать с позиций признания человека исходным пунктом и конечной целью философии, как уникальную био-, социо-культурную систему, требующую исследования в ее целостном бытии, что соответствует антропологическому подходу [1, с. 11], и с учетом формирования и развития ценностных представлений общества, лежащего в основе аксиологического метода, а также ряда других вспомогательных познавательных средств.

В обобщенном виде практическая деятельность человека по приспособлению к окружающей действительности и ее освоению, в том числе, преобразованию происходит осознанно – сознательно. Сознание представляет собой сложный и комплексный биопсихофизиохимический процесс истинного, ошибочного или ложного восприятия, отражения, осмысления и выражения идеализированной в индивидуальном человеческом мышлении действительности [2, с. 10]. В процессе восприятия, отражения, осмысления окружающей действительности возникают (выражаются) образы ее идеального существования и развития (должное) и реальная картина мира (сущее). Наиболее оптимальный в конкретно-исторический период для определенного индивида или группы лиц образ должного формулируется в виде идеалов, к которым ему (им) следует стремиться для наиболее благоприятного существования. В свою очередь, идеалы создаются на основе ценностной иерархической системы, характерной для конкретного индивида и (или) соответствующей социокультурной общности в процессе ее историче-

ского развития, а также как результат рефлексивного осмысления диалога различных культур.

Будучи воплощением конкретной структурно-содержательной системы ценностей, идеалы не достижимы. Однако сознательное стремление к ним воплощается в построении норм, правил образцового, «идеального» поведения (религиозных, моральных, правовых). Содержание и иерархия таких установлений строится на основе осознанных принципов как основополагающих начал регулирования, органично синтезирующих в себе идеальное и реальное положение вещей. Учитывая несовершенство человека, он по ряду объективных и субъективных причин (в том числе и встречающейся в ряде случаев неправомерности, не соответствию закономерностям общественного развития самих норм и принципов) не может выполнять всех правил, регулирующих его поведение, и поэтому идеал обладает свойством недостижимости, отчего не перестает существовать, а лишь развивается, изменяя и чаще всего повышая требования к человеку и обществу.

Что же касается антропологического подхода в изучении идеальной и реальной окружающей действительности, то можно выделить несколько периодов человеческого существования, коренным образом отличающихся между собой. Вся история человечества (в линейной ее интерпретации) представляет собой плавный и поступательный переход от приспособления *homo sapiens* к окружающей среде к ее преобразованию, что, несомненно, отразилось на генезисе сознания человека.

Так, в условиях первобытного бытия и, соответственно, элементарной недифференцированной общественной структуры объективно преобладали общинные (но не общественные в смысле социальных) формы существования человека, на основе чего строилось его мировоззрение. Вся окружающая действительность представлялась человеку как одна огромная родовая община, населенная «существами человеческого типа» [3, с. 27]. Начальные формы человеческого бытия характеризовались неразвитым сознанием, что отразилось в различных исследованиях антропологов и историков в формулировке идеальной формы бытия первобытного человека просто как «мышление». В первобытном мышлении преобладал иррациональный компонент, однако в то же время логическая составляющая уже существовала [4, с. 27-30], но находилась в зародышевом состоянии. Материальное не отличалось от идеального, рациональное – от иррационального, естественное – от сверхъестественного [4, с. 32-37]. Благодаря появлению и развитию рационального, логического компонента в первобытном мышлении

человек получил способность к дальнейшему сознательному социальному нормированию, самосовершенствованию и, соответственно, выживанию.

Основной ценностью первобытного человека являлась охрана старого порядка вещей, способствовавшего ранее выживанию предков и, соответственно, сохранению жизни его современников. Ценности основывались на инстинктах, направленных на сохранение жизни и продолжение рода. Сознание было синкретичным и однонаправленным на охрану и передачу традиционно повторяющихся из поколения в поколение стереотипов поведения. Названный ранее процесс нормального, развитого сознания современного индивида (восприятие, отражение, осмысление и выражение) не был полноценным у первобытного человека. Так, у последнего сначала полностью, а с течением времени – частично, отсутствовало осмысление как необходимый элемент процесса развитого сознания. Неслучайно большинство авторов, анализируя обычай как наиболее распространенную норму, регулиющую поведение в первобытном обществе, указывают на стихийное, часто неосмысленное, немотивированное и не подвергающееся рациональной оценке повторение правил, существующих и исполняемых испокон веков. Синкретизм сознания обусловил наличие первоначальной системы социальной регуляции в виде мононормы, являющейся не правилом в современном понимании, а образцом поведения, личным примером.

Выражение, как необходимый последний этап процесса сознания, у первобытного человека также был неразвит. Сначала выражение процесса осознания проявлялось примитивно, в определенных жестах, поступках. Отсутствовала языковая форма объективизации сознания, что затрудняло построение логических умозаключений, и поэтому не способствовало развитию осмысления.

С появлением языка в сознании происходит коренной перелом, связанный с зарождением и развитием рациональной оценки происходящих событий и построению выводов об их дальнейшем развертывании. Анализируя определенные события, человек, хоть и на примитивном уровне, выделяет закономерности, пытается спрогнозировать их дальнейшее развитие. С накоплением соответствующих знаний он пытается преобразовывать окружающую действительность. Происходит изменение системы ценностей, при которой наряду с ценностью сохранения старых порядков, на первый план выходит создание новых условий жизнедеятельности, наиболее благоприятных для инди-

вида. Появляются ценности, связанные с преобразованием настоящего с целью оптимизации будущего. Примером могут служить охраняемые ценности моногамной семьи, запрета инцеста, успешной охоты и собирательства и т.д. В соответствии с этим изменяются принципы регулирования, после чего мононорма дифференцируется по своей форме и содержанию. Однако обычай не отрицается, он уходит на второй план, в результате чего начинается дифференциация и иерархизация в системе социального регулирования.

В процессе развития деятельности по преобразованию окружающей среды усложняется ее структура и алгоритм, происходит специализация труда между отдельными членами племени или рода. Соответственно дифференцируется сознание как процесс отражения все усложняющееся и разветвляющейся социальной практики. У шаманов, магов, жрецов наиболее развивается иррациональный элемент восприятия, отражения, осмысления и выражения окружающей действительности, что способствует выделению мифического, магического и (или) религиозного сознания. У охотников и собирателей доминирует практический, рациональный компонент сознания, на основе чего зарождается, а потом с переходом от присваивающей к производящей системе хозяйствования развивается природоресурсное, природоохранное и экономическое сознание (основанное на рациональном производстве, распределении и потреблении). У главы семьи, рода, старейшины, к которым обращаются за разрешением спора, появляется необходимость применения существующих правил поведения при соблюдении определенных ритуалов, процессуальных правил, для правильного с его авторитетной точки зрения и на основе имеющихся норм в форме обычая, разрешения ситуации, что способствует дифференциации правового сознания. Вследствие расслоения синкретичного сознания вычлняются соответственно религиозное, экономическое, экологическое и правовое сознание.

С появлением и усложнением дифференциации общества зарождаются предпосылки для возникновения принципиально новой его формы организации – государственной, в противовес доминирующему ранее общинному существованию человека. Государственная форма бытия начинает конкурировать с общинной формой, также отражающейся в сознании и проявляющейся в различных сферах жизнедеятельности – религиозной, хозяйственной, правовой. Постепенно общинное сознание и бытие теряет свое доминирующее значение (но полностью не исчезает вплоть до настоящего времени и проявляется в различных

социокультурных обществах с разной интенсивностью – на востоке более ярко, в западноевропейском обществе – практически нивелировано). Появляется, развивается и приобретает всепроникающее значение государственная форма существования человека, что соответственно воспринимается, отражается, осмысливается государственным типом сознания. С развитием различных дифференцирующихся функций государства на международном и национальном уровнях развиваются и отдельные виды государственного сознания. В той мере, когда государство и право совпадают в пределах конкретной государственно-правовой действительности, имеет место государственное правосознание. Применительно к определенной индивидуальной или общественной сфере жизнедеятельности человека оправданно признать факт наличия негосударственного правильного или правового (но не законного) экологического, административного, экономического, семейного и иного сознания.

Таким образом, с учетом дифференциации и специализации современной человеческой деятельности, а также государственной и негосударственной сфер бытия индивида можно выделить постоянно усложняющуюся систему государственного и общественного (в смысле негосударственного) сознания. Причем такое общественное сознание в той степени, в которой оно условно автономно от государственного, разделяется на моральное, религиозное, правовое, экономическое, политическое и другие подтипы. В свою очередь, правовое (в смысле правильного, а не законного) сознание имеет свойство специализироваться и может быть политическим, природоресурсным, природоохранным, потребительским, образовательным, договорным и т.д.

Указанная схема генезиса сознания и правосознания является общей, основанной на изучении антропологических основ происхождения социума и нормативной регуляции в нем, презюмируя, что все человеческие общности проходят идентичные стадии в развитии своих форм организации. Она сводится к теоретическому построению типологии сознания и дальнейшей классификации правосознания в историко-антропологическом измерении.

Кроме того, при условии применения антропологического подхода в изучении сознания и правового сознания необходимо анализировать качество и состояние права в традиционных и современных обществах в контексте их различной культурной организации. Действительно, каждый из выделенных выше типов сознания и видов правосознания имеет свои разновидности в конкретных культурно-исторических общностях. Данные разновидности правосознания должны быть под-

вергнуты специфическому анализу, с использованием достижений социальной антропологии, психологии, социологии, на основе конкретизации содержания определенной системы ценностей, базирующейся на ней совокупности принципов, предопределяющих содержание правовых норм. Однако в настоящем общетеоретическом контексте допустима следующая общая классификация правового сознания.

Так, необходимо отметить возможность и необходимость обоснования существования разновидностей правосознания, дифференцируемых по микро-территориальному, внутригосударственно-региональному, национально-территориальному, межгосударственному, межгосударственно-региональному и международному признакам. Тем не менее, для сообществ индивидов, проживающих в пределах соответствующих пространственно-территориальных границ, по справедливому утверждению Г. Лебона, характерны определенные типы восприятия реальных, мышления, сознания и другие свойства, индивидуализирующие или даже персонифицирующие указанные сообщества [5, с. 7, 15, 35], т.е. фактически проявляется феномен географического детерминизма, который может дополняться геополитическими факторами, также влияющими на сознание и, безусловно, правосознание. В умах каждого живет образ их сообщества. При этом географическая детерминанта наиболее связана с экологическим сознанием, природоресурсным и природоохранным правосознанием, поскольку индивидам сообществ конкретных территорий небезразлично состояние среды их проживания.

Исходя из признаков географического и геополитического детерминизма (географической и геополитической обусловленности социальных явлений и процессов), имеются достаточные основания дифференцировать правосознание на локальную, местную, внутригосударственную, межгосударственную и международную разновидности.

Локальное правовое сознание представляет собой правильное восприятие, отражение, осмысление и выражение социально-правовой действительности индивидами семьи, коллектива, иного первичного человеческого сообщества.

Местный уровень правосознания сводится к правильному восприятию, отражению, осмыслению и выражению социально-правовых явлений и процессов жителями конкретных населенных пунктов.

Внутригосударственное правовое сознание выражается в правильном восприятии, отражении, осмыслении и выражении социально-правовой действительности жителями определенных относительно обособленных регионов страны. Классическим примером является

осознание индивидами, проживающими на территории заповедников, национальных парков, горнодобывающих и других природносырьевых зон общенационального правового статуса находящихся на них естественных богатств. Характерно, что фактически многие работники и жители, например, Березинского заповедника, Национального парка «Беловежская пушча» и других особо охраняемых природных территорий осознают правовой статус ресурсов этих территорий в основном с позиций собственных материальных интересов.

Межгосударственное правовое сознание сводится к правильному восприятию, отражению, осмыслению и выражению социально-правовой действительности межгосударственного уровня. Правосознание на данном уровне выражается в правильном восприятии, отражении, осмыслении и выражении в основном главами государств, руководителями и работниками их органов, политическими и общественными деятелями социально-правовой действительности государств, образующих межгосударственные регионы, как альтернативу гипертрофикации глобального развития общества.

Наконец, международное правовое сознание представляет собой правильное восприятие, отражение, осмысление и выражение любым жителем Земли международно-правовой действительности как важнейшего фактора юридического обеспечения защиты человечества от потенциально возможных кризисных явлений.

На основе изученного генезиса правосознания были выявлены следующие закономерности его развития.

**Дифференциация.** Правосознание как сложное и обусловленное различными объективными и субъективными факторами явление, имеет различия по территориальному, временному и отраслевому признакам. С развитием человеческой жизнедеятельности по преобразованию окружающей действительности происходит локализация, отраслевая дифференциация и специализация, а также регионализация правосознания, что должно отразиться на анализе конкретных его видов. Изучение сущности, содержания и уровня развития некоего абстрактного правосознания безотносительно территории, времени и (или) отрасли, в пределах которых оно распространяется, является методологически неверным.

**Преимственность.** Современное состояние правового сознания является отражением многовекового опыта жизнедеятельности человека, начиная с первобытных форм его существования и простейших способов осмысления окружающей действительности. Преходящие формы мыш-

ления человека, принадлежащего к конкретному обществу сохраняются, и в трансформированном виде переносятся в современное сознание, а новые, будучи детерминированы обновленной иерархией ценностей, накладываются на уже существующие, базирующиеся на старых ценностях. Для наиболее оптимального изучения содержания правосознания, необходимо исследовать его в историческом развитии конкретного общества с учетом развивающейся в нем системы ценностей.

**Динамизм.** Правосознание не является статичной формой отражения окружающей действительности. Оно представляет собой сложный процесс постоянно изменяющегося правового восприятия, отражения, осмысления и выражения социально-правовой реальности на фоне динамично развивающихся ее элементов.

**Направленность** процесса правосознания на осознание правового идеала, правовых принципов и правовых норм. На основе восприятия, отражения и осмысления бытия человеческим сознанием, формируются представления об идеалах, на основе чего формулируются принципы, являющиеся основополагающими началами социального регулирования, содержащего конкретные нормы поведения. Норма поведения представляет собой результат сознательного восприятия, отражения, логического осмысления окружающей действительности и закономерностей ее развития и дальнейшего выражения в правиле поведения представлений человека о необходимом, идеальном построении общественных отношений для наиболее оптимального существования такой действительности в соответствии с данными закономерностями. Предложенная схема применима и к социально-правовой действительности. Учитывая специфику законов развития окружающей правовой действительности, детерминированных географическими, культурными, антропологическими иными факторами, генезис правового сознания существенно дифференцирован по региональному, временному и отраслевому признакам.

#### Список использованных источников:

1. Калинин С. А. Методология общей теории права (лекция) / С.А. Калинин // Право.by. – 2011. – № 2. – С. 7-17.
2. Вершок И.Л. Экологическое правосознание в доктрине правового сознания / И.Л. Вершок / Под ред. А.М. Абрамовича. – Минск: ОО «Право и жизнь», 2006. – 132 с.

3. Лосев А.Ф. Античная мифология в ее историческом развитии. – М., 1957. – С. 7 – Цит. по: Мальцев Г.В. Происхождение и ранние формы права и государства / Г.В. Мальцев // Проблемы общей теории права и государства: учебн. для вузов / под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2002. – С. 27-136.

4. Мальцев Г.В. Происхождение и ранние формы права и государства / Г.В. Мальцев // Проблемы общей теории права и государства: учебн. для вузов / под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА•М, 2002. – С. 27-136.

5. Гюстав Лебон. Психология народов и масс / Лебон Гюстав. – СПб.: «Макет», 1995. – 316 с.

## АНТРОПОЛОГІЧНИЙ ПІДХІД У ВИВЧЕННІ СВІДОМОСТІ ТА ПРАВОВОЇ СВІДОМОСТІ

*І. Вершок*

*Білоруський державний університет,*

*м. Мінськ, вул. Ленінградська, 8, e-mail: viarshok\_irina@mail.ru*

У статті розглядається генеза свідомості та правової свідомості з використанням антропологічного методу пізнання. Виявляються закономірності розвитку правосвідомості.

*Ключові слова:* свідомість, правова свідомість (правосвідомість), типи свідомості і правосвідомості, антропологічний метод.

## ANTHROPOLOGICAL METHOD IN THE INVESTIGATION OF THE CONSCIOUSNESS AND THE LEGAL CONSCIOUSNESS

*I. Viarshok*

*Belarusian State University,*

*Minsk, Leningradskaya Str., 8, e-mail: viarshok\_irina@mail.ru*

The gist of the article is the origin of the consciousness and legal consciousness on the basis on anthropological method of research. Regularities of the evolution of legal consciousness are investigated here.

*Keywords:* consciousness, legal consciousness, types of consciousness and legal consciousness, anthropological method.

## ХРИСТІЯНСЬКА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ: ПРОБЛЕМИ РОЗУМІННЯ

*Д. Вовк*

*Національний університет*

*«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»,  
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: vovk\_dmitry@mail.ru*

Спроби осмислення права європейських країн (зокрема, і українського) як цивілізаційного явища, як продукту певної культури не можна уявити без звернення до його (права) християнського коріння. Хоча діапазон думок з цього приводу у науковій літературі варіюється від тверджень про необхідність рехристиянізації правових систем країн Заходу (тут і далі терміни «Захід», «західна цивілізація» і похідні від нього вживаються нами у сенсі низки ознак, що виокремлюють країни Європи (як східної, так і західної) та деякі інші країни, генетично з Європою пов'язані, на фоні іншого світу) до визнання лише історичного значення християнської релігії у генезі сучасного європейського права. Однак, за будь-яких підходів, «присутність» християнської традиції у згаданих правових системах є беззаперечною, що актуалізує наукові пошуки у даній сфері. Метою цієї статті є напрацювання адекватного розуміння християнської правової традиції та виокремлення її базових особливостей, що може бути покладено в основу подальших досліджень впливу християнства на право.

Зазначимо, що вивчення християнської правової традиції викликає в літературі значні складнощі.

По-перше, використання самого цього поняття є достатньо розмитим. Так, наприклад, О. О'Донован і Дж. Локвуд О'Донован під християнською правовою традицією розуміють християнську правову доктрину [1, с. 217]. В. Лафітський і Г. Глен вживають дане поняття як культурологічний або релігійно зумовлений еквівалент терміну «правова сім'я», щоправда, з різним ставленням до нього: якщо В. Лафітський констатує наявність християнської правової традиції, то Г. Глен ставить під сумнів її існування [2, с. 123 і далі; 3, с. 2]. Показово також, що системне осягнення природи християнської правової традиції, її сутнісних характеристик, структури, функцій вченими-юристами практично не здійснюється.

По-друге, ще більш різномірним є розуміння родового поняття «традиція», які є досить вживаними у філософських, правових, історичних, політологічних і культурологічних джерелах [Див.: 4-7]. Ця

різномірність у певній мірі має об'єктивне підґрунтя, адже традиції наділені поліморфною і політиповою природою залежно від сфери соціальної дійсності, в якій вони діють [8, с. 56]. З огляду на це для нашого дослідження важливі, у першу чергу, суспільнознавчі праці, присвячені традиції.

По-третє, слабо вивченим залишається сучасний стан християнської правової традиції. Існуючі праці, які присвячені аналізу вказаної проблематики, зосереджені в основному на вивченні впливу християнства на середньовічне право або на з'ясування правових положень священних текстів чи християнської доктрини [Див: 9-11]. Певним виключенням з цього є відомі роботи Г.Дж. Бермана з дослідження західної традиції права, однак і в них сьогоденній стан зв'язків між християнством і правом країн Заходу окреслений дуже схематично, в основному в межах ідеї про секуляризацію сьогоденнього права, втрату ним свого релігійного підґрунтя і потребу в його відновленні [12, с. 51; 13, с. 97]. Спроби екстраполювати потім отримані в межах таких розвідок висновки на сучасне право і державу виглядають вкрай непереконливими [Див.: 11, 14, 15], оскільки у них фактично ігнорується факт секуляризованості державно-правової дійсності (яка вже зараз набуває характер постсекулярності) і пов'язані з цим зміни у функціональному призначенні християнсько-правової традиції. Крім того, практично не досягнуто низку явищ і процесів, які значною мірою визначають розвиток християнської правової традиції у наш час (релігійні еквіваленти (квазірелігійні ідеології, наприклад, комунізм, фашизм, форми громадянських релігій), глобалізація світу тощо).

І по-четверте, досить мало уваги в літературі приділено особливостям християнської правової традиції у вітчизняній правовій системі. У той же час, специфіка українського православ'я, його зв'язки з іншими гілками християнства, радянське минуле дозволяють вести мову про специфічний характер впливу християнської релігії на правову складову українського суспільства. Зазначимо також, що у цьому сенсі думка про єдність християнської правової традиції України і Росії є досить спірною і такою, що викликає чимало заперечень, зокрема, і історичного плану. Можна пригадати, що на відмінності між українським і російським православ'ям звертав увагу в одному зі своїх публіцистичних творів В.О. Ключевський [16, с. 159]. На більшу демократичність церковної громади в українському («малоруському») православ'ї вказував і інший класик історичної думки Д.І. Багалій [17, с. 319]. С.І. Реснянський зазначає, що російська і українська гілки

православ'я по-різному поставились до культурних (зокрема, і правових – Д.В.) новацій Петра I. Якщо російська церква їх не сприймала, то українське православ'я поставилось до них більш схвально [18, с. 47], а деякі з його діячів (як у випадку Ф. Прокоповича) виступали провідниками цих новацій. Крім того, при оцінці християнської правової традиції як складової права України або Росії не слід плутати вплив християнства на правову систему або її елементи з іншими чинниками розвитку останньої. Зокрема, скоріше ментальною специфікою і політичними факторами можна пояснити симфонію держави і церкви в її російському варіанті, яка достатньо негативно позначилась не лише на формуванні правових моделей державно-церковних відносин, але і на розвитку громадянського суспільства та демократії.

Як вже зазначалося, використання поняття «традиція» в наукових джерелах є дуже широким. Не заглиблюючись у це питання, зазначимо, що традиція (зокрема, і правова традиція) сприймається як минуле, як зв'язок між минулим і сьогоденням, як правило поведінки, легітимоване досвідом минулих поколінь, як спадщина, накопичена у певній сфері, як сам процес спадкування, як особлива форма історичної свідомості тощо. У світлі такого плюралізму підходів, перш за все, потрібно визначитись, який з наведених підходів і в якій мірі може бути застосований для дослідження християнської правової традиції.

Класичним є розуміння традиції як минулого. У такому випадку традиція зазвичай розглядається як позитивна чи негативна протилежність змінам, прогресу, новаціям. Таке ставлення до традиції є парадигмою Нового часу. Наприклад, Е. Берк закликав при вирішенні конфлікту між Британською імперією і північноамериканськими колоніями повернутися до традиційних «стародавніх чесних юридичних принципів і установ», які англійським філософом протиставлялись новим ініціативам корони у цій сфері [19, с. 143]. А. де Токвіль розглядав традицію (давній порядок) як опозицію змінам (революції) [20, с. 135]. Даний підхід використовується і сучасними дослідниками. Англійський соціолог Е. Гідденс порівнює традицію із зануренням у віковичну імлу [21, с. 32]. Французький фахівець з соціології історії Ж. Башлер розглядає історичний процес як зміну трьох періодів: природної історії, традиційних історій і модерної історії [22, с. 89 і далі]. О. Беляєва визначає традиційну мораль як першу історичну систему моралі [23, с. 118].

При цьому не можна не помітити, що подібне бачення традиції утворює смислову пастку, адже у такому випадку традиція завжди є сталою,

повністю сформованою, що виключає будь-які можливості її пристосування до сьогодення. У результаті традиція, будучи минулим, «вмирає» – витісняється з соціального середовища, як тільки воно починає змінюватися. Британський історик Е. Гобсбаум вказуючи, що традиція апелює до минулого, вимушений одночасно визнати, що характерною рисою традиції є її незмінність [4, с. 14]. Однак незмінність є властивою лише традицій низького рівня (наприклад, традиції вставання при вході судді у зал судових засідань). Натомість традиціям більш високого порядку, зокрема і правовим, властива здатність модифікуватися і оновлюватися. На прикладі християнської правової традиції останній момент можна побачити і в еволюції тлумачення положень Біблії (на прикладі розуміння слів апостола Павла про те, що «немає влади не від Бога», яскраво видно, як християнська доктрина перейшла від ідеї сакральності державної влади, до ідеї підпорядкованості правителя Божественним вимогам), і в трансформації християнської доктрини (зокрема, щоб зрозуміти дані процеси, достатньо порівняти суспільно-політичні погляди Фоми Аквінського, серед яких було визнання і соціальної нерівності, і рабства, і релігійної нетерпимості, та ідеї провідного неотоміста Ж. Марітена, який обґрунтовував з християнського боку цінність демократії і прав людини), і в перетвореннях, що відбуваються на рівні свідомості віруючих. Крім того, ставлення до християнської правової традиції як до минулого унеможлиблює будь-яку її присутність у процесах оновлення правової системи або її елементів, хоча простий приклад зі скасуванням смертної кари у більшості західних правових систем, що мало яскраво виражене християнське забарвлення, доводить зворотнє.

Традиція розуміється також і як спадщина у певній сфері. Так М. Мірошниченко під традицією розуміє сукупність елементів соціального і культурного спадку, які передаються із покоління в покоління і зберігаються у суспільній пам'яті впродовж тривалого часу [24, с. 111]. Аналогічно термін «традиція» вживається і В. Дудченко, яка у традицію правового розвитку включає усі правові вчення, сформовані в межах певного культурного або цивілізаційного простору [25]. Однак такий підхід фактично розчиняє правову традицію у правовій культурі, тоді як християнська правова традиція є складовою та чинником розвитку і інших елементів правової системи (норм права, правосвідомості, правової науки і освіти тощо), а так само і правової системи в цілому. Додамо також, що у даному випадку неправильним видається сам акцент у розумінні традиції. Традиція – це не спадщина, а сучасність і майбутнє, пов'язане складними зв'язками з накопиченою спадщиною.

Правий Р. Земанд, який відмічає, що, говорячи про традицію, ми маємо на увазі не усю спадщину минулого, а лише те, що має значення для сучасності [Цит за: 7, с. 327]. Наприклад, до християнської спадщини у праві можна віднести звичай знімати взуття при проведенні ділових переговорів і укладенні договорів або заборону продавати рибу після початку церковної служби, які діяли у Гамбурзі у XVIII ст., однак на розвиток сучасних договірних відносин ці правила поведінки не впливають і тому зараз не є складовою християнської правової традиції.

Потрібно також враховувати, що ототожнення традиції зі спадщиною витісняє з розуміння традиції суб'єкта – її носія. Як зазначають К. Негус і М. Пікерінг за такого бачення традиція матеріалізується як самоорганізоване знання, яке відбувається за спинами людей [26, с. 183]. Проте, не можна не помітити, що розвиток християнської правової традиції часто спрямовується саме носіями останньої (релігійними громадами, церквами, релігійно вмотивованими індивідами).

Більш адекватним досліджуваній нами проблематиці видається сприйняття традиції як спадкування певного соціального досвіду, втілення його у сьогоденні. Так, український правник Ю. Оборотов вказує, що правова традиція відображає зв'язок часів, правове спадкування [5, с. 61]. А. Вишневський, досліджуючи західну традицію канонічного права, визначає її як звучання стародавнього права Церкви на Заході [27, с. 10]. Однак, слід відмітити, що попри перенесення наголосу з минулого на сучасність, за такого розуміння теж не долається сталість, консервативність традиції, оскільки проблема незмінності спадщини залишається (не можна змінити того, що вже накопичено і спадкується).

У даному підході також не враховується, що традиція може відображати більш складні зв'язки ніж «сучасне-минуле». Наприклад, численні протести православних церков проти запровадження в Україні ідентифікаційного номеру платника податків, що призвело до корегування законодавства у бік надання віруючим можливості відмовитись від присвоєння цього номеру, є проявом християнської правової традиції і відображає зв'язок між правом і християнською релігією по лінії «сучасне (чинна норма права про обов'язковість присвоєння ідентифікаційного номеру) – реальне або уявне минуле (сформований у попередні часи християнський погляд на людину, гріховність, так зване «число диявола») – сучасне (несприйняття віруючими і, як наслідок, зміні законодавства)».

Крім того, розуміння традиції як спадщини чи спадкування не вирішує проблеми так званих «винайдених традицій», тобто того, що

суспільством віднесене до історичної спадщини і виконує роль традиції, хоча не є насправді такою спадщиною. Автори вже цитованої нами праці «Винайдення традиції» на матеріалі британської історії досить переконливо демонструють, як ті традиції, що у суспільній свідомості вважаються продуктом «сивої давнини», насправді сформовані у найближчому минулому і історичного підґрунтя не мають [4, с. 29-31, 34]. Проявом такої «винайденної» християнської правової традиції може бути попередній приклад про ідентифікаційний номер. Він показує, як прихильниками християнської релігії здійснюється конструювання цієї традиції без достовірного зв'язку з досвідом минулого, адже наявність реальної суперечності між інститутом ідентифікаційного номера платника податків і положеннями Святого Писання чи Святого Передання є вельми сумнівною. Отже говорячи про християнську правову традицію, ми маємо на увазі не стільки певний досвід християнства як об'єкт спадкування, скільки те, як ця спадщина усвідомлюється суб'єктами права сьогодні. Схожу думку висловлює польський дослідник Є. Шацькі, на думку якого традиція – це зразки відчуттів, мислення і поведінки, що через свою дійсну або уявну належність до суспільної спадщини групи оцінюються її членами позитивно або негативно [7, с. 359].

З огляду на нормативний бік права слід також згадати розуміння традиції як регулятора суспільних відносин. За такого бачення традиція становить правило поведінки переважно символічного характеру, що підтримується суспільною думкою і передається з покоління в покоління. У даному аспекті право і традиція є різновидами соціальних норм. З урахуванням цього виразом християнська правова традиція, за аналогією з правовим звичаєм, досить умовно можна позначити християнську традицію, перенесену у право шляхом санкціонування. У ситуації деідеологізованості, а точніше поліідеологізованості сучасного права, таких традицій досить мало (наприклад, чорний і червоний кольори суддівських мантії, які йдуть від кольорів сутан священнослужителів – суддів церковних судів, або заручини, що у деяких європейських країнах мають правове значення, тощо). Однак і тут потрібно враховувати, що коли традиція текстуально оформлюється у нормативно-правовому акті або іншому джерелі права, вона набуває характеру норми права. Говорити ж про норму-традицію у праві, очевидно, можливо лише тоді, коли у закон лише міститься посилання на неї. Зокрема, на нашу думку, такою традицією є проведення церемонії благословення Президента України після його інавгурації настоятелями церков і керівниками релігійних конфесій у Софіївському соборі Національного заповідника

«Софія Київська» (п. 104 Положення про Державний Протокол і Державний Церемоніал України, затвердженого Указом Президента України від 22.08.2002 р. № 746/2002). Подібні нормативні конструкції, звичайно, входять до складу християнської правової традиції як об'єкту пізнання, однак є лише одним з елементів останньої.

Розмаїття викладених підходів також демонструє, що традиція об'єктивно не може бути осмислена лише через одне з напрацьованих у науці. Багатогранність буття права зумовлює багатовимірність традицій, що діють у праві. Ю. Лобода вказує, під поняттям «правова традиція народу» розуміє і закономірності розвитку правової сфери суспільства, й ідею, принцип і тенденцію правової складової соціальної організації (приведені підходи, хоча і близькі за значенням, однак не синонімічні), і як нормативно осмислений життєвий досвід поколінь [28, с. 87-88]. Нам досить важко погодитись з саме з такими аспектами розуміння правової традиції, але акцент на багатоаспектності останньої (у тому числі і християнської правової традиції) зроблено правильно.

Наведені вище міркування дають можливість сформулювати поняття християнської правової традиції. На нашу думку, християнська правова традиція – це особливості буття правової системи, зумовлені християнською релігією у її історичному розвитку, а так само і специфіка пізнання та відтворення правової системи чи її елементів у контексті розуміння християнства суб'єктами права.

Такий підхід до християнської правової традиції відображає декілька важливих моментів її сутності:

По-перше, християнська правова традиція є динамічним явищем, що, до речі, виправдано і з точки зору сенсу слова традиція – від лат. *traditio* – передавання, процес переходу чогось), відповідно традиція не може досліджуватися через протиставлення «традиція – інновація». Її існування як складової західного права не слід уявляти як поступове «згасання», зникнення колись сформованого під впливом християнства правового досвіду. Дана традиція є «живою», вона розвивається і змінюється із розвитком самої християнської релігії, людини, суспільства, права і держави тощо.

По-друге, приведені поняття християнської правової традиції дозволяє побачити неоднозначність впливу християнства на право, а так само і можливу невідповідність сприйняття цього впливу носіями традиції (суб'єктами права) реальному історичному досвіду. Згадана неоднозначність часто змушує відокремлювати ідеологічний компонент християнської правової традиції (наприклад, ідей богоподібності



людини, спокути, свободи її волі, рівності людей у служінні Богу) від практики діяльності християнських церков, історичний досвід яких знає і виправдання рабства, і погодження з суспільною нерівністю, і освячення релігійних війн.

У свою чергу невідповідності у сприйнятті християнської правової традиції мають об'єктивний характер і зумовлені тим, що традиції завжди несуть на собі відбиток історичного часу, як у тому, що вони приносять з минулого, так і у тому, як вони сприймаються сьогодні [26, с. 210]. Можна пригадати, наприклад, що Реформація, яка справедливо визнається кроком до секуляризації і ствердження релігійної свободи, для її сучасників фактично вилася у збільшення релігійної нетерпимості між католиками і протестантами. При цьому і події XVI ст., і їх трансформоване розуміння у XXI ст. є проявами християнської правової традиції, що демонструють зазначену невідповідність. Саме тому християнська правова традиція, як вже зазначалося, демонструє взаємодію правової системи і християнства не лише по лінії «сьогодення – минуле», але й по лінії «сьогодення – минуле – сьогодення», що відображає зв'язок сучасного права із сучасною християнською правовою традицією.

Потрібно також враховувати, що, як вже відмічалося, християнська правова традиція може мати характер винайденої. Окрім приведених вище прикладів, можна пригадати укорінену у сьогднішній західнохристиянській традиції думку про зв'язок християнства з демократією. Не заперечуючи цей зв'язок, зазначимо, що закладена у християнстві, як і будь-якій авраамічній релігії, ідея єдинобожжя як образу трансцендентної влади необхідно тягне за собою достатньо авторитарну модель влади і у цьому світі, а узгодження концепцій народовладдя і плюралізму з християнською доктриною є продуктом XX ст., тобто винайденою традицією. Найвідоміший консерватор Нового часу Ж. де Местр напевно був би дуже здивований, якщо б побачив спроби обґрунтувати зв'язок християнства і демократичного устрою. Сам же де Местр вважав, що християнській релігії найбільш відповідає монархічна влада [29, с. 63 і далі]. Приведену думку не слід сприймати, як спробу заперечити значення християнства для формування сучасних західних демократій. Однак, цей вплив здебільшого перебуває у площині практики діяльності церкви і релігійних громад. На рівні ж догми і доктрини християнство скоріше вплинуло на розвиток уявлень, що у майбутньому ствердили демократію (індивідуалізм, свобода, громадянське суспільство, права людини, поділ влади), ніж безпосередньо на саму концепцію здійснення влади народом.

По-третє, християнська правова традиція є явищем, яке відображає певний аспект буття правової системи, детермінованого різними складовими християнської релігії. Отже дослідження цієї традиції зумовлює не вивчення лише християнського бачення права, а осмислення того, як це вчення, а так само і діяльність церков чи релігійних громад позначились на розвитку західного права.

По-четверте, запропоноване визначення християнської правової традиції має на меті охопити різні аспекти існування права: як нормативного регулятора (з цього боку християнська правова традиція є особливості буттям правової системи, зумовленим християнською релігією), а також як форми суспільної свідомості та способу духовного виробництва (з цього боку християнська правова традиція становить специфіку пізнання та відтворення правової системи, її елементів в контексті розуміння християнства суб'єктами права).

І нарешті по-п'яте, християнська правова традиція є однією з традицій, що діють у праві західних країн. Особливості буття означених правових систем визначаються також й іншими традиціями (зокрема, римського права у приватній сфері, грецької філософії у сфері публічного права), а також культурними, історичними, економічними, політичними чинниками.

Сформульоване розуміння християнської правової традиції дозволяє зупинитися на її особливостях у сучасних умовах. Розуміння останніх дає можливість, по-перше, зрозуміти роль християнської правової традиції у розвитку і функціонуванні правових систем Заходу, а по-друге, побачити специфіку християнської правової традиції серед інших релігійно-правових традицій світу.

Перш за все, християнська правова традиція є загальною. На відміну від локальних правових традицій вона присутня у правових системах багатьох країн. Ядром християнської правової традиції є правові системи держав Європи, від яких дана традиція через низку історичних, політичних, географічних та інших чинників поширилась на інші країни. Ці правові системи мають низку властивостей, формування яких пов'язано з християнською релігією. Зокрема, йдеться про важливість права як соціального регулятора, секуляризованість права і держави, визнання цінності прав людини (звичайно у східному християнстві вона виражена меншою мірою, проте християнська ідея цінності людини, її богоподібності та свободи волі теж так чи інакше веде до постановки питання про права як невід'ємну властивість людської природи), домінування спеціально-юридичних функцій права над загально-соці-

альними, чітко розмежування держави і суспільства, а також наявність у суспільстві утворень, що можуть опонувати державі у вигляді інститутів громадянського суспільства та ін. [Див. детальн.: 30]. У цьому аспекті християнська правова традиція виступає як один з чинників (поряд з римським приватним правом та грецькою філософією), що об'єднує правові системи країн Заходу. Ця єдність існувала навіть у феодальну епоху, коли Європа була поділена на велику кількість відносно замкнутих невеличких держав – князівств. Ф. Бродель вказує, що у той час моральні, релігійні, культурні цінності, правила ведення війни, життєвий уклад, обряди були у Європі всюди схожими [31, с. 311]. І, зважаючи на синкретичність тогочасного світу, проникнення релігії в усі сфери людського життя, мислення, творчість, очевидно, що основною причиною цієї схожості (справедливої і для феодального права) була саме християнська релігія.

Наступною ознакою християнської правої традиції є її єдність, яка виражається в тому, що вплив християнства на будь-яку правову систему або її складові має схожі прояви, незалежно від специфіки кожної правової системи або особливостей певної християнської конфесії. Єдність даної традиції забезпечується загальною єдністю християнського віровчення у правовій і політичній сфері, яке, з деякими відмінностями, відтворює кожна гілка християнства. Основи цього віровчення містяться у Біблії, і зокрема, у Новому Завіті. Останній, на відміну від Старого Завіту, практично не містить конкретних правових приписів, проте закладає низку базових для розвитку західного права ідей (свобода і гідність людини, важливість життєвої активності людини, гуманізм тощо). Відсутність у Новому Завіті правових приписів історично сприяло розвитку власно правових джерел без конфлікту з їх релігійною основою, що у свою чергу було чинником секуляризації права. У свою чергу, наприклад, в ісламських країнах становлення системи позитивного права досить часто відбувалося у конфлікті з нормами шаріату і призводило до своєрідної «подвійності» системи законодавства, яка вміщує релігійно-правові і світсько-правові (часто реципійовані) елементи. Прикладом цього може паралельне існування у багатьох країнах ісламських і «європейських» банків з відмінним правовим регулюванням їх діяльності.

Значені ідеї, розвинуті у богословських і філософських творах, рішеннях Вселенських соборів тощо, стали фундаментом формування християнської правової традиції. При цьому, звичайно, ми не маємо на меті заперечити реальні догматичні, обрядові та інші відмінності,

що мають місце між різними християнськими конфесіями і стали причиною розколу західної і східної церков, реформації та появи нових християнських течій. Проте основні протиріччя, що зумовлюють поліконфесійність християнства, перебувають переважно у богословській, а не політико-правовій сфері.

Слід враховувати, що єдність християнської правової традиції не означає її однаковості в усіх правових системах. Будучи складовою правової дійсності певного суспільства, ця традиція має свою специфіку у кожному конкретному випадку свого існування, що визначається, у першу чергу, вже згаданими відмінностями у політико-правових концепціях основних християнських конфесій. Особливості ставлення до права (від православного скептичного до протестантського схвального) і розуміння його цінності, сприйняття ідеї прав людини, поглядів на державу (від лояльного у православ'ї до достатньо критичного у католицтві) та її роль у суспільстві позначаються на своєрідності правових традицій різних гілок християнства. Крім того, певні відмінності можуть спостерігатися і в межах правової традиції однієї конфесії. Особливо це помітно у православ'ї, чії церкви характеризуються високим ступенем автономності. Та сама ідея прав людини сприйнята грецьким православ'ям набагато більше, ніж православ'ям російським. Так, для Вселенського Патріарха Варфоломія права людини, і зокрема, свобода совісті є позитивним явищем, хоча він у православному дусі і згадує про їх відносність, підпорядкованість релігійним цілям життя християнина [32, с. 220, 238, 246]. У той же час, в Основах учення Російської православної церкви про гідність, свободу і права людини, а ще більше у роботах і виступах ієрархів РПЦ викладається набагато більш консервативне ставлення до категорії прав і свобод. Зокрема, констатується їх підпорядкованість духовним (очевидно – православним, на думку авторів документа) цінностям, інтересам держави, общини і родини, а також їх відносність (навіть у найбільш значущих правах, таких як свобода віросповідання), залежність від культурних та інших особливостей різних народів. У російському православному середовищі існують й інші, більш прихильні до ідеї прав людини погляди [33, с. 363], але вони не є домінуючими.

При цьому, конфесійні суперечності, що снують всередині християнської правової традиції, не слід перебільшувати.

По-перше, як зазначалося, християнська правова традиція в усіх своїх проявах спирається на єдину основу – Біблію і тим самим попри всі проблеми її інтерпретації залишається в межах світоглядних засад,

актуальних для усіх основних християнських гілок. Наприклад, ідея конституції як основного закону держави у своєму виникненні може бути пов'язана із загальнохристиянськими догматами про розмежування мирського і божественного (з пріоритетом останнього) та гріховність природи людини. Через це право як складова цього світу і продукт творчості людини, має знайти також і власні, позарелігійні джерела легітимації, а пошук цих джерел має вписуватися у загальний устрій цього світу, визначений Богом. Такий підхід, накладений на секулярне мислення, у сфері позитивного права призводить до ідеї конституції – апріорно правового акту, який закладає основи правової системи і державного устрою, і виступає джерелом легітимності решти законодавства. Нагадаємо, що нехристиянський світ такого майже сакрального ставлення до конституції не знає. Наприклад, через орієнтацію на священний текст (Тору) конституція взагалі відсутня у державі Ізраїль. В ісламських країнах роль основного закону закріплена за Кораном, а наявність конституцій є скоріше наслідком рецепції правових форм Заходу.

Потрібно також розуміти, що в умовах відкритості правової системи в її межах можуть знаходитись елементи християнської правової традиції, що генетично чи історично відносяться до традицій різних гілок християнства. Це стосується і вітчизняної правової системи, яка у різні часи запозичувала правові форми, ідеї, цінності, сформовані під впливом західного християнства (наприклад, згадана вище ідея конституції, яка історично прийшла до України із західно-християнських країн).

По-друге, розглядувані відмінності більшою мірою помітні при порівнянні традицій західного і східного християнства між собою. При співставленні ж їх з ісламською чи іудейською правовою традицією або правовими традиціями неавраамічних релігій легко помітити, що спільного у різних християнських традиціях у праві набагато більше ніж відмінного. Це яскраво помітно у наведеному вище прикладі з правами людини. Говорячи про більш скептичне ставлення прав людини у православ'ї, ми, однак, не можемо не визнати, що у сприйнятті і визнанні цієї категорії між західно- і східно-християнськими традиціями значно менше відмінностей (і самі відмінності менш принципові) ніж між цими традиціями і правовою традицією індуїзму чи конфуціанства, для яких ідея прав людини взагалі є достатньо сумнівною. Аналогічний момент спостерігається і у відносинах «державо-церква». І папоцезаризм як класична католицька модель, і «симфонія влад» у православ'ї, і лютерівська концепція двох мечів, і англіканська модель, в якій англійський монарх

є одночасно головою церкви, так чи інакше стверджують, що держава і церква є окремими суб'єктами і не розчиняються одне в одному. В секуляризованому варіанті у кожній християнській країні такий підхід трансформується в уявлення про розмежування понять держави і суспільства і у протиставлення держави і громадянського суспільства, що практично відсутнє у нехристиянському світі (наприклад, в ісламській уммі – всесвітній общині мусульман, на чолі якої стоїть сам Аллах, відокремленість релігійної громади від держави є нонсенсом, так само як і громадянське суспільство у західному варіанті).

По-третє, досить часто природа відмінностей у певних правових системах, що зазвичай пов'язуються з особливостями якоїсь християнської конфесії та впливом останньої на право, насправді знаходиться в іншій площині або принаймні не пояснюється суто християнським чинником. Зокрема, думка про безпосередній зв'язок православної доктрини і практики і правового нігілізму видається певним перебільшенням. Акцент на містичній складовій християнського віровчення, заглибленість у внутрішній світ людини, що властиві православ'ю, безумовно, закладають підвалини для розвитку нігілістичного ставлення до права – найбільш раціонального і формального нормативного регулятора, орієнтованого на зовнішню поведінку особи. Однак, приміром, російський правовий нігілізм є не стільки продуктом російської православної церкви, скільки наслідком колективізму і общинності російської свідомості, споконвічному протиставленню індивіда і держави, що дивно поєднується з патерналістськими очікуваннями стосовно останньої, та низькою з різних причин правовою культурою. Негативістська ж позиція щодо права з боку російського православного богослов'я і філософії тут є скоріше наслідком ніж причиною, зумовленими необхідністю обґрунтувати вже існуючий стан речей. Подібна ситуація, очевидно, є проявом найбільшої розбіжності в зовнішньо подібних ідеях «симфонії влад» в їх візантійському і російському варіанті. Якщо візантійський монарх, принаймні доктринально, був священним через те, що піклувався про богоугодні справи і мав завдання боронити віру, то російський князь, цар чи імператор був сакральною особою в силу свого статусу володаря. Повністю залежна від держави російська православна церква не стверджувала якусь нову концепцію влади, а просто фіксували наявний у суспільстві стан речей, досить далекий від православного ідеалу. Саме тому Іван Грозний чи Петро I – монархи, що відіграли вкрай негативну роль у розвитку російського православ'я, мають в цілому позитивний образ в уявленні сучасного православного християнина.

Наступною особливістю християнської правової традиції є те, що вона існує в умовах секуляризованості державно-правової діяльності. Сьогоднішні західні право і держава є відокремленими від християнської релігії. Секуляризація права і держави є частиною широкого процесу загальної секуляризації суспільного буття Західного світу. В. Зеньковський, зі зрозумілим для християнського філософа сумом, так описує цю ситуацію: «Уся нова історія Заходу пройшла і донині йде під знаком принципового дуалізму – християнства і життя, християнства і культури, християнства і творчості» [34, с. 19]. Починаючи з Нового часу, християнство поступово перестає відігравати домінуючу роль у процесі легітимації зазначених інститутів у суспільстві, визначенні цілей існування останніх і у розробці парадигм їх осмислення.

Секуляризаційна ситуація призводить до принаймні часткового «розриву» християнської правової традиції і християнського віровчення як джерела її формування. Однак такий розрив не має наслідком зникнення християнської правової традиції. У цьому сенсі формула Ж. де Местра про те, що сила, з якою релігія впливає на людину, завжди пропорційна повазі, що на надається її служителям [29, с. 35], тобто зниження релігійності має аналогічно витіснити релігію з суспільного життя, є спірною. Секуляризація дійсно призвела до того, що держава практично не санкціонує релігійних та релігійно-правових норм (виключеннями з цього правила можуть бути різного роду символічні норми, такі як окремі релігійні свята, порядок складення присяги, що може включати релігійні формули або складання може відбуватися на Біблії, тощо), церква не є суб'єктом правотворчості або правозастосування, а релігійні доводи у правових процедурах не розглядаються як переконливі. У той же час правий Ф. Бродель, який відмічає, що сьогоднішній європеєць, у масі своїй атеїст, все ще залишається прихильним до християнської етики, фундамент його поведінки закладений у християнській традиції [31, с. 328]. Цей момент справедливий і для суб'єктів права, які так само продовжують бути носіями християнської правової традиції і відтворювати етико-правові цінності, що мають християнське коріння, незалежно від ступеня своєї релігійності. Це відчувається і на рівні правової науки (методи пізнання, підходи до праворозуміння), і на рівні правостановлення (найпростішими є приклади правового регулювання абортів, шлюбних відносин, евтаназії, соціальних прав людини, кримінальних покарань тощо), і на рівні побутової правосвідомості.

При цьому секуляризація як процес відмежування права і держави від християнської релігії не є лінійним, а тим більше однорідним процесом.

Сьогоднішній стан західного права у його зв'язках з християнською релігією може бути названим постсекуляризаційним. Не заглиблюючись у це питання, зазначимо, що сьогодні конфліктність християнства і світських держави і права, яка була ознакою Нового часу (особливо XIX ст.), поступово знімається, зокрема, і через значну релятивізацію державно-правової дійсності. Прагнучі подолати цей процес, право і держава починають повертатися до діалогу з християнською релігією, але вже не як складові релігійної (християнської) світобудови, підпорядковані релігійним цілям буття, а як окремі соціальні інститути, для яких християнство виступає лише одним з чинників легітимації у соціумі. Історія XX ст. яскраво демонструє, як витіснення релігії з різних сфер суспільного життя (моралі, права, політики, економіки тощо), що була своєрідним «мейнстримом» Нового часу, у підсумку призвела не до їх (цих сфер) арелігійності, а до виникнення релігійних еквівалентів – заміників традиційної релігії з аналогічними функціями. Спектр останніх вельми широкий – від тоталітарних ідеологій (нацизм, комунізм) до універсальних прав людини, які О. Гюффе влучно називає «громадянською релігією модерну» [35, с. 32]. Ці еквіваленти мають релігійний характер, навіть у випадку декларування власної атеїстичності. Наприклад, захопленість і пристрасть, з якою сучасний філософ М. Онофре критикує авраамічні релігії і обстоює свій проект постхристиянської атеїстичної світськості, не залишає сумнівів у справді релігійному характері цієї світськості [36, с. 186-187].

У свою чергу християнство епохи постсекуляризму на рівні суспільних доктрин різних церков визнає самостійну, нерелігійну цінність світського права і прав людини та відмовляється від претензій на монополію у визначенні правових смислів, що у XX ст. «реабілітує» релігійне праворозуміння і повертає його до загального дискурсу про природу права. Гегелівська думка про те, що якщо церква проявляє мудрість і видимість поступливості, то люди відчувають не послідовність [37, с. 406], все ж таки історично себе не виправдовує. Адже саме поступливість християнських церков (більшою мірою йдеться про католицтво і протестантизм), бажання пристосуватися до світу шляхом скасування застарілих догматів чи відмови від попередніх позицій (скасування анафем багатьом вільнодумцям попередніх століть, вибачення за діяння інквізиції у католицтві, поява жінок – священнослужителів у деяких протестантських церквах та ін.) дозволили їм в умовах секуляризації залишитись у суспільному просторі.

Крім того, роль права і держави у врегулюванні релігійних відносин перестає сприйматися як суто формальна, фактично зведена

до підтримки атеїстичної ідеології. Держава поступово усвідомлює необхідність вжиття позитивних заходів (у першу чергу, юридичних та організаційних), спрямованих на реальне забезпечення свободи віросповідання, не допускаючи при цьому дискримінації за релігійною ознакою. Це має наслідком перегляд традиційної моделі державно-церковних відносин у демократичній державі, яка на основі автономності має передбачати можливість кооперації цих інститутів у виконанні суспільно значущих завдань [Див. детальн.: 38].

У зв'язку з наведеним роль християнської правової традиції у західному праві, порівняно з попереднім етапом, очевидно, буде збільшуватися, але не в напрямку «десекуляризації» права і держави через повернення до домінування християнського віровчення над ними або зростання ролі християнської церкви у функціонуванні правової системи, що просто неможливо у сучасному плюралістичному і мультикультурному суспільстві. Скоріше за все цей процес буде відбуватися у вигляді зміцнення іманентної присутності християнства у західних правових системах, посилення значення християнських за своєю природою етико-правових цінностей, зокрема, і через сприйняття релігійно зумовлених аргументів у правовому дискурсі.

Свою специфіку мають і джерела християнської правової традиції. Розглядаючи це питання, потрібно враховувати декілька моментів. Перш за все, вказані джерела не слід зводити виключно до християнського вчення про право, викладеного у релігійних текстах, актах церков, працях богословів і філософів, та норм канонічного (церковного) права (цей блок джерел умовно назвемо статичними), як це іноді робиться у літературі [39]. Г. Берман цілком слушно відмічає, що релігія є складовою і людської природи, і суспільних відносин [40, с. 15], а отже виявляє себе, зокрема, і у поведінковій площині. З урахуванням цього джерелами християнської правової традиції слід також визнати діяльність християнських церков, релігійних громад та релігійно вмотивованих суб'єктів, що є відображення сформованої під впливом християнської релігії суспільної і індивідуальної свідомості (цей блок джерел можна назвати динамічними).

Крім того, вага перелічених джерел у становленні та існуванні християнської правової традиції у різні періоди була не однаковою. Наприклад, за Середніх віків норми канонічного права, санкціоновані або підтримувані державою, були реальною і досить значущою складовою нормативного регулювання тогочасного суспільного життя. Секуляризаційні процеси редукували канонічне право до корпоративних

норм християнських церков, що не тільки не розглядаються як форма права, але й не впливають на правотворчі процедури. Сьогодні найбільшу роль в існуванні християнської правової традиції відіграють динамічні джерела (у першу чергу, поведінка релігійно вмотивованих суб'єктів і діяльність релігійних громад), а також християнська доктрина (зокрема, і позиція християнських церков з певних питань).

Слід також мати на увазі, що джерела християнської правової традиції є достатньо суперечливими і не утворюють разом єдиної узгодженої системи. Ці суперечності найбільш помітні по лінії «вчення – практика», тобто між статичними і динамічними джерелами, але й присутні й всередині вказаних блоків джерел. Зокрема, Новий Завіт негативно ставиться до рабства (1 Кор. 7:23-25), тоді як середньовічна доктрина його виправдовувала, а церква як активний економічний суб'єкт фактично підтримувала. Попри заборону лихварства у Біблії (Втор., 23:20; 1 Кор., 6:10), теологи і фахівці з канонічного права (наприклад, Томазо де Віо) змогли обґрунтувати його допустимість, що сприяло розвитку валютних і кредитних відносин та відповідного правового регулювання.

Особливістю, що вирізняє християнську правову традицію з інших релігійних традицій, є також її поширеність за межі власної релігійної і цивілізаційної основи. Йдеться про перенесення елементів правової системи, сформованих під впливом християнства, у право нехристиянських країн (норми позитивного права, правові категорії, засоби юридичної техніки, способи систематизації законодавства, прийоми юридичної науки тощо).

Необхідно враховувати, що християнська правова традиція є єдиною подібною традицією, яка спромоглася вийти за власні релігійні кордони. Ні ісламська, ні іудейська правові традиції, які теж є вельми розвинутими, не виявились здатними на це. Така ситуація пов'язана як з домінуванням західної цивілізації у світі протягом нового і новітнього часів, через що відповідна культура (у тому числі і правова) зміцнилась на інших теренах, так і значним розвитком західного права, зокрема, і під впливом християнства.

При цьому, успішність «виходу» християнської правової традиції за свої межі не варто переоцінювати. Більшість випадків транспортування елементів цієї традиції не є надто вдалимими. Це стосується, зокрема, вже згаданої раніше ідеї конституції як основного закону. Не дивлячись на наявність останньої у більшості нехристиянських держав, роль основного закону зазвичай відводиться іншим, не правовим

актам (релігійним джерелам) чи неписаним правилам. Те саме можна сказати і про фундаментальні конституційні цінності, що мають християнське забарвлення, – права людини, поділ влади, верховенство закону. Формально сприйняті, вони нівелюються світоглядними (зокрема, і релігійними) особливостями тієї чи іншої цивілізації.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що сформульоване вище розуміння християнської правової традиції створює методологічне підґрунтя для подальшого дослідження її загальнотеоретичних, історико-правових і порівняльно-правових аспектів, а так само і для вивчення впливу християнства.

### Список використаних джерел:

1. O'Donovan O. Bonds of imperfection. Christian politics, past and present / O. O'Donovan, J. Lockwood O'Donovan. – Cambridge: Wm. B. Eerdmans Publishing, 2004. – 324 p.
2. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права / В.И. Лафитский. – Том 1. – М.: Статут, 2010. – 429 с.
3. Glenn H.P. A Western Legal Tradition? / H.P. Glenn // Materials of Conference of International Association of Procedural Law (Toronto, June, 3-5, 2009) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <[http://www.iapl2009.org/documents/7PatrickGlenn\\_000.pdf](http://www.iapl2009.org/documents/7PatrickGlenn_000.pdf)>.
4. Винайдення традиції / За заг. ред. Е. Гобсбаума та Т. Рейнджера ; [пер. з англ. М. Климчука]. – 2-ге вид., випр. – К.: Ніка-Центр, 2010. – 448 с.
5. Оборотов Ю. М. Традиції і новації у правовому розвитку: Монографія / Ю. М. Оборотов. – Одеса: Юридична література, 2001. – 160 с.
6. Пелікан Я. Виправдання традиції / Я. Пелікан ; [пер. з англ. Д. Морозова та ін.]. – К.: Дух і літера, 2010. – 128 с.
7. Шацкий Е. Утопия и традиция / Е. Шацкий ; [пер. с польск. К.В. Душенко, М.И. Леньшина]; общ. ред. и послесл. В.А. Маликовой. – М.: Прогресс, 1990. – 456 с.
8. Мурахтанов А.В. Понятие традиции в социальных науках: содержание, структура, значение / А.В. Мурахтанов, Т.Л. Воротилина // Вестник Нижегородского государственного университета им. Н.И. Лобачевского. – Вип. 1 (5). – 2002. – С. 52-58.
9. Библия о правосудии, праве и морали / сост. В.С. Камешков. – Минск: Агентство Владимира Гревцова, 2009. – 416 с.
10. Зюбанов Ю.А. Христианские основы Уголовного кодекса Российской Федерации: Сравн. анализ норм УК РФ и Св. Писания / Ю.А. Зюбанов. – М.: Проспект, 2007. – 415 с.

11. Папаян Р.А. Христианские корни современного права / Р.А. Папаян. – М.: НОРМА, 2002. – 416 с.
12. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г.Дж. Берман ; [пер с англ. Н.Р. Никоновой при уч. Н.Н. Деева]. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ; Изд. гр. ИНФРА М – НОРМА, 1998. – 624 с.
13. Berman H.J. The influence of Christianity upon development of law / H.J. Berman // Oklahoma Law Review. – 1959. – № 12. – P. 86-101.
14. Тер-Акопов А.А. Христианство. Государство. Право. К 2000-летию христианства: (Монография) / А.А. Тер-Акопов– М.: Изд-во МНЭПУ, 2001. – 142 с.
15. Христианское учение о преступлении и наказании / Науч. ред. К.В. Харабет, А.А. Толкаченко. – М.: Норма, 2009. – 336 с.
16. Ключевский В.О. О нравственности и русской культуре / Сост. Р.А. Киреевой. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Дрофа, 2006. – 301 с.
17. Багалея Д.И. История города Харькова за 250 лет его существования (1655-1905): Истор. монография / Д.И. Багалея, Д.П. Миллер. – В 2-х т. – Т. I. – Репринт. изд. – Х.: б/в, 2004. – 982 с.
18. Реснянский С.И. Церковно-государственная реформа Петра I. Протестантская модель или византийское преемство / С.И. Реснянский. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2009. – 255 с.
19. Берк Э. Правление, политика и общество: Сборник ; [пер. с англ., сост. Л. Полякова]. – М.: «КАНОН-пресс-Ц», «Кучково поле», 2001. – 480 с.
20. Токвиль А. де. Давній порядок і революція / А. де Токвиль ; [пер. з фр. Г. Філіпчук]. – К.: Юніверс, 2000. – 224 с.
21. Гіденс Е. Нестримний світ: як глобалізація перетворює наше життя / Е. Гіденс ; [пер. з англ. Н.П. Поліщук]. – К.: Альтерпрес, 2004. – 100 с.
22. Башлер Ж. Нарис загальної історії / Ж. Башлер [пер. з фр. Є. Маричева]. – К.: Ніка-Центр, 2005. – 392 с.
23. Беляева Е.В. Метаморфозы нравственности: динамика исторических систем нравственности / Е.В. Беляева. – Минск: Экономпресс, 2007. – 464 с.
24. Мірошніченко М.І. Генезис національних правових систем: теоретико-методологічний аспект / М.І. Мірошніченко. – К.: Університет «Україна», 2007. – 271 с.
25. Дудченко В.В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень: Монографія / В.В. Дудченко. – Одеса: Юридична література, 2006. – 304 с.
26. Негус К. Креативность. Коммуникация и культурные ценности / К. Негус, М. Пикеринг ; [пер. с англ. О.В. Свинченко]. – Х.: Изд-во Гуманитарный центр, 2011. – 300 с.

27. Вишнеvский А.А. Каноническое право. Древняя церковь и Западная традиция / А.А. Вишнеvский. – М.: Институт философии, теологии и истории Святого Фомы, 2006. – 276 с.

28. Лобода Ю.П. Правова традиція українського народу (Феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу) / Ю.П. Лобода. – Львів: Світ, 2009. – 280 с.

29. Местр Ж. де. Четыре неизданные главы о России. Письма русскому дворянину об испанской инквизиции / Ж. де Местр ; [пер. с фр. А.П. Шурбелева]. – СПб.: Владимир Даль, 2007. – 299 с.

30. Вовк Д. Правові системи християнських країн (особливості та проблема неоднорідності) / Д. Вовк // Вісник Академії правових наук України. – 2010. – № 3. – С. 249-258.

31. Бродель Ф. Грамматика цивилизаций / Ф. Бродель ; [пер. с фр. Б.А. Ситников]. – М.: Изд-во «Весь Мир», 2008. – 552 с.

32. Варфоломей, патриарх. Приобщение к таинству: Православие в третьем тысячелетии / патриарх Варфоломей. – М.: Эксмо, 2008. – 368 с.

33. Вениамин (Новик), отец. Православие, Христианство, Демократия: Сб. статей. – СПб: Алетейя, 1999. – 368 с.

34. Зеньковский В.В. Христианская философия / В.В. Зеньковский. – М.: Ин-т рус. цивилизации, 2010. – 1072 с.

35. Філософія прав людини / За ред. Ш. Госепата та Г. Ломана ; [пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої]. – К.: Ніка-центр, 2008. – 320 с.

36. Онфре М. Трактат атеології / М. Онфре ; [пер. з фр. А. Репи]. – К.: Ніка-Центр, 2010. – 216 с.

37. Гегель Г. Философия религии / Г. Гегель // Отв. ред. А.В. Гулыга ; [пер. с нем. М.И. Левиной]. – В 2-х т. – Т. 1. – М.: Мысль, 1976. – 532 с.

38. Вовк Д. Право і релігія у християнській правовій традиції на постсекуляризованому етапі: онтологічні та антропологічні аспекти / Д. Вовк // Антропологія права: філософські та юридичні виміри (стан, проблеми, перспективи): Статті учасників Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 3-5 грудня 2010 р.). – Львів: Галицький друкар, 2010. – С. 98-111.

39. Лафитский В.И. Воскресение права. Часть третья. Книги завета / В.И. Лафитский. – М.: Изд-во Тихомирова М.Ю., 2009. – 153 с.

40. Берман Г.Дж. Вера и закон: примерение права и религии / Г.Дж. Берман ; [пер. с англ. Д. Шабельникова и М. Тименчика]. – М.: Ad Marginem, 1999. – 432 с.

## ХРИСТИАНСКАЯ ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ: ПРОБЛЕМЫ ПОНИМАНИЯ

*Д. Вовк*

*Национальный университет*

*«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»,  
г. Харьков, ул. Пушкинская, 77, e-mail: vovk\_dmitry@mail.ru*

Статья посвящена рассмотрению христианской правовой традиции как объекта правовых исследований. Обозначаются проблемы и подходы к пониманию данной традиции. Формулируется ряд ключевых аспектов ее сущности. Раскрываются особенности существования христианской правовой традиции в условиях современного права.

*Ключевые слова:* христианство, право, традиция, правовая система, секуляризация права и государства.

## CHRISTIAN LEGAL TRADITION: PROBLEMS OF UNDERSTANDING

*D. Vovk*

*National University «Yaroslav Mudryi Law Academy of Ukraine»  
Kharkiv, Pushkinska Str., 77, e-mail: vovk\_dmitry@mail.ru*

The author reviews Christian legal tradition as an object for legal studies. Key problems and approaches to understanding of this tradition are denoted. Main aspects of its essence are defined. Basic characteristics of Christian legal tradition in modern conditions are disclosed.

*Keywords:* christianity, law, tradition, legal system, secularization of law and state.

## ИНСТРУМЕНТАЛЬНАЯ СУЩНОСТЬ ПРАВА: АНТРОПОЛОГИЧЕСКОЕ ПРОЧТЕНИЕ

*Е. Гарбузова*

*Витебский государственный университет им. П.М. Машерова,  
г. Витебск, пр. Фрунзе, 77/2, e-mail: belyakova\_kat@mail.ru*

Учитывая, что в предмет науки антропологии права входят процессы юридизации человеческого бытия и в целом весь комплекс правовых явлений, сложившихся в определенных человеческих сообществах, можно отметить, что, несмотря на различия в соответствующих процессах в конкретных социумах, существуют некоторые общие закономерности, характерные для права как социального регулятора. Эти закономерности являются отражением сущности права, которая не только не зависит от типов правопонимания, но, напротив, объединяет их все. Рассматривая особенности процесса совершенствования белорусского законодательства, мы пришли к выводу, что современные отечественные подходы к пониманию права и форм его выражения несколько ограничивают возможность применения, как это ни парадоксально, уже существующих нормотворческих средств. Опережение теорией практики снижает эффективность нормотворческих процессов. Поэтому существует объективная необходимость обоснования инструментального подхода к совершенствованию национального законодательства, «вписывания» его в сложившуюся правовую доктрину.

В ходе исследования генезиса инструментальных подходов к праву и правовым явлениям, мы пришли к достаточно интересным выводам, которые роднят имеющие различные основания прагматический инструментализм, сформированный в США, и обоснованную на постсоветском пространстве инструментальную теорию права.

Понимание права как инструмента впервые получило обоснование в американской социологической школе права в к. XIX в. и возникло на основе прагматизма – теории, в рамках которой были сформулированы инструментальные идеи. Сложность и многозначность термина «прагматизм» в современном понимании доказывал еще в 1908 г. А. Лавджой [1]. Идеи различных видов прагматизма в совокупности могли бы дать более полное понятие доктрины или движения, широко обсуждавшегося американскими и европейскими мыслителями в разнообразных научных сферах. В современной американской и отечественной литературе прагматизм характеризуют либо как направление (школу) в

философской мысли, либо как метод философии [2, с.359; 3; 4; 5]. Это объясняется сосуществованием множества взглядов его основателей и последователей.

Прагматизм в американской правовой мысли и практике, не имея однозначного определения, чаще всего понимается как специфическая правовая теория либо метод принятия решений по правовым вопросам [1]. Данная теория базируется на утилитаризме И. Бентама, учении Р. Иеринга об интересах, прагматической философии, «социальной психологии» и теории «социального порядка» Л. Уорда, теории социальных интересов и их конфликтов, идее взаимосвязи общественных наук А. Смолла, понятии «социального контроля» Э. Росса [6, с.38]. К наиболее известным их последователям можно отнести основателя социологической юриспруденции Р. Паунда, судей Верховного Суда США О.У. Холмса, Р. Познера, С. Брейера, профессора Д. Фарбера и др. Отметим, что именно правовая практика в США с господствующей доктриной правового прецедента стала благодатной почвой для развития соответствующих идей, особенно в отношении вопросов судейского правотворчества, развивающего судебный прецедент или противостоящего ему. Поэтому необходимо учитывать специфику американской правовой системы при критической оценке рассматриваемой теории. Как отмечает Б. Таманаха – один из наиболее известных исследователей правового инструментализма – только особенности исторического развития США могли породить уникальное сочетание двух основополагающих идей американской правовой культуры: принципа законности и идей инструментальной природы права [7], на которых базируется вся американская правовая традиция.

В соответствии с идеей законности («rule of law») и официальные власти, и граждане обязаны следовать правовому режиму, установленному государством. Вторая идея заключается в том, что право есть инструмент для достижения социальных целей [7]. По мнению Б. Таманахи, особенность и в то же время сложность инструментального подхода в правоправедении состоит в том, что основное его положение складывается из двух частей: *право есть инструмент достижения общественного блага (пользы)*. При этом именно вторая часть данной идеи представлялась особо проблематичной в 1-й половине XX в. из-за сложности определения общественного блага в силу конфликта интересов и противоречия ценностей народа и различных социальных групп. Как отмечает Б. Таманаха, такое положение восходит еще к идеям Т. Гоббса о «войне всех против всех», и это противоборство про-



является в различных формах и в современных условиях, отражаясь на законодательстве, административном и судебном процессе [7]. Право все реже рассматривается как некий порядок, основанный на общеобязательных нормах и все чаще – как инструмент или орудие достижения желаемой цели. Русская же политико-правовая мысль (особенно в к. XIX – нач. XX в.), наоборот, акцентирует внимание на соборности, цельности, что является одной из основных причин ограничения применения инструментальных идей в отечественном правотворчестве.

Действительно, рассмотрение права исключительно как инструмента для достижения определенных целей может быть использовано во вред личности, обществу, государству. Это, по нашему мнению, налагает определенные ограничения на использование инструментального подхода в иных правовых системах. Считаем, и это будет обосновано позднее, что в Республике Беларусь инструментальный подход не должен использоваться при реформировании содержания права, но в большей степени при реформировании системы законодательства, техническом упорядочении норм права и системы нормативных правовых актов в целом.

Термин «прагматический инструментализм» введен Р. Паундом (1870-1964), чьи социальные и правовые взгляды испытали на себе огромное влияние философии прагматизма и теории утилитаризма И. Бентама, ставшие весьма популярными в американском обществе в начале XX в. Р. Паунд обращается ко всем социальным наукам, изучающим развитие человека и цивилизации, так как лишь цивилизованное состояние позволяет людям развивать контроль над своей внешней и внутренней природой. Наличие и соблюдение правовых постулатов позволяет людям чувствовать свою защищенность и является продуктом развития контроля над своей внутренней природой. Социальный же контроль над физической, внешней природой, существующий в настоящее время, позволил человечеству выжить: «Непосредственно цивилизация сохраняется посредством социального контроля, посредством давления на каждого человека со стороны его сограждан, высшими органами которого являются мораль, религия и право» [8].

Правовая теория Р. Паунда вытекает из социологического понимания, юриспруденции интересов, защищаемых силой политически организованного общества (Р. Иеринг), в основе которой лежит положение о необходимости предварительного изучения таких притязаний и требований, которые подлежат признанию, учету и защите со стороны законодателей и судов. Р. Паунд выделяет такие виды интересов, как

публичные (государственные), индивидуальные (интересы собственника) и общественные (закрывающиеся в обеспечении каждому индивиду возможности, по меньшей мере, разумного минимума достойного существования в обществе) [9, с.69]. Большое значение для нормального функционирования общества играет такая разновидность социальных интересов, как интересы безопасности социальных институтов, общей морали, общего прогресса и защиты человеческой жизни [8].

Р. Паунд особое внимание уделяет динамичности в развитии интересов, требований, ожиданий, которые зависят от условий времени и места, так как наполнение права с течением времени новым содержанием является естественным процессом. Так, интересы могут не только согласовываться, перерастать друг в друга, но и противоречить один другому, что вызывает вопрос о приоритетности охраны тех или иных видов интересов и их согласовании.

Право является важнейшим инструментом обеспечения баланса разного рода интересов, утверждает Р. Паунд. При этом он делает акцент на изучении «права в жизни», то есть реально действующего и выполняющего свою функцию, а не «права в книгах», т. е. представлений о том, каким оно должно быть. В этом случае внимание акцентируется на содержании и процедуре реализации права, которая позволяет согласовывать интересы в традиционно плюралистическом обществе.

Отметим, что понимание права как критерия разграничения интересов в различных вариациях свойственно всем теориям социолого-правового толка и является их отличительной чертой. В частности, С.А. Муромцев отмечал, что «задача социологической истории права заключается в выявлении закономерностей развития права в его конкретной действительности и не подменяется описанием текстов законов» [10, с.329]. Дело в том, что наряду с силой власти действуют иные факторы, которые могут повлиять на образование правового порядка и в дальнейшем «парализовать» действие правовой нормы. Поэтому нормы права можно разделить на «действующие» и «мертвые» [10, с.329].

Н.М. Коркунов, развивая идею связи права и интересов, отвергал идею о том, что право есть «защищенный интерес»: охраняться может и отдельный интерес, а право возникает только наличии не менее двух лиц со встречными интересами. Право *разграничивает* интересы, оно не охраняет, не оценивает и не должно вмешиваться в выбор наилучших средств реализации каждого интереса [10].

Таким образом, различные представители социологической школы права указывали на значимость действия и применения права для

правильного понимания его природы и повышения результативности. Данный общий социолого-правовой подход вполне применим для национальной правовой системы, более того, в Республике Беларусь на законодательном уровне закреплена необходимость изучения действия правовых норм для оценки эффективности правового регулирования соответствующих общественных отношений в целях совершенствования национального законодательства [11]. Более того, уполномоченные органы (должностные лица), подготавливающие проект нормативного правового акта, обязаны прогнозировать и оценивать возможные результаты принятия данного акта, указав это в обосновании необходимости его принятия [12]. Следовательно, разработка и усовершенствование средств (инструментов), методологии и методик прогноза является актуальной задачей для современной правовой науки и нормотворческой практики белорусского государства.

Говоря о правопонимании в американской социологической юриспруденции, отметим трехэлементность (или трехзвенность) понятия права, включающее право как правовой порядок, устанавливаемый и охраняемый политически организованным обществом; как авторитетные правовые предписания и как административный и судебный процесс [8]. Такое понятие позволяет комплексно рассмотреть основные проявления права, предложив для каждого собственные инструменты совершенствования и развития.

Интегрируя указанные определения, Р. Паунд признает право формой социального контроля, осуществляемого на основе властных предписаний в рамках судебного и административного процесса и особо отмечает, что «...при формулировании намерений законодателей мы преследуем определенный практический результат. Право в каждом из трех измерений представляет собой вопрос практики» [8]. Практической же целью права, в свою очередь, является осуществление социального контроля [6, с.43]. В итоге право представляется как совокупность властных предписаний или образец для принятия решений и управленческой деятельности в рамках правопорядка. Право в данном контексте состоит из трех элементов: *предписывающего* или *императивного* (совокупность авторитетных норм, т. е. моделей или образцов поведения, используемых при регулировании отношений и управлении поведением субъектов права), *технического* (техника развития, толкования и применения предписаний), и *идеального* (совокупность принятых и традиционных правовых идеалов, в соответствии с которыми развиваются, толкуются и применяются предписания) [8].

Р. Паунд, рассматривая само право в качестве инструмента социального управления, вводит и использует понятие «социальная инженерия» («social engineering»), которое подразумевает: 1) раскрытие тех фактических интересов, которые на определенном этапе и в условиях определенной цивилизации оказывают влияние на людей; 2) установление границ, в пределах которых эти интересы пользуются поддержкой со стороны общества; 3) определение того, какие понятия, какие правовые нормы и, под воздействием последних, какой механизм необходим для обеспечения этих интересов; 4) определение, в какой мере эти интересы могут пользоваться правовой защитой.

Кроме того, государство посредством «социальной инженерии» осуществляет примирение конфликтующих интересов в форме законодательной деятельности, административного и судебного процесса. Именно для этого формулируются правовые нормы: «...самодостаточность официального текста – всего лишь идеал. Она заявляется для конкретных практических целей» [8]. Как видим, данное положение теории Р. Паунда является отражением максимы прагматической философии, согласно которой идеи и явления не имеют ценности сами по себе, а только для разрешения конкретной проблемной ситуации. Кроме того, здесь просматривается влияние идей И. Бентама, утверждавшего, что только полезность, утилитарность есть принцип разумной системы права, а критерием полезности является обеспечение наибольшего счастья наибольшего числа людей.

Связывая право с определенными интересами, Р. Паунд сформулировал так называемые правовые постулаты, которые должны выражать доминирующие интересы данной эпохи и данного общества. Постулаты как принципы, предшествующие созданию и применению права, должны определять содержание права и оказывать воздействие на общество через право как наиболее действенный и сознательно используемый инструмент общественного контроля. Р. Паунд разработал перечень таких принципов, в соответствии с которыми в цивилизованном обществе любой человек должен быть уверен в том, что:

- 1) он не станет объектом нападения;
- 2) блага, созданные его трудом, приобретённые законным путем, будут находиться в его распоряжении и использоваться по его усмотрению;
- 3) окружающие его люди проявят необходимую добропорядочность (их действия будут соответствовать тому, что разумно ожидать, исходя из их обещаний и поведения; возместят причинённый ими

ущерб, который в данных условиях не может быть разумным и неизбежным);

4) каждый будет проявлять должную осмотрительность при осуществлении тех или иных действий;

5) ущерб, причинённый в результате совершения действий, представляющих опасность, а также иным образом, будет возмещён.

Эти постулаты представляют собой некую форму релятивного естественного права, которое должно, в соответствии с представлениями Р. Паунда, направить формирование и применение права в современном ему американском обществе в соответствующее русло. При этом акцент делается на том, что правовые нормы, не отвечающие общественным условиям, обычно не претворяются в жизнь, во всяком случае, в буквальном смысле. Данная точка зрения характерна не только для теории Р. Паунда, но и для многих исследователей эффективности действия права. Общественные отношения пробивают себе дорогу и преобразуют содержание правовой нормы. В своем исследовании социальных истоков правообразования А.А. Соколова справедливо отмечает, что их содержание соответствует принципам права, закрепленным в конституциях многих государств [9, с.79].

В то же время идея Р. Паунда о наличии неких правовых постулатов, на наш взгляд, идет несколько вразрез с представлениями прагматиков, которые утверждают необходимость отказа от любых априорных идей, принципов и доктринальных установок. В этом есть определенный резон: понимание права сугубо как инструмента, не ограниченного никакими ценностными, нравственными установками, неизбежно приведет к злоупотреблениям в его использовании. И право потеряет свои характеристики как *средства гармонизации* разного рода *интересов*, обеспечивающего определенный социальный порядок, поддерживаемый политически организованным обществом. Р. Паунд делает акцент на достижение целей права как важнейшего социального регулятора. Обоснование цели права, по его мнению, позволяет не только согласовать различные определения права, но и связать общезначимые социальные идеалы с интересами, субъективными устремлениями участников общественных отношений. Для Р. Паунда цель права – примирение и гармонизация сталкивающихся и перекрещивающихся интересов, претензий, требований, а не реализация устремлений отдельных субъектов.

Еще одним важным вопросом правовой теории Р. Паунда является повышение эффективности правовой нормы и юридической практи-

ки. Основные концепции правопонимания (в частности нормативная, материалистическая) исходят из чисто формального подхода к эффективности права, рассматривая ее как соответствие правореализационной деятельности положениям закона и достижение цели закона, без учета истинных интересов и ценностей отдельных граждан, групп и классов, а также общественных затрат, необходимых для достижения этой цели. Такая ситуация, по мнению Р. Паунда, сложилась еще в период Средневековья: «Несомненно, главной трудностью в толковании и применении текста, считающегося всеобъемлющим, является то, что он предназначен для детального регулирования вопросов, знакомым составителям текста, в то время как обстоятельства, при которых возникает необходимость в его толковании, ими во внимание не принимались» [8]. Но прагматизм позволяет отойти от данных представлений, так как именно в соответствии с его положениями нужно исследовать разного рода условия (экономические, социальные, политические, исторические и др.) для установления истинных интересов всех участников общественных отношений и обеспечения их баланса в данном обществе.

Кроме того, Р. Паунд связывает понятия эффективности права, целей в праве и интересов. Эффективность права состоит в удовлетворении человеческих потребностей при наименьшем конфликте и наименьшем ущербе и может пониматься как пригодность данных правовых норм в качестве средства достижения определенных социальных, политических и других целей, вытекающих из потребностей общества и запросов времени.

Р. Паунд, таким образом, акцентирует внимание на условиях применения правовых норм, на соответствии нормы обстоятельствам дела для более эффективного разрешения спора. Это положение является характерным для прагматического подхода к праву и принятию правовых решений и исходит из инструментального понимания права и проблематики соответствия правовых норм тем общественным отношениям, на регулирование которых они направлены. Право необходимо оценивать в его действии, «в жизни», «работающим» в конкретных условиях. Это актуализирует проблему обладания правоприменителем всей полнотой информации о «проблемной ситуации» (используя терминологию Дж. Дьюи), для подбора подлежащей применению нормы, максимально подходящей для ее разрешения.

На наш взгляд, данный методологический подход вполне применим не только в условиях прецедентной системы права при принятии реше-

ний судьями, но, при определенных оговорках, и в романо-германской правовой системе, особенно в части подготовки новых нормативных правовых актов и совершенствования действующего законодательства. Он используется, не называясь инструментальным, в нормотворческом процессе. Например, в Республике Беларусь нормативно установлено, что при подготовке проекта акта следует уяснить степень полноты, необходимости и приоритетности правового регулирования соответствующих общественных отношений, цель принятия (издания) акта; определить возможные последствия принятия (издания) акта (правовые, политические, финансово-экономические, социальные, криминологические, экологические, демографические и др.) [11; 12].

Таким образом, идеи, обоснованные в американской философии, затем – в социологической теории права, проявляются в нормотворческой практике государства, не относящегося к англо-саксонской правовой семье, будучи сформулированными с точки зрения иного подхода к пониманию права и правовых явлений.

Отметим, что Р. Паунд вставил перед правовой наукой определенные инструментальные задачи:

- изучение фактических социальных последствий правовых институтов и правовых учений и исследований действия права (право должно способствовать социологическим исследованиям процесса правотворчества, т.к. важнейшие условия эффективности права вытекают из самой среды, на которую право воздействует);

- исследование права как социального института, который может быть усовершенствован интеллектуальным усилием;

- повышение эффективности изучения средств создания таких норм и акцентирование внимания на социальных целях, подкрепляющихся иными, кроме санкции, правовыми механизмами;

- изучение социологической истории права в контексте социологической относительности всех правовых моделей действия, категорий и концепций и приводит ссылки на типы комплексных обществ и особенности их культурных традиций;

- поддержание справедливого применения права;

- повышение эффективности достижения целей права.

Таким образом, в соответствии с инструментальным подходом Р. Паунда эффективность права – это некая социально полезная результативность, способность права к достижению определенных социальных, экономических, политических целей в конкретном обществе исходя из потребностей и запросов данного общества на определенном

этапе его развития; способность права к удовлетворению человеческих потребностей при наименьших затратах и гармонизации сталкивающихся интересов индивидов, а также согласование общезначимых социальных идеалов с интересами, субъективными устремлениями участников общественных отношений.

Инструментальный подход, таким образом, всегда должен ориентироваться на национальное право, выполняя конкретные задачи *данной* правовой системы. Право отражает не только интересы, оно является той сферой, в которой проявляются характерные для определённого мировоззрения ценности, моральные установки, которые различаются в различных цивилизациях и государствах. Именно традиционные для конкретного социума ценностные установки определяют поведение индивидов в обществе и особенности общественных отношений. Только коллективное признание определённых ценностей, закреплённых в правовых нормах, выраженное в конкретных жизненных ситуациях, в непосредственном юридическом опыте, даёт социальную гарантию эффективности правовых предписаний. Правовые нормы, правовые постулаты должны находить моральную поддержку в сознании субъекта права, чтобы быть реализованными и достичь заложенной в них цели.

Итак, в своей концепции Р. Паунд, основываясь на философских инструментальных идеях, утилитаризме, опираясь на собственную теорию интересов, определяет право как средство социального контроля, инструмент, использующийся в процессе осуществления социальной инженерии для достижения необходимого результата. Этим результатом Р. Паунд видит урегулирование конфликта и гармонизацию сталкивающихся и перекрещивающихся интересов. Для его достижения необходимо обладать достаточно обширной информацией о разнообразных условиях жизни данного общества и его субъектов и с уверенностью оперировать этой информацией. При этом необходимо оценивать возможные последствия принятия решений по правовым вопросам (это особенно касается прецедентной системы права) и создания новых правовых норм, предвидеть их влияние на общественные отношения в будущем, чтобы, по возможности, предотвратить вредное влияние и усилить позитивное.

Учеными и практикующими юристами в США постоянно предпринимались попытки объяснения роли прагматизма как вполне жизнеспособного подхода к толкованию статутных норм (норм актов законодательства). Эту работу в основном проделали три человека,

развивавшие отдельные идеи Р. Паунда: судья Р. Познер, профессор Д. Фарбер и судья С. Брейер. Р. Познер и С. Брейер [13; 14; 15]. Данные авторы использовали положения прагматической теории фрагментарно, с определенными оговорками, в определенных областях, а также в специфических категориях дел для оправдания результатов принятого решения. Все это, на наш взгляд, также позволяет объяснить мнение, что прагматизм следует использовать совместно и в сочетании с другими методами, а не только самостоятельно.

Правовой прагматизм критикует более традиционные подходы к праву и, в особенности, к принятию решений судами. Классическая модель основана на методе «сборника прецедентов» и использовании точных аргументов по аналогии. Правовой прагматизм, в свою очередь, подчеркивает необходимость учитывать при рассмотрении конкретных дел более разнообразный перечень информации. В частности, прагматики утверждают, что лучше иметь представление о праве как о практике, которая основывается на данной специфической ситуации, не имеющей каких-либо незыблемых основ. Право есть средство (инструмент) для разрешения спора [16] и всегда «привязано» к будущему, к перспективе.

Прагматизм, являясь критичным по отношению к привычной американской практике принятия правовых решений, представляет право более динамичным, мобильным, адекватным конкретным социальным, экономическим, политическим и др. условиям. Прагматики придают особое значение эклектичной природе и многообразным целям права. В частности, они сходятся во взглядах относительно следующих главных аспектов прагматической правовой теории: 1) ситуативность (использование одной и той же концепции в разных спорах сомнительно и вряд ли позволит принять максимально соответствующее конкретной ситуации решение); 2) отрицание незыблемых правовых основ (право есть деятельность, которая неизбежно «перерастет» любые сущностные основы, оно в первую очередь должно отвечать запросам времени, оперативно реагировать на изменяющиеся социальные условия, учитывать историческую обстановку); 3) инструментальная природа права (право – инструмент социального контроля, обеспечивающий социальную гармонию); 4) перспективизм (необходимость переосмысления правовых норм и принципов в свете другой перспективы или появления новой информации).

В то же время прагматики и инструменталисты не единственные, кто отмечает данную характеристику права в рамках социологическо-

го подхода. В частности, марксисты утверждали, что право есть средство достижения целей правящей элиты или удовлетворения частных интересов. Право с инструментальной точки зрения есть регулятор, направленный на гармонизацию интересов, установление социального порядка. Прагматик, принимая решение, ориентируется на то, какой эффект это решение произведет на будущие общественные отношения, а не ориентируется сугубо на данный конкретный результат.

В инструментальном подходе просматривается влияние идей утилитаризма (существует точка зрения, что утилитаризм есть моральный аналог инструментализма [17]). В утилитаризме заключено моральное правило, согласно которому индивидуальное благо – это то, что приносит удовольствие одному, достижение же общественного блага позволяет увеличить «количество счастья» для каждого члена общества. Таким образом, инструментальный подход позволяет рассматривать право как инструмент гармонизации разного рода интересов для достижения максимально комфортных условий реализации субъектами своих прав в конкретном обществе.

Ориентация на будущее и на практический опыт обозначает для судьи-прагматика, что полностью новая совокупность оснований стала применимой и существенной для принятия решения. В то время как адвокат, придерживающийся классических взглядов, может ограничить основания только теми, которые упоминались в аналогичных делах, признанных прецедентами, прагматичный судья должен использовать другие виды данных, например, социологические или экономические данные, чтобы как следует вникнуть в рассматриваемое дело. Таким образом, вместо того, чтобы придавать особое значение соответствию прецеденту, прагматик при разрешении дела в первую очередь должен предвидеть и оценивать возможные результаты принятия соответствующего решения [16].

В то же время критики правового прагматизма обращают внимание на возможность и пределы практического применения такой теории в полном объеме. Возникают вопросы, некоторые из которых вполне закономерны не только для американской правовой системы: какова способность юристов максимально полно и эффективно использовать социологические данные, чтобы право могло стать действительно прагматичным, эффективно решать задачи социального контроля? Следует установить, имеются ли в реальности правовые и иные ресурсы для того, чтобы собрать и систематизировать все необходимые для принятия обоснованного прагматического решения данные.

Кроме того, правоприменитель должен систематизировать весь существенный (социологический в том числе) материал, чтобы сформировать соответствующую идею в отношении актуальных общественных явлений и событий в своем решении по конкретному вопросу. Однако для этого не всегда имеются необходимые возможности и условия, в частности, нет необходимого методологического обоснования принимаемых решений.

Итак, правовой прагматизм рассматривает право как инструмент, служащий социальным целям. Прагматический подход представляет собой критическое отношение к сугубо теоретическим и основанным на какой-либо догме обоснованиям принятия решений по правовым вопросам. Для прагматика такие утверждения имеют значение только в том случае, если они могут быть проверены, а классическая теория юриспруденции не располагает инструментами, которыми можно проверить такие утверждения в каждом случае или на более глобальном уровне. С другой стороны, принятие прагматической теории предлагает идеал системы, основанной на опыте и эксперименте. Правовой прагматик приводит доводы в пользу юриспруденции, направленной на конкретные практические результаты, достижение определенных социальных целей. Таким образом, прагматизм в американском понимании и практике представляет собой теорию, которая основывается на чувствительности к ситуации, методологически отвергает веру в незыблемые основы, базируется на явно инструментальных критериях и признает неизбежность последствий, принимая их во внимание в первую очередь.

Отметим, что в 60-70-е гг. XX в. в США прокатилась вторая волна инструментальных идей, обусловленной социальными и политическими процессами (активизацией движения в защиту гражданских прав, протестами против участия в военных действиях во Вьетнаме, повсеместной продажей наркотиков, подрывом доверия к власти, коррупционными скандалами). В данный период времени инструментализм стал «обычной религией» в школах права [17]. Речь идет о том, что зачастую сторонники инструментального подхода слишком буквально трактовали представление о праве как о средстве достижения целей.

На наш взгляд, такое буквальное понимание права как инструмента, средства, орудия может быть очень опасным, особенно при использовании его в политических целях. Это может породить крайне циничное отношение к праву, поэтому необходимо с большой осторожностью применять инструментальные идеи. Нельзя забывать о том, что

право есть регулятор общесоциальный, и одной из его целей является установление справедливости, согласование общественных, государственных и индивидуальных интересов, но никак не удовлетворение эгоистичных интересов конкретного индивида или достижение целей какой-то одной социальной группы, политической партии и т.д. Полагаем, что именно в связи с этим инструментальные идеи можно применить в отношении структурного совершенствования системы права и законодательства (в том числе в Республике Беларусь), в то время как содержательное наполнение должно зависеть от системы ценностей, характерных для конкретного общества.

Советское правопонимание также вытекало из социологической юриспруденции, где право рассматривалось как способ управления обществом. Это означает, что понимание права как инструмента советской правовой науке чуждо не было. Более активно соответствующий подход проявился в 70-80-е гг. XX в. – период принятия Конституции СССР 1977 г., активной кодификации советского законодательства (союзного и союзных республик), создания Свода законов СССР.

В 80-е гг. XX – начале XXI века в правовой науке СССР и на постсоветском пространстве сложился подход, согласно которому право предстает в качестве средства регулирования общественных отношений и рассматривается в действии. Представителями данного подхода к правовым явлениям в отечественной юриспруденции можно назвать С.С. Алексеева, исследовавшего проблему правовых средств и сформулировавшего отдельные положения инструментальной теории, В.А. Сапуна, развивавшего теорию правовых средств и ее значение для механизма реализации права. Понятие правового средства, эффективности правовых норм как рассматривались советскими учеными в конце 70-х – начале 80-х гг. XX в. Н.А. Бариновым, П.С. Элькиндром, А.С. Пашковым, Л.С. Явичем. Отдельные вопросы теории правовых средств и эффективности права на рубеже XX-XXI вв. изучают как представители науки общей теории права – С.А. Жинкин, Д.А. Керимов, А.В. Матузов, В.С. Нерсисянц, Р.А. Ромашов, И.И. Шувалов, В.С. Шундииков, так и социологии права – В.В. Глазырин, В.Н. Кудрявцев, В.В. Лапаева, В.И. Никитинский, И.С. Самощенко, В.М. Сырых и др.

Несмотря на то, что отдельные аспекты инструментального подхода активно исследовались советскими юристами на протяжении второй половины XX в., сколь-нибудь стройной и обоснованной единой инструментальной теории сформулировано не было. Как справедливо отмечает К.В. Шундииков, такое положение было обусловлено изна-

чально аксиоматичным пониманием права как инструмента государственного управления в советской юриспруденции, а сама проблема инструментальных свойств права и инструментальный взгляд на правовые явления и правовую материю получил свое развитие в 70-80 гг. XX в. [18, с. 16].

В современный период в Республике Беларусь также рассматриваются отдельные теоретические вопросы эффективности права и его реализации. Проблемы эффективности права, законотворческой эффективности, доступности права и законодательства как условия его реализации в Республике Беларусь исследуют А.М. Абрамович, С.А. Калинин, Л.О. Мурашко, И.И. Пляхимович, И.П. Сидорчук, А.А. Соколова и др. В частности, С.А. Калинин акцентирует внимание именно на инструментальных подходах к современным нормотворческим процессам в Республике Беларусь.

Возрождение инструментальных подходов в 90-е гг. XX в. связано, помимо прочего, с попытками ученых создать собственное, отличное от советского учение о праве. В связи с этим особый интерес представляет инструментальная теория, развиваемая известным российским ученым С.С. Алексеевым [19]. К основанию своих идей он пришел, изучив специфику механизма действия права и его средств в их действии. Он отмечает, что сложившаяся общая теория права является аналитической, «нацеленной на своего рода атомистическое препарирование правовой материи, анализ ее элементов, атомов при помощи общих для всех отраслевых теорий понятий» [19, с.98]. К предмету общей (аналитической) теории права С.С. Алексеев относит строение позитивного права, формы внешнего выражения, юридические феномены, связанные с действием, реализацией права [19, с.98-99]. В то же время он отмечает, что достижения юридической науки позволяют вывести исследования права и правовых явлений на качественно новый уровень, на котором особое значение приобретают особенности так называемой правовой материи в целом, весь юридический инструментарий как таковой, рассматриваются в качестве проблемных вопросы правовой системы, структуры права и механизма правового регулирования [19, с.99].

С.С. Алексеев утверждает, что система юридических норм представляет собой инструмент государственной власти, который, в то же время, «упорядочивает, ограничивает и связывает деятельность ее органов» [20, с.40], и эта подчиненность является основой существования правового государства. Новая идея инструментального подхода к праву по С.С. Алексееву заключается в следующем:

– нормы права при всей их самоценности представляют собой лишь определенного рода инструменты, средства;

– все фактические данные юридических знаний не ограничиваются только лишь одними юридическими нормами, а охватывают все разновидности правовых явлений, выступающих в качестве инструментов правового регулирования;

– инструментальная характеристика права основывается на важнейшем качестве права – определенности, способности придавать таковую всей социальной жизни;

– инструментальный подход является «исходной основой для характеристики уникальных особенностей правовой материи, ряда ее принципиально новых характеристик и прежде всего своеобразной логики права» [19, с.76].

Данный подход коррелирует с представлениями Р. Паунда и его последователей о праве как инструменте, форме социального контроля, которую необходимо изучать в действии. При этом С.С. Алексеев говорит о качественно новом уровне изучения права, новом подходе к правовым явлениям. Однако, в связи с вышеизложенным, можно утверждать, что он не является полностью новым, в том числе для отечественной правовой науки, и качественно отличным от подхода, сформулированного в американской юриспруденции.

Правовая система представляется С.С. Алексеевым как «все позитивное право, рассматриваемое в единстве с другими активными элементами правовой действительности – правовой идеологией и судебной (юридической) практикой» [20, с.47]. Инструментальный подход к праву позволяет исследовать особенности механизма действия права, то есть, говоря языком социологической юриспруденции Р. Паунда, изучить «право в жизни». На наш взгляд, именно данный подход позволяет объединить имеющиеся наработки в области исследования права и всех правовых явлений с изучением их активности, функционирования, особенностей их использования.

С инструментальной точки зрения право не вырывается из контекста жизнедеятельности общества, в котором оно функционирует и потребностям которого должно соответствовать. При этом С.С. Алексеев утверждает, что общая инструментальная теория права вплотную примыкает к философии права [19, с.102] и так называемая «юридическая логика и является главной, стержневой стороной предмета общей (инструментальной) теории права...» [19, с.109]. Инструментальный подход позволяет понять специфические структурные связи отраслей

права – от конституционного к материальным, затем – процессуальному праву и, наконец, к комплексным образованиям [19, с.112-113].

Обоснованная С.С. Алексеевым инструментальная теория права, на наш взгляд, выражает идеи, схожие с высказанными представителями социологической школы права не только в США, но и в дореволюционной России, развивает их, но при этом генетически не связана с ними. В то же время, полагаем, что С.С. Алексеев и его последователи идут дальше в теоретическом осмыслении инструментальной природы права. Они рассматривают не только правовые нормы в качестве инструментов регулирования общественных отношений, но особо развивают теорию правовых средств, к которым можно отнести практически все явления правовой действительности, рассмотренные под определенным углом зрения. Соответствующее направление научных исследований объективно обусловлено необходимостью оптимизации механизма правового регулирования, т. е. практическими потребностями общества и государства, а не теоретическими проблемами правопонимания.

Таким образом, несмотря на то, что инструментальный подход к праву С.С. Алексеева сложился в условиях романо-германской правовой системы, его генезис во многом схож с формированием инструментальных воззрений в американской социологической юриспруденции в части понимания целей права, процесса его реализации, критерия эффективности правовых явлений, оценки права с точки зрения его способности разрешать разного рода проблемы и гармонизировать социальные, государственные и индивидуальные интересы.

Кроме того, на наш взгляд, акцентированное инструментальной теорией С.С. Алексеева понимание внутренней логики права, его строения и функционирования при оперировании необходимой комплексной социальной, экономической, политической и т.п. информацией может иметь большую ценность, в частности, для реализации задач совершенствования национального законодательства, оптимизации нормотворческого процесса в Республике Беларусь. Полагаем, что определение структурных связей отраслей права, отраслей законодательства и, в свою очередь, их структурных элементов позволит составить более целостное и стройное представление о системе национального права как таковой, определить более четкие требования к структуре законодательства в целях упорядочения действующих правовых норм, прогнозировать возникновение и структурирование появления новых отраслей права и законодательства, определить необходимый для совершенствования инструментарий.

Таким образом, инструментальный подход в отечественной юриспруденции предполагает рассмотрение любых правовых явлений как средств, инструментов, оцениваемых с точки зрения их функциональности, операциональности, действия их в соответствии с их предназначением. Данный подход вполне соотносим с инструментальным подходом, сформулированным американской социологической юриспруденцией. Несмотря на то, что процесс создания норм права отличается в англосаксонской и романо-германской правовой системах, на наш взгляд, представители американского и отечественного инструментализма акцентируют внимание на тех чертах, которые характерны для права вообще – то есть на его способности эффективно регулировать соответствующие общественные отношения.

Особенность отечественного подхода в том, что он особое внимание уделяет механизму реализации права, его действию, но достаточно мало исследований посвящено процессам правообразования. На наш взгляд, данная черта отличает отечественный подход от американского, что является следствием различий в формировании правовых норм и законодательства в целом в англосаксонской и романо-германской правовых семьях. Тем не менее, инструментальность можно считать закономерностью бытия права, характерной чертой его природы. Несмотря на различия в типах правопонимания, все они делают акцент на достижении определенных социальных целей посредством права (правовых норм, правовых явлений). Это подтверждает объективность инструментального подхода к решению рассматриваемых проблем. Познание права с инструментальной точки зрения представляет собой постижение возможных практических последствий его действия, то есть понимание права образуется через понимание его действия. Право с указанных позиций не рассматривается как самоцель, оно создается и применяется государством для достижения социально полезных целей, и задача государства – использовать право как социальный регулятор и повышать его эффективность в достижении намеченных целей.

#### **Список использованных источников:**

1. Butler B.E. Legal Pragmatism / B.E. Butler // The Internet Encyclopedia of Philosophy. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.utm.edu/research/iep/1/leglprag.htm>. – Дата доступа : 01.10.2007.
2. Философский энциклопедический словарь. – М., 1983. – 840 с.



3. Pragmatism. The Catholic Encyclopedia, Volume XII. Published 1911. New York. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.newadvent.org/cathen/12333b.htm>. – Дата доступа : 14.12.2005.

4. Pragmatism. Encyclopædia Britannica. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.britannica.com/eb/article-9108683/Pragmatism>. – Дата доступа : 23.12.2005.

5. Legal Theory Lexicon: Formalism & Instrumentalism. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.typepad.com/t/trackback/37185/19733172>. – Дата доступа : 15.03.2007 г.

6. Критика современной буржуазной теории права. Сборник статей: Перевод с венгерского / К. Кульчар, З. Петери, В. Пешка [и др.] / Под ред.: Туманов В.А., Пер.: Ягодовский Л.С. – М. : Прогресс, 1969. – 288 с.

7. Tamanaha B.Z. How An Instrumental View Of Law Corrodes The Rule Of Law / B.Z. Tamanaha // The Social Science Research Network Electronic Paper Collection. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://ssrn.com/abstract=951518>. – Дата доступа : 17.04.2010.

8. Pound R. The Ideal Element in Law / R. Pound. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://oll.libertyfund.org:81/Texts/LFBooks/Pound0208/IdealElement/PDFs/0094\\_Pt02\\_ch01.pdf](http://oll.libertyfund.org:81/Texts/LFBooks/Pound0208/IdealElement/PDFs/0094_Pt02_ch01.pdf). – Дата доступа : 14.02.2006.

9. Соколова А.А. Социальные аспекты правообразования / А.А. Соколова. – Минск : ЕГУ, 2003. – 160 с.

10. Мухаев Р.Т. История политических и правовых учений: Учебник для вузов / Р.Т. Мухаев. – М. : Приор-издат, 2004. – 608 с.

11. О нормативных правовых актах Республики Беларусь : Закон Респ. Беларусь от 10 января 2000 г. № 361-З : с изм. и доп. : текст по сост. на 01.05.2010 г. // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2010.

12. О мерах по совершенствованию нормотворческой деятельности : Указ Президента Респ. Беларусь от 11 августа 2003 г. № 359 : с изм. и доп. : текст по состоянию на 12.02.2010 г. // Консультант Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2010.

13. Harcourt B.E. Judge Richard Posner on Civil Liberties: Pragmatic Authoritarian Libertarian / B. E. Harcourt // The Social Science Research Network Electronic Paper Collection. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=965578](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=965578). – Дата доступа : 12.04.2011.

14. Sunstein C.R. Justice Breyer's Democratic Pragmatism / C.R. Sunstein // The Social Science Research Network Electronic Paper Collection. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=845064](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=845064). – Дата доступа : 15.08.2010.

15. Kellog F.L. Hobbes, Holmes, and Dewey: Pragmatism and the Problem of Order / F.L. Kellog // The Social Science Research Network Electronic Paper Collection. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1655307](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1655307). – Дата доступа : 30.09.2011.

16. Butler B.E. Legal Pragmatism / B.E. Butler // The Internet Encyclopedia of Philosophy. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.utm.edu/research/iep/1/leglprag.htm>. – Дата доступа : 01.10.2007.

17. Armstrong M. Rule Pragmatism: Theory and Application to Qualified Immunity Analysis / M. Armstrong // Columbia Journal of Law and Social Problems. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.columbia.edu/cu/jlsp/pdf/Fall%202004/Armstrong381-A.pdf>. – Дата доступа : 17.05.2010.

18. Шундиков К.В. Инструментальная теория права – перспективное направление научного исследования / К.В. Шундиков // Правоведение. – 2002. – №2. – С.16-23.

19. Алексеев С.С. Восхождение к праву / С.С. Алексеев. – М. : Издательство НОРМА, 2002. – 608 с.

20. Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия: опыт комплексного исследования / С.С. Алексеев. – М. : Статут. 1999. – 712 с.

## ІНСТРУМЕНТАЛЬНА СУТНІСТЬ ПРАВА: АНТРОПОЛОГІЧНЕ ПРОЧИТАННЯ

*К. Гарбузова*

*Вітебський державний університет ім. П.М. Машерова,  
м. Вітебськ, пр-т Фрунзе, 77/2, e-mail: belyakova\_kat@mail.ru*

У статті розглядається питання інструментального аспекту в сутності права. Автором аналізуються особливості формування американського та вітчизняного інструментального підходів у праворозумінні. На підставі викладеного робиться висновок про об'єктивність інструментальної закономірності права як регулятора суспільних відносин.

*Ключові слова:* праворозуміння, соціологічна теорія права, інструменталізм, прагматизм, цілі права, гармонізація інтересів, соціальне регулювання, ефективність права.

## INSTRUMENTAL ESSENCE OF LAW

**K. Garbuzova**

*Vitebsk State University named after P.M. Masherov,  
Vitebsk, Frunse Av., 77 / 2, e-mail: belyakova\_kat@mail.ru*

The article is devoted to the question of the instrumental aspect in the essence of law. The author analyses special features of American and post-soviet approaches in law conceptions. It was made a conclusion about the objective instrumental regularity of law as the agent of social relations regulation.

*Keywords:* law conception, sociological theory of law, instrumentalism, pragmatism, aims of law, harmonization of interests, social regulation, effectiveness of law.

## МОДЕЛИ ГОЛОСОВАНИЯ СУДЕЙ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ДИНАМИЧЕСКОГО ТОЛКОВАНИЯ ПРАВА: ОТЕЧЕСТВЕННАЯ ЮСТИЦИЯ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

**В. Гончаров**

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко,  
г. Львов, ул. Университетская, 1, e-mail: gonchar.lawyer@gmail.com*

**Вступительные замечания.** Динамическое толкование права является одной из наиболее обсуждаемых тем общетеоретического правоведения в Европе и Америке. Традиционно считалось, что юридическая норма является волей законодателя, которую следует максимально объективно отразить в решении суда. Таким образом, у закона есть лишь одно истинное толкование на все времена. Однако эрозия этого постулата на данный момент вполне очевидна. Современная судебная практика государств романо-германской и англо-американской правовых систем свидетельствует в пользу т.н. «живого» толкования [1, с. 106], которое берет во внимание обстоятельства применения нормы. Европейский суд по правам человека (далее ЕСПЧ) в одном из недавних решений недвусмысленно указал, что «несоблюдение Судом динамического и эволюционного подходов могло бы стать преградой на пути к развитию и реформам» [2].

Необходимо сделать несколько терминологических замечаний. Нередко термины «динамическое» и «эволюционное» понимают как синонимы. Во многом такому отношению способствует риторика ЕСПЧ. Однако такой ход событий привел к определенным затруднениям. Например, в решении по делу *Tyrrer v. the United Kingdom* (1978) ЕСПЧ указал, что причинение нескольких ударов палкой в качестве наказания является унижительным в свете нынешнего положения вещей [3]. Толкование в свете современных условий является, безусловно, эволюционным. Однако в упомянутом деле ни один прецедент не был пересмотрен. С другой стороны, в деле *Vilho Eskelinen v. Finland* (2007) ЕСПЧ, ссылаясь на неправильные результаты, к которым привела его прежняя правовая позиция, установил, что гарантии ч. 1 ст. 6 не распространяются на государственных служащих, которым национальное законодательство прямо отказывает в доступе к правосудию, если этот отказ подкреплен объективными основаниями государственного интереса [4]. Здесь налицо динамика, хоть решение и не принималось в свете нынешнего поло-

жения вещей. Таким образом, основанное на эволюционном толковании решение не обязательно ведет к пересмотру судебной практики, также как и пересмотр судебной практики (динамическое толкование права) не обязательно основан на эволюционных аргументах.

В предлагаемой статье речь будет идти об антропологическом аспекте динамического толкования. Мы будем рассматривать модели голосования судей при принятии первичного решения и его последующей отмене. С этой целью мы будем брать во внимание пары решений, где первое отражает первичное толкование нормы судом, а второе – радикальное изменение толкования. Нас будет интересовать, какую позицию в первом и во втором решении занимал один и тот же судья.

С этой целью также необходимо различать динамическое толкование суда (которое проявляется в отмене *судом* своей прежней правовой позиции) и динамическое толкование судьи (изменение *судьей* своей личной прежней правовой позиции).

**Модель № 1: «за-против» или «большинство-меньшинство».** Это закономерное поведение судьи. Здесь он голосует с большинством в первом случае и с меньшинством во втором, т.е. за решение и против его отмены. Таким образом, судья следует и прежней позиции органа, и своей личной прежней позиции. Голосуя по указанной модели, судья не прибегает к личному динамическому толкованию.

**Модель № 2: «против-за» или «меньшинство-большинство».** Также весьма естественная модель поведения судьи. Кстати, именно такая модель наиболее характерна для судей Верховного Суда США [5, с. 73]. Здесь в первом деле судье не удалось убедить большинство в собственной правоте, в связи с чем он голосовал против принимаемого решения. Но далее он голосует вместе с новым большинством за отмену прежнего решения, тем самым поддерживая свою личную позицию по рассматриваемому вопросу.

Голосуя по этой модели, судья опять же не прибегает к личному динамическому толкованию, его позиция остается неизменной. Хотя в отличие от первой модели, судья здесь не придерживается прежней позиции суда.

**Модель № 3: «против-против» или «меньшинство-меньшинство».** Возможно, эта модель может показаться несколько странной. Но для неё есть веские основания. Судья ЕСПЛ Т. Вильхьяльмсон писал в этом отношении: «В одном из недавних решений я пришел к мысли, что должен голосовать таким образом, чтобы поддерживать прецедентное право этого Суда, даже если я и не согласен с его обоснованием» [6].

Здесь мы имеем дело с изменением личной правовой позиции, или, другими словами, личным динамическим толкованием, которое сопровождается поддержкой прежнего решения суда. Его причины могут быть различными, например, изменение общественных отношений, осознание недостатков прежней личной позиции судьи. Не исключено также, что судья оценивает позицию Суда выше, чем своё собственное мнение по вопросу. И это не безосновательно, ведь, как известно, динамическое толкование имеет ретроспективный эффект (создает норму права как бы задним числом), чем может нанести существенный вред принципу правовой определенности.

**Модель № 4: «за-за» или «большинство-большинство».** Эта модель голосования вызывает особый интерес. В первой модели судья следует институционному и личному *stare decisis*, во второй – только личному, в третьей – только институционному. Однако в четвертой модели нет места для *stare decisis* ни на личном, ни на институционном уровне. Другими словами, это одновременно и институционное, и личное динамическое толкование.

Чем же можно объяснить эту модель голосования? Думается, возможны две причины, а именно, изменение общественных отношений либо осознание судьей ошибочности первичной правовой позиции.

**Модели голосования судей Конституционного Суда Украины при осуществлении динамического толкования права.** Конституционный Суд Украины (далее КСУ), строго говоря, не уполномочен заниматься перетолкованием. В соответствии с п.3 ч. 1 ст. 45 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» наличие решения Суда относительно конституционности аналогичного по содержанию и юридической силе акта, определения о прекращении производства в отношении такого акта является основанием для отказа в открытии конституционного производства. В соответствии с п. 4 ст. 63 и ст. 69 этого же Закона решения и заключения Суда являются окончательными, обязательными и не подлежат обжалованию.

Указанные положения склоняют к т.н. легальной модели судебного поведения, в соответствии с которой судьи обязаны соотносить свое новое толкование с системой прежних интерпретаций. Таким образом, в практике Суда вообще не может быть пар взаимоисключающих решений. Казалось бы, каждый судья обязан голосовать «против», если речь заходит о динамическом толковании (что соответствует первой и третьей модели судебного поведения). Однако практика складывается иным образом.

Наш анализ свидетельствует о том, что динамическое толкование не новость для КСУ [7; 8; 9; 10; 11; 12; 13]. Это, в определенном смысле, закономерно. Ещё Н. Коркунов писал, что «если любой закон может быть заменен новым, то и судебная практика не может быть обречена на неподвижность и застой» [14, с. 298].

Однако любопытно, что наиболее характерной моделью голосования судей КСУ при осуществлении динамического толкования является четвертая («за-за» или «большинство-большинство»). Само по себе голосование по этой модели не вызывает особых затруднений, ведь для этого могут быть веские основания. Например, судья может передумать под воздействием новых общественных отношений. Но анализ упомянутых решений свидетельствует о том, что причина перетолкования кроется не в этом. Тогда позволительно допустить, что дело в допущенных судьями ошибках. Если так, то не может не настораживать синхронность, с которой протекает признание судьями этих ошибок и их исправление.

**Специальное обоснование динамического толкования.** В зарубежной литературе часто обсуждается вопрос, необходимо ли специальное обоснование при отказе суда следовать своей прежней судебной практике. Высшие судебные инстанции континентальных правовых систем отвечают на этот вопрос, как правило, положительно. Не так давно ЕСПЧ постановил, что отсутствие специального обоснования для динамического толкования, применяемого национальными судебными инстанциями, «негативно влияет на уверенность и доверие к праву» [15].

Динамическое толкование КСУ не сопровождается специальным обоснованием такого рода. К тому же о нем не заходит речь и в особых мнениях судей.

То, что динамическое толкование суда требует объяснений, вряд ли должно вызывать вопросы. Неписанные правила юридического дискурса требуют, чтобы суд мотивировал отказ от прежней практики объективными основаниями, тем самым заверяя, что право для него – не предмет для манипуляций, а толкование – не дело вкуса. Однако наш вопрос звучит так: требует ли специального объяснения личное динамическое толкование отдельного судьи. Если требует, то в какой из двух моделей (третьей или четвертой)?

Представляется, что специальное объяснение не может требоваться в третьей модели, так как судья здесь следует институционному *stare decisis*, что уже само по себе является веским основанием. Но необходимость в специальной мотивировке может иметь место в четвертой

модели голосования в том случае, когда вторичное решение суда не упоминает об основаниях для перетолкования.

К тому же, если причины перетолкования не упоминаются в решении суда, их, думается, должен указать в особом мнении, по меньшей мере, один из судей, голосовавший за такое толкование. А потому не может быть признана приемлемой отечественная практика, когда причины динамического толкования раскрываются отдельными судьями вне процесса [16; 17, с. 70].

#### Список использованных источников:

1. Гончаров В. Охорона Конституції України засобами конституційного судочинства / В.В. Гончаров, П.М. Рабінович // Право України. – 2011. – №6. – С. 105-112.
2. Case of Bayatyan v. Armenia (07.07.2011) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int>.
3. Case of Tyrer v. the United Kingdom (25.04.1978) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int>.
4. Case of Vilho Eskelinen v. Finland (19.04.2007) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int>.
5. Brenner S. Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992 / Saul Brenner, Harold J. Spaeth. – Cambridge: Cambridge University Press, 1995 – 151 p.
6. Case of Thynne, Wilson and Gunnell v. the U.K. (25.10.1990) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int>.
7. Рішення КСУ від 29.01.2002 № 1-рп/2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>.
8. Ухвала КСУ від 14.03.2002 № 3-уп/2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>.
9. Ухвала КСУ від 5.02.2008 № 6-у/2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>.
10. Рішення КСУ від 26.06.2008 № 13-рп/2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>.
11. Ухвала КСУ від 3.07.2008 № 26-у/2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>.
12. Рішення КСУ від 17.09.2008 № 16-рп/2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>.
13. Рішення КСУ від 6.04.2010 № 11-рп/2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>.

14. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права / Николай Михайлович Коркунов. – С-Пб.: Изд. Н.К. Мартынова, 1898. – 354 с.

15. Case of Serkov v. Ukraine (11.07.2011) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int>.

16. Виступ Стрижака А.А. на пресконференції у Конституційному Суді України 8.04.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://play.ukr.net/videos/show/key/f9791e54f040c9efe01d45ef3112b207>.

17. Кампо В. Деякі теоретичні проблеми конституційного контролю за додержанням парламентом процедури внесення змін до Конституції України / В. Кампо, В. Овчаренко // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 3. – С. 64-76.

### **МОДЕЛІ ГОЛОСУВАННЯ СУДДІВ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ДИНАМІЧНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВА: ВІТЧИЗНЯНА ЮСТИЦІЯ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД**

***В. Гончаров***

*Львівський національний університет імені Івана Франка,  
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: [gonchar.lawyer@gmail.com](mailto:gonchar.lawyer@gmail.com)*

У статті з антропологічного боку висвітлено питання перетлумачення. Проведено розмежування між еволюційним та динамічним тлумаченням. Виділено чотири моделі можливого голосування судді в первинному та динамічному рішеннях. Визначено найпоширенішу модель такого голосування в Конституційному Суді України. Висловлено деякі міркування відносно необхідності спеціального обґрунтування особистого динамічного тлумачення.

*Ключові слова:* динамічне тлумачення, stare decisis, модель голосування.

### **THE PATTERNS OF JUDGES' VOTING WHILE EXERCISING DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION: DOMESTIC JUSTICE AND FOREIGN EXPERIENCE**

***V. Goncharov***

*Lviv Ivan Franko National University,  
Lviv, Universytetska Str., 1, e-mail: [gonchar.lawyer@gmail.com](mailto:gonchar.lawyer@gmail.com)*

The article highlights an anthropological point of view on dynamic statutory interpretation. The distinction between dynamic and evolutive interpretation is drawn. Four models of possible justices' voting in overruled and overruling cases are outlined. The most popular model of this kind in the Constitutional Court of Ukraine is determined. The author develops some insights on the need for special justification of the personal dynamic interpretation.

*Keywords:* dynamic interpretation, stare decisis, voting model.

## ДО ПРОБЛЕМИ СУСПІЛЬНОЇ ОЦІНКИ ЕФЕКТИВНОСТІ РОБОТИ НАЦІОНАЛЬНОЇ ЕКСПЕРТНОЇ КОМІСІЇ УКРАЇНИ З ПИТАНЬ ЗАХИСТУ СУСПІЛЬНОЇ МОРАЛІ

**Р. Губань**

*Інститут політології та права*

*Національного педагогічного університету імені М.П. Драгоманова,  
м. Київ, вул. Пирогова, 9, e-mail: rad\_80@mail.ru*

У грудні 2010 року Президент України підписав Указ «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади». Відповідно до підпункту 7 пункту 7 Указу на Кабінет Міністрів України покладался обов'язок вирішити в установленому порядку питання щодо ліквідації Національної експертної комісії України з питань захисту суспільної моралі [27] (Далі НЕК, Комісія). Однак, незважаючи на спробу народних депутатів України ліквідувати Комісію шляхом прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо захисту суспільної моралі)» [23] ця спроба так і не увінчалася успіхом (незважаючи на те, що в першому читанні законопроект про скасування закону підтримали 324 народних обранці), оскільки у другому читанні законопроект підтримало лише 12 народних обранців [12]. Експерти таке дивне голосування народних депутатів пояснюють зустріччю Президента із представниками Церкви напередодні голосування. І справді, керівники християнських Церков України заявили, що вони вважають своїм громадянським обов'язком висловити рішучу незгоду з діями учасників інформаційної війни, спрямованої на дискредитацію та перешкоджання діяльності Національної експертної комісії України з питань захисту суспільної моралі [21].

Глава УГКЦ Блаженніший Любомир Гузар також звернувся до Президента України і закликав зберегти Національну експертну комісію з питань захисту суспільної моралі, оскільки ліквідація Нацкомісії не покращить духовності українців. «Звертаюся до Вас, Високодостойний Пане Президенте, з проханням врахувати важливість зазначеної проблематики та зняти доручення 7.7 Вашого Указу № 1085/2010 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» й залишити Національну експертну комісію України з питань захисту суспільної моралі із належними їй на сьогодні завданнями та функціями як центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом та зі збереженням цінного кадрового ресурсу», – написав Блаженніший [20].

Однак ряд громадських діячів виступає категорично проти існування НЕК (про це йтиметься далі). З огляду на такі полярні точки зору щодо доцільності існування НЕК є потреба дослідити суспільну оцінку ефективності роботи Національної експертної комісії України з питань захисту суспільної моралі та доцільність її існування.

Варто сказати, що питанням захисту суспільної моралі в Україні займався ряд вітчизняних вчених. Серед них необхідно відзначити О. Богачову, О. Богініч, В. Гаврилюк, І. Гетьман-П'ятковську, Д. Гудиму, В. Кафарського, І. Припхан. Однак ці автори не досліджували оцінку ефективності роботи Національної експертної комісії України з питань захисту суспільної моралі, хоча це питання, з огляду на проведення адміністративної реформи в державі, є достатньо актуальним.

Так, окрім громадських акцій, які спрямовані проти НЕК потрібно відзначити ще і заснування та діяльність Всеукраїнської громадської кампанії проти встановлення цензури amoral.org.ua. На даному сайті постійно розміщуються матеріали присвячені діяльності НЕК (при цьому, поміщаються не лише критичні матеріали).

Одним з основних критичних аргументів на адресу НЕК є твердження про те, що Комісія не захищає суспільну мораль, а скоріше створює скандали навколо найбільш прозорих феноменів (відомі серіали, журнали). Натомість залишаються без уваги проблеми, які в десятки разів більше впливають на масову свідомість, ніж книжка Олеся Ульяненка. Так, А. Біденко, переконаний, що НЕК замість створення зручного та екологічного інформаційного простору, займається боротьбою та нав'язуванням страху перед тілом і тілесним, карнавальним чи низьким, самостійно встановлює стандарти і потім чекає на реакцію суспільства [2]. Він же звернув увагу і на те, що за три роки активної діяльності Національної комісії з моралі, не досягнуто ніякого кількісного чи якісного показника. Не реалізовано жодного довгострокового проекту? «Все звелось до разових акцій, від яких виграють лише конкретні люди – керівництво НЕК. Це такий собі плацдарм цензури із присмаком долара» [3].

А от М. Каменев назвав діяльність НЕК вкрай кумедною і абсурдною: «Це сміх крізь сльози. Уявіть собі – десятки серйозних чуваків у костюмах збираються, дивляться порно, качають головами, охають та кажуть “Боже, як це аморально!”» [5] Не вважає конструктивною роботу НЕК і Г. Койнаш: «Насправді, головним фокусом уваги Комісії завжди залишалася порнографія, й роль НЕК навряд чи можна вважати конструктивною. Деякі вкрай суб'єктивні, сумнівні рішення, зокрема

щодо «порнографічного характеру» роману Олеся Ульяненка, зіграли, на мій погляд, виключно негативну роль та унеможливили справжній діалог у суспільстві [16]. Ще більш радикальну оцінку роботи НЕК дала Є. Белорусець: «Національна експертна комісія, як і окремі її представники, практикує гротеск і безглуздість, також – порно-акцентувану клоунату, і творить вона це на очах у здивованої публіки, яка на фоні Комісії виглядає не менш карикатурно, ніж сам клоун» [1]. Фактично, на цих же позиціях стоїть і С. Потьомкін: «Навряд чи в українській державі існує більш безглуздий орган, ніж НЕК. Під приціл її критики потрапляють книги, фільми, телепрограми і газети настільки різних жанрів що тільки диву даєшся такому цензорському свербіжу експертів» [22]. Сергій Жадан, Лесь Подерев'янський, Андрій Бондар, Юрій Андрухович проаналізувавши діяльність НЕК звернули увагу не лише на вибірковість її рекомендацій, але й на те, що НЕК частіше за все виступає проти всього нового, не форматного, інноваційного, іншого. І це при тому, стверджують вони, що це все відбувається в країні, яка претендує називатися європейською [25]. Н. Фельдман теж звернув увагу, що Комісія намагається знищити інакodomство, що вона орієнтується на деяку правильну людину з точки зору держави. А, це, вважає він, є неприпустимо [29].

На вибірковість у діяльності НЕК звертає увагу і письменник Андрій Кокотюха: «Дмитро Володимирович Табачник своїми заявами, причому – старанно продуманими, порушує Закон України «Про захист суспільної моралі». А Василь Васильович чомусь ці порушення ігнорує. Хоча мусив би щонайменше дати їм власну публічну оцінку.

Нинішня влада поділяє та підтримує діяльність Дмитра Володимировича, нехай вона і суперечить Закону України. Натомість структура, очолювана Василем Васильовичем, котра в особі її керівника ігнорує порушення Закону, потрібна як елемент цензурно-репресивного механізму» [17].

А Олександр Ройтбурд звинувачує НЕК ще й в тому, що вона повертає в країну радянські часи з їх лицемірством [7].

А от О. Володарський переконаний, що існування Комісії із захисту моралі взагалі явище ірраціональне [6].

Друга група критиків звинувачує НЕК у цензурі. Так, на думку Андруховича, зараз відбувається процес повернення до радянської цензури. Національна експертна комісія прагне отримати більше влади і намагається внести в сферу своєї компетенції питання родинних цінностей [14]. Про це ж говорить і Ю. Рябчун: «Нацкомісія створювалась

для експертизи аудіо і відеопродукції на предмет поширення порнографії, пропаганди алкоголю, наркоманії і заохочення тероризму. Однак вони почали займатися відвертою цензурою і намагалися ліцензувати діяльність медіа» [24]. На повернення цензури нарікають і Жадан С., Подерев'янський Л., Бондар А., Андрухович Ю., Захаров Є. «Таким чином можемо констатувати завершення коротенького «золотого двадцятиліття» в українській культурі, протягом якого чиновництво не лізло у творчі процеси і не сміло вирішувати, які тенденції в мистецтві дозволяти, а які ні», – відзначили громадські діячі [12]. Про цензуру в інтернеті, яка відбувається через діяльність НЕК заявив у листі до народних депутатів редактор Інтернет-видання Sprotiv.org Вадим Гладчук: «Вся інтернет спільнота обурена інквізиторською діяльністю НЕК, яка самочинно нацьковує правоохоронні органи на сервери суспільно-корисних інтернет-ресурсів. Діяльність Комісії більш схожа на лобювання бізнес і політичних інтересів керівництва Комісії і замовників, ніж на справжню боротьбу за суспільну мораль», – йде мова у листі. Також у листі було зазначено, що непрофесійна діяльність НЕК пояснюється ще й тим, що її голова Василь Костицький є юристом, а не фахівцем з етичних питань [9]. Про те, що саме оцінки НЕК розв'язували руки правоохоронним органам говорить і С. Жадан [11].

Ще одна група закидів в бік Комісії – це те, що Комісія є «бойовим інструментом влади», який може бути використаний (і використовується) як засіб законного політичного і ідеологічного тиску, як про неї сказав А. Ульянов. І навіть навів формулу діяльності Комісії: «Наносити декоративні удари по гучним розважальним проектам, що б не дай Боже не помітили в шумі, що окрім «великих Сімпсонів», давлять «маленьких», масово не популярні, але стратегічно важливі для суспільства програмки, в яких журналісти займаються не лише інформуванням, але і розслідуваннями («Свідок») [28].

А. Бугаєв навіть пояснив чому депутати не проголосували за розпуск НЕК у 2011 році. Посилаючись на експертів він переконує, що комісія з питань моралі потрібна будь-якій владі для каральних заходів [4]. Завен Баблюян теж ставить під сумнів, що НЕК могли ліквідувати хоча і допускає реорганізацію. На його переконання вимагання грошей і репресії проти «незручних» для влади завжди є актуальними [5].

Не на корись доцільності існування Комісії і заява міністра юстиції Олександра Лавриновича: «Це якийсь дивний орган..., і ми рекомендували Кабінету міністрів розглянути питання доцільності існування цього органу».

При цьому міністр зауважив, що в Україні є певні органи, які можуть виконувати функції Національної експертної комісії з питань захисту суспільної моралі, і саме їх передбачається ними наділити [19].

Наше дослідження було б не об'єктивне, якби ми не продемонстрували і протилежну точку зору. Насамперед, як вже йшлося, за існування Комісії виступає Церква. На захист Комісії активно стає і її голова – Василь Костицький.

Так, він переконаний, що феномен ненависті, який оповив роботу Комісії, фінансується [18]. Він стверджує, що боротьбою з Національною комісією та законом «Про захист суспільної моралі» займаються виключно ті, хто найнятий корпораціями з продажу тютюнових та лікєро-горілчанних виробів, а також кримінальні структури, які розповсюджують порнопродукцію [8]. Україна отримує 2 мільярди доларів за виготовлення дитячої порнографії і є одним із лідерів у цьому. Тому нині багатьом важливо компрометувати комісію, каже Василь Костицький. Більше того, за словами Василя Костицького, члени Національної комісії відчувають на собі тиск і навіть зазнають погроз. І це зрозуміло, каже Костицький, бо за випуск певних фільмів у прокатний ринок дають шестизначні суми хабарів [26].

Отже, можна дійти до висновку, що незважаючи на доволі жорстку критику НЕК, все-таки певні його функції (приміром заборона дитячої порнографії) мають виконувати органи державної влади.

#### Список використаних джерел:

1. Белорусець Є. Скрути цензури на зламі епох / Є. Белорусець [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/ievgeniya-bielorusec-skruti-cenzuri-na-zlami-epoch-0>
2. Біденко А. Кому потрібні борці за мораль / А. Біденко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://life.pravda.com.ua/society/2010/04/13/46496/>
3. Біденко А. Піар на моралі / А. Біденко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://life.pravda.com.ua/society/2010/04/13/46496/>
4. Бугаєв А. Облико морале по-українски / А. Бугаєв [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/obliko-morale-po-ukrainski>
5. Володарський А. Комісією убрали, но мораль осталась / А. Володарський [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/komissiyu-ubrali-po-moral-ostalas>
6. Володарський О. Одноголовая гидра морали / О. Володарський [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/odnogolovaya-gidra-morali>

7. Володарський Ю. Как обезвредит товарища Огурцова / Ю. Володарський [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/yuriy-volodarskiy-kak-obezvredit-tovarishcha-ogurcova>

8. Громадськість вимагає від Президента направити Закон “Про захист суспільної моралі до Конституційного суду України” [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/gromadskist-vimagaie-vid-prezidenta-napraviti-zakon-%3C%3Cpro-zahist-suspilnoyi-morali%3E%3E-do>

9. Депутатов просят ликвидировать неконституционную комиссию по нацморали [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/deputatov-prosyat-likvidirovat-nekontitucionnuyu-komissiyu-po-nacmorali>

10. ДО ВСІХ, КОГО ЦЕ СТОСУЄТЬСЯ (А ЦЕ СТОСУЄТЬСЯ ВСІХ!) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/do-vsih-kogo-ce-stosuietsya-ce-stosuietsya-vsih>

11. Жадан С. Закон про захист суспільної моралі будь-якої миті може стати дієвим репресивним механізмом / С. Жадан [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/sergiy-zhadan-%3C%3Czakon-pro-zahist-suspilnoyi-morali-bud-yakoyi-miti-mozhe-stati-diievim-represivnim>

12. Жадан С. З мовчазної згоди депутатів Національна експертна комісія з питань захисту суспільної моралі відновлює свою роботу / Жадан С., Подєрв'янський Л., Бондар А. та ін. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/z-movchaznoyi-zgodi-deputativ-nacionalna-ekspertna-komisiya-z-pitan-zahistu-suspilnoyi-morali>

13. Закон України «Про захист суспільної моралі» // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – N 14. – ст.192.

14. Льченко Р. Над комісією з питань захисту моралі потрібно сміятися? / Р. Льченко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/nad-komisiieyu-z-pitan-zahistu-morali-potribno-smiyatisya>

15. Каменєв М. Смерть Національної комісії із захисту суспільної моралі: дуже вчасно! / М. Каменєв [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/mihaylo-kameniev-smert-nacionalnoyi-komisiyi-iz-zahistu-suspilnoyi-morali-duzhe-vchasno>

16. Койнаш Г. Політика моралі / Г. Койнаш [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/galya-koynash-politika-morali>

17. Кокотюха А. Чому не посваряться Василь Васильович та Дмитро Володимирович? / А. Кокотюха [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.telekritika.ua/media-i-vlada/2010-07-07/54210>

18. Костицький считает, что его ненавидят из-за денег [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/kostickiy-schitaet-chno-ego-nenavidyat-iz-za-deneg>

19. Лавринович про нацкомісію з моралі: це якийсь дивний орган [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/lavrinovich>



pro-nackomisiyu-z-morali-ce-yakiys-divniy-organ

20. Любомир Гузар просить Януковича зберегти НЕК [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/lyubomir-guzar-prosit-yanukovicha-zberegiti-nek>

21. НЕК завдає нищівного удару у відповідь: «Відкриті звернення керівників християнських Церков України до української громадськості з приводу потреби захисту високих моральних засад та сімейних цінностей» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/nek-zavdaie-udvru-u-vidpovid-vidkrite-zvernennya-kerivnikiv-hristiyanskih-cerkov-ukrayini-do>

22. *Потемкин С.* Руки прочь от Гомера! [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/ruki-proch-ot-gomera>

23. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо захисту суспільної моралі)» (№ 6532 від 16.06.2010) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=38002](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=38002)

24. Рябчун Ю. Нацкомиссия взывает к морали / Ю. Рябчун [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/nackomissiya-vzyvaet-k-morali>

25. С помощью этой структуры на Украину возвращается – уже вернулась – цензура // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://forum.2000.net.ua/forum/viewtopic.php?p=221962&sid=5438a18dfb1593bcfaef08f90611b778>

26. Терещук Г. Чи потрібен захист моралі в аморальному суспільстві? / Г. Терещук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.radiosvoboda.org/content/article/1953702.html>

27. Указ Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» // Офіційний вісник України. – 2010. – № 94. – стор. 15. – стаття 3334.

28. *Ульянов А.* Цензура в Законе / А. Ульянов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/cenzura-v-zakone>

29. Фельдман Н. Деятельность НЭК – политическая / Н. Фельдман [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amoral.org.ua/nikolay-feldman-%3C%3Cdeyatelnost-nek-politicheskaya%3E%3E>

## **К ПРОБЛЕМЕ ОБЩЕСТВЕННОЙ ОЦЕНКИ ЭФФЕКТИВНОСТИ РАБОТЫ НАЦИОНАЛЬНОЙ ЭКСПЕРТНОЙ КОМИССИИ УКРАИНЫ ПО ВОПРОСАМ ЗАЩИТЫ ОБЩЕСТВЕННОЙ МОРАЛИ**

***Р. Губань***

*Институт политологии и права  
Национального педагогического  
университета имени М.П. Драгоманова,  
г. Киев, ул. Пирогова, 9, e-mail: rad\_80@mail.ru*

В статье рассмотрена общественная оценка эффективности работы Национальной экспертной комиссии Украины по вопросам защиты общественной морали. Сделана классификация, с точки зрения общественных деятелей, недостатков в деятельности Комиссии. Рассматривается целесообразность ликвидации НЭК в процессе проведения административной реформы.

*Ключевые слова:* комиссия, мораль, НЭК.

## **ON THE PROBLEM OF PUBLIC ESTIMATION OF EFFICIENCY OF WORK OF THE NATIONAL EXPERT COMMISSION OF UKRAINE ON QUESTIONS OF DEFENCE OF PUBLIC MORAL**

***R. Guban***

*Institute of Political Science and Law  
of the National Pedagogical Dragomanov University,  
Pirogov Str., 9, e-mail: rad\_80@mail.ru*

In the article the public estimation of the efficiency of work of the National expert commission of Ukraine is considered on questions of defence of public moral. Classification is done, from the standpoint of publicmen, failings in activity of Commission. Expedience of liquidation of NEC is examined in the process of leadthrough of administrative reform.

*Keywords:* commission, moral, NEC.

## ДИАЛЕКТИКА МОТИВАЦИИ В ПРАВОСОЗНАНИИ СОВРЕМЕННЫХ СТУДЕНТОВ

**О. Губарь**

Макеевский экономико-гуманитарный институт,  
г. Макеевка, ул. Ленина, 87, e-mail: olga.gubar@mail.ru

Правосознание представляет собой основу правовой жизни организованного в государство общества. Правосознание явление идеальное, непосредственно не наблюдаемое. Оно представляет собой сферу или область сознания, отражающую правовую действительность в форме знаний и оценочных отношений к праву и практике его реализации, социально-правовых установок и ценностных ориентиров, регулирующих поведение людей в социуме. Правосознание связано с глубинными мировоззренческими установками человеческого сознания, которые стойко влияют на поведение личности. Развитие правосознания гражданина, общества способствует преодолению различных форм девиации, предотвращению случаев произвола и насилия над личностью.

На формирование и развитие правосознания большое влияние оказывает мотивация личности. Рассмотрим, например, диалектику внутренней и внешней мотивации в правосознании. Внутренние мотивы в правосознании бытуют как убеждения необходимости поддержания правопорядка в обществе даже ценой сознательного ограничения собственной свободы. Преобладание внутренних мотивов является надежным критерием уровня правовой культуры личности и общества. Внешние же мотивы основаны на страхе перед наказанием и сопровождаются, как правило, различными деформациями сознания и поведения и свидетельствуют о низком уровне правовой культуры.

Задавшись целью изучить методами конкретного социально-психологического исследования особенности правосознания молодежи, мы выдвинули рабочую гипотезу о том, что преобладание внешних мотивов значительно тормозит развитие правосознания и правовой культуры современного украинского общества.

Конкретное социально-психологическое исследование было проведено нами в 2010 году на базе социологической лаборатории Макеевского экономико-гуманитарного института. **Целевая группа:** школьники 15-17 лет и студенты гуманитарного вуза 18-22года (для сравнения нами были опрошены студенты двух специальностей: социо-

логи и правоведа). Выборка составила 256 респондентов. Характеристики выборки представлены в диаграммах 1-3.

**Методы сбора информации** – включенное наблюдение и анкетирование.

**Инструмент исследования** – анкетирование методом «face to face».

**Метод анализа данных** – программа SPSS., погрешность – 5 %.

Проверяя одну из наших рабочих гипотез о том, что сознательное и уважительное отношение личности к социальным (правовым) нормам обратно пропорционально правовому нигилизму, мы задали респондентам два вопроса:

1.«Как Вы считаете, соблюдение законов основано на...?»;

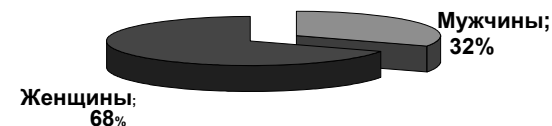
2.«Если Вы знаете что закон, не справедлив, будете ли Вы его выполнять?».

Четыре основных мотива соблюдения социальных норм зафиксированных в закрытом вопросе анкеты условно можно разделить на две группы:

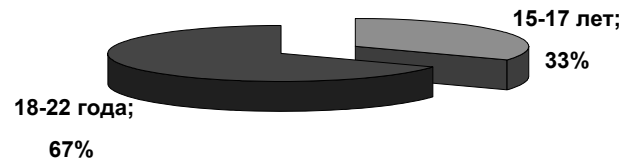
1. Внутренние мотивы: - «выполнения гражданского долга»  
- «так мне подсказывает совесть»
2. Внешние мотивы: - «страх перед строгим наказанием»  
- «понимаю, что это необходимо для поддержания порядка в обществе»

**Характеристика выборки. (диаграммы 1,2,3)**

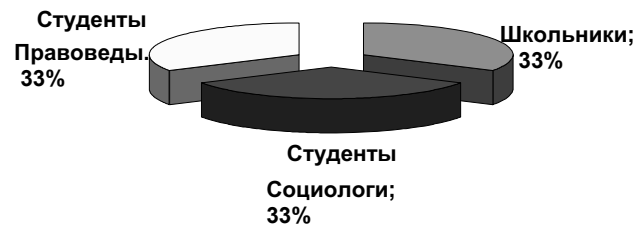
**Пол респондентов.**



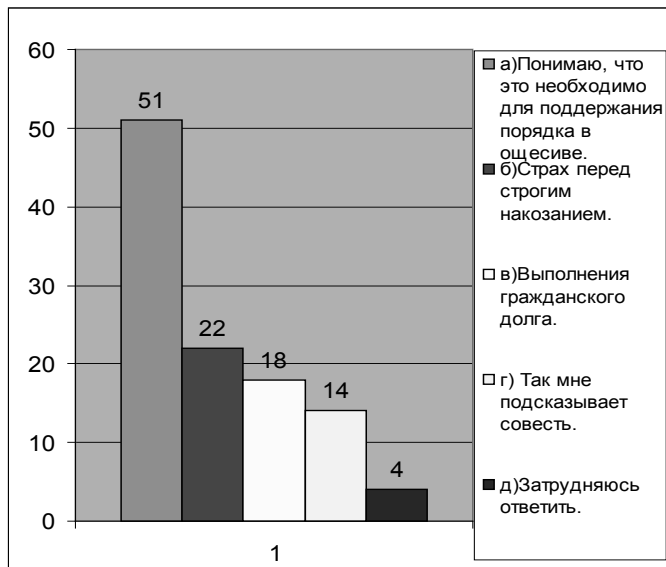
**Возраст респондентов.**



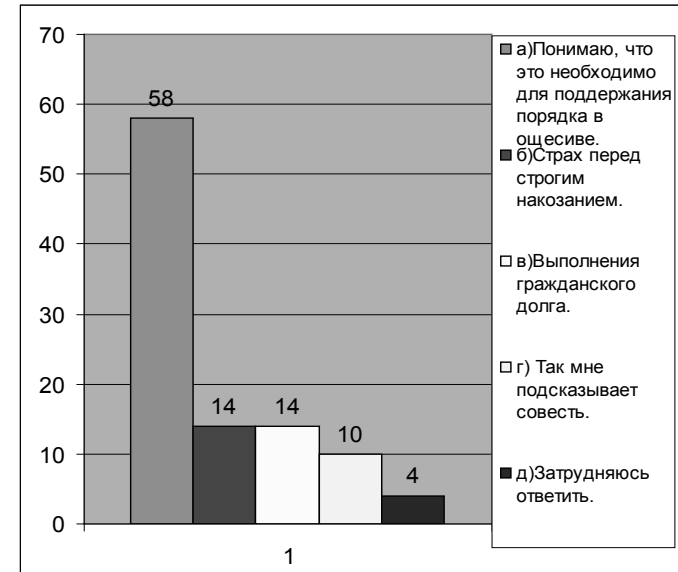
**Социальный статус респондентов.**



**Диаграмма 4. Мотивы соблюдения законов (все респонденты).**



**Диаграмма 5. Мотивы соблюдения законов (школьники).**



**Диаграмма 6. Мотивы соблюдения законов (студенты-социологи).**

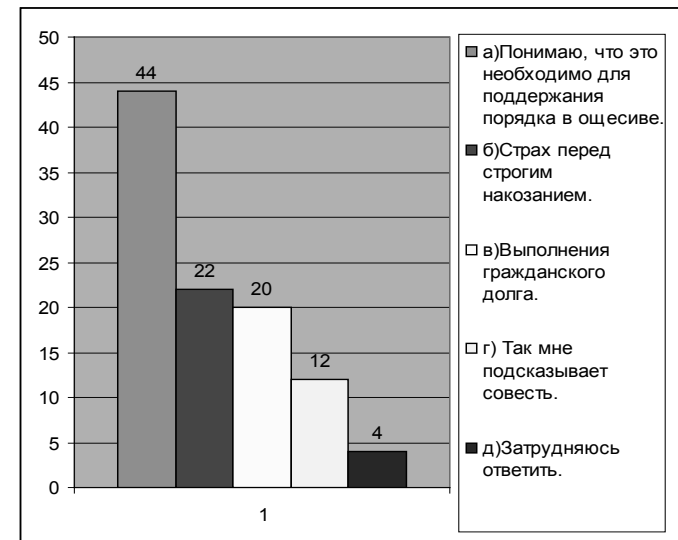
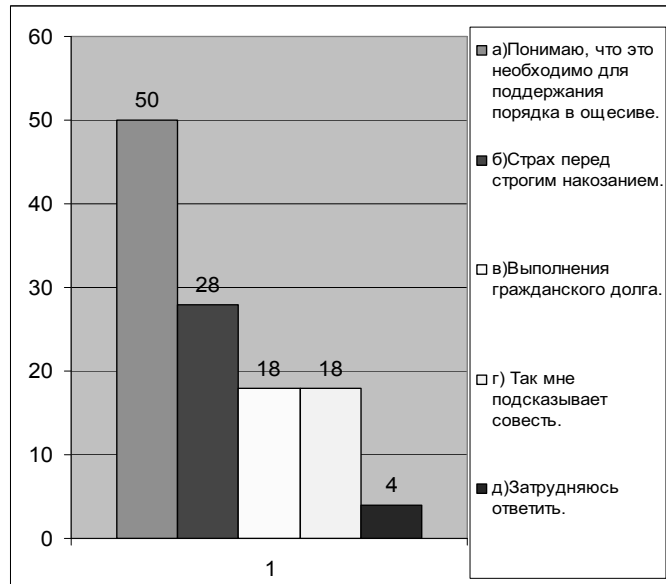


Диаграмма 7. Мотивы соблюдения законов (студенты-правоведы).



Как видно из диаграмм № 4 -7 в структуре мотивов преобладает внешние мотивы по сравнению с внутренними (соотношение: 70% -и 30%).

Самый высокий уровень мотивации соблюдения социальных норм показали студенты правоведы (диаграмма 7), что свидетельствует о более развитой правовой культуре и эффективной профориентации в образовательном процессе.

Анализ ответов на вопрос анкеты: «Если Вы знаете, что закон не справедлив, будете ли Вы его выполнять?» также показал асимметрию в диалектике внутренней и внешней мотивации в правосознании молодежи. Более 40% респондентов будут искать способы обойти этот закон и только

19 % будут бороться за его отмену.

Таким образом, конкретное социально-психологическое исследование подтвердило нашу гипотезу о том, что в современном украинском обществе сохраняется достаточно низкий уровень развития правосознания и правовой культуры, о чем, в частности свидетельствует явное преобладание внешних мотивов правового поведения над внутренними.

О высоком уровне правовой культуры можно говорить тогда, когда человек будет являться не просто наблюдателем, а гражданином, активно решающим общественные проблемы. Важным элементом правосознания является также знание и реализация общественных, социальных, экономических, политических и других прав и свобод человека.

#### Список использованных источников:

1. Алексеев С.С. Философия права / С.С. Алексеев – М.: Норма, 1995. – 339 с.
2. Вишневский Ю.Р. Парадоксальный молодой человек // Социологические исследования / Ю.Р. Вишневский, В.Т. Шапко – 2006. – № 6. – С. 45-49
3. Головатий М.Ф. Соціологія молоді: курс лекцій / М.Ф. Головатий. – К.: МАУП, 2006. – 304с.
4. Дубов И.Г. Моральная детерминация поведения в обыденном сознании больших групп населения / И.Г. Дубов, А.А. Хвостов // Вопросы психологии. – 2000. – № 5. – С. 87-99.
5. Ильин И.А. О сущности правосознания / И.А. Ильин. – М.: Рарогъ, 1993. – 235 с.
6. Каландаришвили З.Н. Деформация правового сознания молодежи и юридические способы ее преодоления: теоретико-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / З.Н. Каландаришвили. – СПб., 2004. – 202 с.

## ДИАЛЕКТИКА МОТИВАЦІЇ У ПРАВОСВІДОМОСТІ СУЧАСНИХ СТУДЕНТІВ

О. Губар

Макіївський економіко-гуманітарний інститут,  
м. Макіївка, вул. Леніна, 87, e-mail: olga.gubar@mail.ru

У статті наведені результати конкретно-соціологічного дослідження діалектики внутрішньої і зовнішньої мотивації у правосвідомості сучасних студентів. Частково підтверджена гіпотеза про переважання зовнішніх мотивів правової поведінки над внутрішніми при досить низькому рівні правової культури.

Ключові слова: правосвідомість, мотивація, внутрішні та зовнішні мотиви, студенти, права культура.

## DIALECTICS OF MOTIVATION IN LEGAL CONSCIOUSNESS OF MODERN STUDENTS

**O. Gubar**

*Makiyvka Institute of Economics and Humanities,  
Makiyvka, Ostrovsky Str., 16, e-mail: olga.gubar@mail.ru*

The article develops the results of a sociological research of dialectics of internal and external motivation in the mind of nowadays students. A hypothesis of predominance of external reasons of legal conduct above internal and rather low level of legal culture is partly confirmed.

*Keywords:* legal consciousness, motivation, internal and external reasons, students, legal culture.

## ДО ПИТАННЯ ПРО АНТРОПОЛОГІЧНІ СЮЖЕТИ У ПРАКТИЦІ СТРАСБУРЗЬКОГО СУДУ

**Д. Гудима**

*Львівський національний університет імені Івана Франка,  
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: hudym@mail.ru*

**Вступні зауваги.** Усі, хто цікавляться практикою Європейського суду з прав людини (далі – Суд), напевно, помічали, що йому часто доводилося та доводиться вирішувати проблеми, які не є суто юридичними, тобто такими, що зумовлені винятково дією законодавства держави, а кореняться у людській природі, отож, є у певному сенсі антропологічними. Йдеться про справи, які стосуються, зокрема, визначення початку життя людини (*Во (Vo) проти Франції*, 2004), поваги до фізичної та психічної цілісності людини (*Гласс (Glass) проти Сполученого Королівства*, 2004), приниження людської гідності (*Невмержицький (Nevmerzhitsky) проти України*, 2005), гендерної ідентифікації (*Грант проти Сполученого Королівства*, 2006), сексуальної орієнтації, одностатевих відносин (*Бек, Конн і Базелі (Beck, Conn and Bazeley) проти Сполученого Королівства*, 2002), материнства чи батьківства транссексуалів (*X, Y, Z проти Сполученого Королівства*, 1997), евтаназії (*Прітті (Pretty) проти Сполученого Королівства*, 2002). Деякі з цих проблем не оминала і Європейська комісія з прав людини (далі – Комісія) у роки її існування (*Брюггеман (Bruggeman) і Шойтєн (Scheuten) проти Німеччини*, 1977; *X. проти Сполученого Королівства*, 1979; *Гендрікс (Hendriks) проти Нідерландів*, 1982; *R.H. проти Норвегії*, 1992 та ін.).

Тому ідея відстежити, так би мовити, антропологічні сюжети у практиці Суду не є випадковою. Її актуальність підтвердилася і у моїй бесіді з автором відомого підручника з антропології права, нині – суддею Суду від Російської Федерації А. Ковлером під час міжнародної конференції «Проблеми застосування практики Європейського суду з прав людини в правовій системі України», яка відбувалася 1 липня 2011 року у приміщенні Верховного Суду України.

Вочевидь, в одній статті неможливо систематизувати й узагальнити усю «антрополого-правову» практику Суду. Тому звернемося тільки до деяких з тих рішень Суду та Комісії, які були винесені ними щодо «квірів».

**Визначення поняття «квір».** Певний час англійський сленговий термін «квір» (англ. «queer» – дивний, чудний, незвичний, ексцентрич-

ний) використовувався як гомофобна образа чи на позначення гомосексуальності. Зараз цей термін, за словами А. Джагоз, став «парасольковим», тобто таким, який, з одного боку, позначає «маргінальні сексуальні самоідентифікації», а з іншого, – «теоретичну модель, формування якої проходить поза межами традиційних гей- і лесбі-досліджень» [1, с. 5], а також сам «громіздкий корпус гей- і лесбі-досліджень» [1, с. 185].

У першому значенні термін «квір» використовується для позначення як ЛГБТ (ця аббревіатура використовується для «маркування» всіх сексуальних меншин – лесбіянок, геїв, бісексуалів і трансгендерів) і людей поза традиційними гендерними ідентичностями (інтерсексуалів), так і гетеросексуалів, які практикують БДСМ (бандаж, дисципліну, домінування, підпорядкування, садизм і мазохізм), а також статеві стосунки з декількома партнерами або виявляють іншу сексуальну поведінку, що виділяє їх з гетеросексуального поля. Тобто «квірами» називають тих, хто відкидає традиційні гендерні ідентичності, сексуальну стратифікацію суспільства чи, відчуваючи себе утисненим гетеронормативністю домінуючої культури, протистоят їй [2].

У другому значенні мова йде про міждисциплінарний напрям у дослідженні сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, що сформувався на початку 90-х рр. ХХ ст. в університетах деяких країн Європи та Північної Америки і бере витоки з праць Дж. Баглер, Дж. Босвелла, Дж. Галберстам, Д. Гальперина, М. Фуко, та з методології соціокультурних, феміністичних, гендерних і гейлесбійських досліджень [3].

Щоправда, Суд у своїх рішеннях термін «квір» не вживає. Проте з огляду на те, що коло справ, які розглядаються Судом у контексті статевої ідентичності заявників, не обмежується винятково справами за зверненнями представників сексуальних меншин, у цілях цієї статті для узагальненого позначення цих заявників доцільно, мабуть, використовувати термін «квіри».

**Практика Суду щодо захисту прав «квірів».** Як відомо, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) права «квірів» безпосередньо не закріплює. До 1981 року позиція конвенційних органів – Комісії та Суду – щодо захисту прав цих осіб на повагу до приватного та сімейного життя (ст. 8 Конвенції) була негативною. Так, Комісія вважала, що Конвенція надає державам-учасницям право переслідувати у кримінальному порядку гомосексуальні відносини між чоловіками з метою захисту здоров'я чи моралі (*X. проти Німеччини*, 1955). Однак після прийняття Парламентською асамблеєю Ради Європи (далі – РЄ) 1 жовтня 1981 р. Резолюції 756 (1981) про

дискримінацію гомосексуалістів, в якій було визнано право людини з досягненням встановленого національним законом віку на сексуальне самовизначення, а також відкидалося визнання гомосексуалізму психічним розладом [4], судова практика змінилася. Вже 22 жовтня того ж року Суд прийняв рішення у справі *Даджен (Dudgeon) проти Сполученого Королівства*, яким визнав порушення права на повагу до приватного життя існування законів, що передбачають кримінальну відповідальність за добровільні гомосексуальні акти, а самих гомосексуалістів, які живуть у страху застосування до них заходів державного примусу, – потенційними жертвами вказаного порушення [5].

З того часу практика Суду щодо «квірів», особливо гомосексуалістів, суттєво збагатилася. Аналогічну до справи *Даджена* позицію Суд зайняв, розглядаючи, зокрема, справи *Хоппик (Norris) проти Ірландії* (1988), *Модинос (Modinos) проти Кіпру* (1993), *A.D.T. проти Сполученого Королівства* (2000). В останній Суд визнав неправомірним кримінальне переслідування й засудження заявника за групові сексуальні стосунки, що мали суто приватний характер. А у справі *Ласкі, Джеттард і Браун (Laskey, Jaggard and Brown) проти Сполученого Королівства* (1997), в якій заявники стверджували, що їх засудження у зв'язку із заняттям жорстокими гомосексуальними садомазохістськими актами, є порушенням права на повагу до приватного життя, Суд вказав, що не кожна сексуальна активність, яка здійснюється за зачиненими дверима, підпадає під дію ст. 8 Конвенції. Суд висловив сумніви у тому, чи входили такі акти у сферу приватного життя через їхній організований, масштабний характер, фіксування за допомогою камер і з огляду на розповсюдження відповідних відеозаписів серед «членів» групи. Він дійшов висновку про те, що, навіть припускаючи наявність стверджуваного втручання, слід вважати його необхідним у демократичному суспільстві, оскільки воно було здійснене за допомогою пропорційних засобів, для досягнення легітимної мети – захисту здоров'я у зв'язку з екстремальним характером практик заявників, а не через їхню сексуальну орієнтацію (§§ 36, 49-50).

Позиція Суду в останній справі наводить на думку, що, якщо би садомазохістські практики заявників були менш масштабними, не такими жорстокими і не передбачали гіпотетичну можливість їхньої публічної демонстрації, такі практики теж могли би отримати захист відповідно до ст. 8 Конвенції.

У справі *Салгуйейро да Сільва Моута (Salgueiro da Silva Mouta) проти Португалії* (1999), в якій заявник скаржився на те, що націо-

нальні суди надали опіку над його донькою колишній дружині, а не йому, на тій підставі, що він жив спільно з чоловіком, чи не вперше у практиці Суду було встановлено дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації у зв'язку з правом на повагу до приватного життя. Такою ж дискримінативною Судом було визнано відмову держави у дозволі на усиновлення дитини жінкою, яка перебувала у сталих одностатевих відносинах, про що вона зазначила у документах, поданих для усиновлення (*E.V. проти Франції*, 2008). Однак до цього у схожій до попередньої справі *Frette (Fretté) проти Франції* (2002) Суд чотирма голосами проти трьох встановив, що порушення ст. 14 у поєднанні зі ст. 8 Конвенції допущено не було. У цій справі національні органи відмовили заявнику у наданні дозволу на усиновлення дитини з огляду на «спосіб його життя», а також на неможливість забезпечити належні з освітнього, психологічного та сімейного погляду гарантії такого усиновлення. Тому заявник вважав себе дискримінованим за ознакою сексуальної орієнтації. Суд встановив факт такої дискримінації, але визнав наявність для неї законної мети – захисту здоров'я та прав дітей, яких могла торкнутися процедура усиновлення. Суд також зазначив, що наукові кола – особливо фахівці з питань дитячої опіки, психіатри та психологи – не мають єдиної думки щодо можливих наслідків виховання дітей одним чи кількома гомосексуальними батьками (§§ 32-34, 37-38, 42).

У серпні 2010 року Суд визнав прийнятною заяву лесбійнок *Гас і Дюбуа (Valerie Gas and Nathalie Dubois) проти Франції* щодо ненадання державою дозволу на так зване внутрішньосімейне усиновлення В. Гас дитини, народженої Н. Дюбуа від анонімного донора. Справа очікує розгляду Судом. І хоча стосовно визнання батьківських прав за жінкою, яка брала участь у вихованні дитини (народженої внаслідок штучного запліднення від донора) та перебувала в одностатевих відносинах з її матір'ю, Комісія у 1992 році висловилася негативно (*Kerkhoven і Гінке (Kerkhoven and Hinke) проти Нідерландів*), однак з огляду на описану вище практику Суду та на тенденцію до визнання ним одностатєвого партнерства веденням сімейного життя у розумінні ст. 8 Конвенції, про що йтиметься далі, видається, що Суд у справі Гас і Дюбуа може встановити порушення ст. 14 у поєднанні зі ст. 8 Конвенції.

Негативною свого часу була і практика Суду щодо надання батьківських прав транссексуалам. У рішенні в справі *X, Y і Z проти Сполученого Королівства* (1997), в якій транссексуал X (жіночої статі від народження) проживав спільно з Y та її дитиною Z, зачатого шляхом

штучного запліднення від донора, Суд вказав, що в Європі немає інституту надання батьківських прав транссексуалам, і держава має широкі межі розсуду в цій сфері (§ 44). Суд встановив, що для X не було перешкод діяти як батько Z у соціальному сенсі: він жив з дитиною, забезпечуючи їй та Y емоційну і фінансову підтримку; він був вільним представляти себе дитині та іншим особам батьком і дати їй своє прізвище. Крім того, згідно з англійським законом X разом з Y могли подати заявку на спільне проживання із Z, що автоматично поклало би на них повну батьківську відповідальність за дитину (§ 50). З огляду на це, а також на відсутність у державах-учасниках Конвенції єдиного підходу до вирішення наукових, юридичних, моральних і соціальних проблем, породжених транссексуальністю, Суд не вбачав обов'язку відповідача формально визнати батьком дитини особу, яка не є її біологічним батьком.

Еволюціонувала і практика Суду щодо захисту прав «квірів» на повагу до сімейного життя. Відносини між представниками однієї статі тривалий час не визнавалися Судом сімейними, як і не охоплювалися вказаним правом можливість транссексуалів створювати сім'ю з представниками протилежної до тієї, що була у заявників при народженні, статі.

Вже у 1983 році у справі *X та Y проти Сполученого Королівства* Комісія констатувала, що, незважаючи на сучасну еволюцію сприйняття гомосексуальності, відносини в одностатєвій парі охоплюються правом на повагу до приватного життя, але не визнаються сімейним життям.

У 2002 році А. Ковлер зазначав, що питання про форми сучасної сім'ї право залишає відкритим, не дивлячись на сміливі законодавчі експерименти у низці країн [6, с. 425]. Саме ці «експерименти» призвели до того, що застосовувана з 1983 року позиція Суду минулого року змінилася. У рішенні в справі *Шалк і Конф (Schalk and Kopf) проти Австрії* (2010) Суд, відмовивши у визнанні порушень прав заявників за ст. 12 і ст. 14 у поєднанні зі ст. 8 Конвенції, констатував, що підтримання думки про те, що одностатєві пари, на противагу різностатєвим, не можуть вести сімейне життя у сенсі ст. 8 Конвенції, є штучним. Тому відносини заявників, які мають стабільне фактичне одностатєве партнерство, охоплюються поняттям «сімейне життя» за аналогією з такими ж відносинами різностатєвої пари (§ 94). Суд мотивував свою позицію тим, що у багатьох державах-членах РЄ відбувся швидкий розвиток соціальних норм стосовно одностатєвих шлюбів, частина цих держав

юридично визнали такі шлюби (Бельгія, Іспанія, Нідерланди, Норвегія, Португалія, Швеція), а також тим, що поступ у визнанні сімейними одностатевих відносин здійснив і Європейський Союз (§§ 26-30, 93).

Вказана «новаторська» позиція Суду менш ніж через місяць знайшла продовження і в його рішенні у справі *P.B. і J.S. проти Австрії* (2010) щодо права на страхове відшкодування в одностатевому партнерстві нарівні з партнерством різностатевим.

Суттєвої еволюції зазнав і захист Судом права на спадкування майна одним із одностатевих партнерів після смерті іншого. Так, у справі *S. проти Сполученого Королівства* (1986) Комісія визнала відповідне звернення неприйнятним. Така практика була поширеною, доки Суд у справі *Карнер (Karner) проти Австрії* (2003) її не змінив, визнавши в аналогічній ситуації порушення ст. 8 у поєднанні зі ст. 14 Конвенції. А нещодавно Суд підтвердив цю практику у справі *Козак (Kozak) проти Польщі* (2010), вказавши, зокрема, що, намагаючись захистити традиційну сім'ю, держава повинна враховувати розвиток суспільства, зміни у сприйнятті соціальних проблем, у тому числі той факт, що не існує єдиного способу реалізації права на приватне та сімейне життя (§ 98). Відтак, оскільки вказане рішення винесено щодо держави-сусіда України, до того ж, сусіда з багатовіковими католицькими традиціями, які не допускають визнання одностатевих відносин, не складно припустити, що стосовно України практика Суду з аналогічних справ відрізнятися не буде.

Дискримінаційним Суд визнав встановлення у національному законодавстві різного віку для добровільного вступу у гетеросексуальні й у гомосексуальні відносини (*L. і V. проти Австрії*, 2003; *S.L. проти Австрії*, 2003; *B.V. проти Сполученого Королівства*, 2004), а заборону на проведення публічних заходів, спрямованих на підтримку гомосексуалістів, – порушенням свободи зібрань і об'єднання (*Бачковський та ін. (Bączkowski and Others) проти Польщі*, 2007; *Алексєєв (Aleksyev) проти Росії*, 2010). В аспекті права на повагу до приватного життя Суд захищає і трудові права сексуальних меншин (*Люстиг-Прін і Бекетт (Lustig-Prean and Beckett) проти Сполученого Королівства*, 1999; *Сміт і Грейді (Smith and Grady) проти Сполученого Королівства*, 1999; *Перкінс (Perkins) і R. проти Сполученого Королівства*, 2002; *Бек, Конн і Базелі (Beck, Conn and Bazeley) проти Сполученого Королівства*, 2002).

Окрему категорію справ щодо права на шлюб і гарантування поваги до приватного життя становлять справи за зверненнями транссексуалів. У першій такій справі (*Ван Оостервійк (Van Oosterwijk) проти*

*Бельгії*, 1980) Суд встановив невичерпання заявником всіх національних засобів юридичного захисту і не розглянув звернення по суті. Однак перед цим Комісія висловила думку, що хоча в Конвенції та у національних правових системах поняття шлюбу та сім'ї фактично тотожні, ніщо не свідчить на користь такого висновку. Комісія не визнала як те, що здатність до відтворення є основною умовою шлюбу, так і те, що саме відтворення є головною метою шлюбу. Крім того, вказала, що сім'я завжди може бути заснована шляхом усиновлення дітей [7].

У справах *Різ (Rees) проти Сполученого Королівства* (1986), *Коссі (Cossey) проти Сполученого Королівства* (1990), *Шеффілд і Горшем (Sheffield and Horsham) проти Сполученого Королівства* (1998) Суд, пославшись на «традиційну концепцію шлюбу», засновану на біологічних критеріях визначення статі, відмовив транссексуалам у захисті прав, зокрема, прав на шлюб і на повагу до приватного життя. Однак у 1992 році у справі *B. проти Франції* заявниця наполягала на тому, що її ситуація є відмінною від розглянутих на той час аналогічних за фавбулою справ *Різа та Коссі* з огляду на нові наукові, правові та соціальні чинники, а також на суттєві відмінності у правовому регулюванні у Франції та Сполученому Королівстві, внаслідок існування яких у Франції транссексуали перебувають у гіршому становищі. І Суд такі відмінності встановив, визнавши порушення права заявниці на повагу до її приватного життя (§§ 45-63).

Кардинальна ж зміна практики Суду у справах транссексуалів відбулася 11 липня 2002 року з прийняттям рішень у справах *Крістін Гудвін (Christine Goodwin) проти Сполученого Королівства* та *I. проти Сполученого Королівства*, в яких було визнано порушення відповідачем ст.ст. 8 і 12 Конвенції та констатовано, зокрема, недопустимість позбавлення транссексуалів права на вступ у шлюб з особою протилежної до їхньої нової статі. У § 100 і § 80 рішень у відповідних вищевказаних справах Суд висловив сумнів у тому, що право чоловіка та жінки на одруження, закріплене у ст. 12 Конвенції, можна тлумачити, ґрунтуючись виключно на біологічному критерії. Він відзначив істотні соціальні зміни в інституті шлюбу, які мали місце від моменту прийняття Конвенції, а також звернув увагу на радикальний прорив у галузі транссексуалізму, котрий став можливим завдяки досягненням медицини та науки в цілому. Суд встановив, що біологічний фактор не може бути визначальним при вирішенні питання про юридичний статус транссексуала, оскільки очевидною є наявність й інших факторів, як-от: визнання медиками та відповідними органами держав-учасниць



Конвенції стану порушення статевої ідентичності; забезпечення лікування, зокрема через хірургічне втручання, котре дозволяє максимально надати відповідній особі ознак статі, яку вона набуває; індивідуальна оцінка транссексуалом своєї нової соціальної ролі.

**Деякі висновки.** Проаналізована практика Суду свідчить про його схильність, захищаючи права людини, поступово нівелювати різницю між домінуючою, традиційною гетеросексуальністю, з одного боку, та, зокрема, маргінальними гомосексуальністю і трансгендерністю – з іншого. Ця практика свідчить, окрім іншого, що гомосексуалізм рухається, як зазначає Дж. Долімор, «від периферії до центру, від конструкції до присутності...»; ця присутність спершу несмілива, непевна, але зрештою починає становити виклик, і то саме тому, що «влада» створила її, стала залежною від неї, охопила її» [8, с. 332]. Те саме, як видається, стосується і бісексуалізму та трансгендерності. Підтвердження цьому можна спостерігати й у США: там у липні цього року у штаті Каліфорнія було прийнято спрямований на подолання гомофобії закон, згідно з яким у школах поряд з обов'язковим висвітленням досягнень американських жінок, расових і етнічних груп, які раніше зазнавали дискримінації, повинен вивчатися позитивний внесок в історію США геїв, лесбіянок, бісексуалів і транссексуалів [9].

Упродовж останніх 30 років на європейському просторі межа між різними гендерними ідентичностями поступово стирається. І неабияке значення у цьому процесі належить Суду. Опосередковано сприяючи людям з нетрадиційною сексуальністю (наприклад, гомосексуалістам і транссексуалам), які борються не тільки за свою недискримінацію, але і за їхнє суспільне визнання, в утвердженні рівних з іншими «квірами» можливостей, Суд долучається до формування в Європі єдиної «квір-ідентичності», уподібненої у правовому полі до традиційної гетеросексуальної ідентичності. Ба більше, як би це гостро не звучало, але Суд у певному сенсі сприяє імплантації у суспільний порядок деяких маргінальних гендерних ідентичностей або, за словами М. Фуко, «вибуху неортодоксальних видів сексуальності» [8, с. 326]. І ця імплантація забезпечується, зокрема, переоцінкою негативних гендерних ідентичностей та поступово змінює межу між нормальним і ненормальним на всьому європейському просторі. Бінарне протиставлення традиційної гетеросексуальності та маргінальних гендерних ідентичностей послаблюється. Тому у світлі практики Суду залишається все менше підстав для сприйняття сексуальної поведінки «квірів» як девіантної на противагу правомірній поведінці традиційних гетеросексуалів.

Втім, наслідки цієї «праволюднної» європейської політики є, як видається, не лише позитивними. Сприяння Судом в описаних ситуаціях подоланню гомофобії є беззаперечним фактом. Проте опосередковане зрівняння у правах людей з різною нетрадиційною сексуальністю сприяє також становленню «квір-ідентичності», ідентифікація з якою представників усіх сексуальних меншин, інтерсексуалів і частини нетрадиційних гетеросексуалів (практиків БДСМ, свінгерів тощо) в майбутньому породжуватиме з розрізнених у сексуальному плані меншостей їхню «урізноманітнену більшість». Єдина, консолідована позиція такої більшості може суттєво впливати на ціннісні орієнтири відповідних суспільств, зокрема, зумовлювати нові зміни змісту й обсягу певних прав людини, наприклад, звуження сфери застосування обмежень останніх в інтересах охорони моралі, заборону вказувати в ідентифікаційних документах стать, обмеження використання різних слів на позначення пов'язаних зі статтю соціальних ролей людини (чоловік – дружина; батько – мати) тощо. Зараз вже визнається, що «індивідуалізм... послабив інститут шлюбу», «сім'ї більше не існує чи, принаймні, вона знаходиться на шляху до зникнення...» [10, с. 263, 264]. І одна з проблем полягає в тому, чи будуть «демократизовані» вказаним чином суспільства більш стабільними та краще захищеними від зовнішніх негативних впливів, ніж ті, в яких збереглися традиційні уявлення про сім'ю та соціальні, зокрема гендерні, ідентичності. Перефразовуючи Н. Рулана, який у світлі антропологічних даних вважав, що «модель нерівноправності статей є тим рішенням, до якого вдаються традиційні суспільства, щоби забезпечити свою життєздатність, бо завжди є ризик її втрати» [10, с. 268-269], можна сказати, що таким самим рішенням є також і модель нерівноправності сексуальностей. Традиційна гетеросексуальна ідентичність, яка у соціумі й нині займає, так би мовити, центральне, домінуюче становище, є вразливою до маргінальності, оскільки вона частково визначається через свою протилежність. Проте, як зазначає Дж. Долімор, у концепції зворотного дискурсу М. Фуко «про аутсайдера можна сказати, що він завжди вже перебуває всередині: повернення через обмеження від демонізованого іншого до викличної присутності» [8, с. 330]. Тому в сучасних європейських суспільствах, які, мабуть, послуговуються цією концепцією, зазначені моделі нерівноправностей навряд чи будуть реалізовані, а відтак, може видатися сумнівною і майбутня життєздатність таких соціумів...

## Список використаних джерел:

1. Джагоз А. Введение в квир-теорию / Аннамари Джагоз; [пер. М. Курцевої; отв. ред. В.Е. Кашаев]. – М.: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2008. – 208 с.
2. Квир. – <http://ru.wikipedia.org/wiki/Квир>.
3. Квир-исследования. – <http://ru.wikipedia.org/wiki/Квир-исследования>.
4. Resolution 756 (1981) on discrimination against homosexuals. – <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta81/ERES756.htm>. Зважаючи на прецедентне право Суду й інших міжнародних юрисдикцій, яке визнає сексуальну орієнтацію забороненим підґрунтям для дискримінації, а також сприяє просуванню прав трансгендерних людей, у РС загалом прийнято 6 рекомендацій (1981, 1989, 2000, ) і 2 резолюції (1981, 2010) Парламентської асамблеї, 3 рекомендації (1997, 2010) Комітету Міністрів, 1 рекомендацію (2007) Конгресу місцевих і регіональних влад і проголошено 1 тематичну доповідь (2009) Комісара з прав людини.
5. У тому ж напрямку працюють інституції Європейського Союзу. Так, у 1994 р. Європарламент прийняв резолюцію із закликом до держав-членів схвалити практику створення гомосексуальних сімей та забезпечити їм можливість усиновлення дітей. Цю резолюцію відразу розкритикував Іван Павло II, заявивши, що «парламент, на маючи на це права, удостоїв правами девіантну поведінку, яка суперечить Божому задуму» (Августин Ю. Сексуальна інтеграція: Путівник для пізнання і формування власної сексуальності / Юзеф Августин; пер. з пол. З. Городенчук. – Львів: Свічадо, 1999. – С. 180, 181).
6. Як відомо, подібне законодавство свого часу діяло і в СРСР. Ще у 1933 році (після 15 років свободи сексуальних меншин від покарань, яку принесла революція 1917 року) Президія Центрального виконавчого комітету СРСР своєю постановою визнала гомосексуалізм контрреволюційним явищем, оголосила його проявом «морального розкладання буржуазії» та запровадила кримінальну відповідальність за добровільні статеві відносини між особами чоловічої статі (Как государство карало за гомосексуализм. История вопроса. – Газета «Коммерсантъ», №93/П (3910), 02.06.2008. – <http://www.kommersant.ru/doc/898854>). І хоча зараз у державах-членах РС більше немає законодавства, що запроваджує кримінальну відповідальність за добровільний гомосексуалізм, проте дискримінація сексуальних меншин залишається досить поширеною. Цьому, за словами Комісара РС з прав людини Т. Гаммарберга, сприяє і відсутність у 9 з 47 держав-членів РС відповідного антидискримінаційного законодавства (Комиссар Совета Европы: Секс-меньшинства в Азербайджане подвержены преследованиям и насилию. – <http://lgbt-grani.livejournal.com/1006557.html>).

7. Ковлер А.И. Антропология права: Учебник для вузов / А.И. Ковлер. – М.: Издательство «Норма» (Издательская группа «Норма – Инфра-М», 2002. – 480 с.

8. Методичні рекомендації для центральних органів виконавчої влади щодо застосування в законотворчій діяльності Конвенції про захист прав і основних свобод людини, схвалені постановою колегії Міністерства юстиції України від 21 листопада 2000 р. № 40. – <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0040323-00&p=1310734515519015>.

9. Долімор Дж. Сексуальне дисидентство / Джонатан Долімор; [пер. з англ. І. Гарник, П. Таращук]. – К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2004. – 558 с.

10. Pilkington Ed. California set to put US gay and lesbian history on public school curriculum. – <http://www.guardian.co.uk/world/2011/jul/06/california-gay-lesbian-schools-curriculum>.

11. Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов / Норбер Рулан; [пер. с фр.; отв. ред. В.С. Нерсесянц]. – М.: Издательство «Норма», 1999. – 310 с.

## К ВОПРОСУ ОБ АНТРОПОЛОГИЧЕСКИХ СЮЖЕТАХ В ПРАКТИКЕ СТРАСБУРГСКОГО СУДА

*Д. Гудыма*

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко,  
г. Львов, ул. Университетская, 1, e-mail: hudym@mail.ru*

В статье на примере защиты Страсбургским судом прав «квиров» рассматриваются некоторые антропологические сюжеты в практике этого Суда. Автор приходит к выводу, что Суд, защищая права человека, склоняется к постепенному нивелированию различий между доминирующей, традиционной для определенного государства или группы государств гетеросексуальностью, с одной стороны, и, в частности, маргинальными гомосексуальностью и трансгендерностью – с другой. А опосредованное уравнение в правах людей с различной нетрадиционной сексуальностью способствует также становлению «квир-идентичности», идентификация с которой представителей всех сексуальных меньшинств, интерсексуалов и части нетрадиционных гетеросексуалов (практиков БДСМ, свингеров и т.п.) в будущем будет порождать из разрозненных в сексуальном плане меньшинств их «разнообразное большинство».

*Ключевые слова:* Европейский суд по правам человека, «квир», гендерная идентификация, сексуальная ориентация, «квир-идентичность», право на уважение частной и семейной жизни, право на вступление в брак.

## ON THE ISSUE OF ANTHROPOLOGICAL PROBLEMS IN PRACTICE OF STRASBOURG COURT

**D. Hudyma**

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Lviv, Universytetska Str., 1, e-mail: hudym@mail.ru*

In the article some anthropological issues in practice of the Strasbourg Court are presented. The author discusses the queer rights protection by this Court and concludes that the Court, defending human rights, is leaning towards a gradual levelling of the differences between the dominant, traditional for a particular state or group of states heterosexuality, on the one hand, and, among other things, the marginalized homosexuality and transgender – on the other. And indirect making equal rights of people with different non-traditional sexuality promotes the establishing of “queer identity”, identification with which by all sexual minorities, intersexuals and the part of non-traditional heterosexuals (BDSM practitioners, swingers, etc.) will establish from these scattered minorities the “varied majority” in the future.

*Keywords:* the European Court of Human Rights, «queer», gender identity, sexual orientation, «queer-identity», the right to respect for private and family life, the right to marry.

## ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ИСТОРИИ РОССИЙСКОЙ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ XVIII-XIX ВВ.

**А. Дидикин**

*Новосибирский национальный исследовательский  
государственный университет,  
г. Новосибирск, ул. Пирогова, 2, e-mail: abdidikin@bk.ru*

Современный этап развития конституционного развития России обусловлен существенными изменениями в механизме конституционно-правового регулирования общественных отношений. Перспективы модернизации социально-экономической, политической и правовой систем российского общества в настоящее время определяются не только объективными закономерностями инновационного развития государств в условиях глобализации и европейской интеграции, но и процессами сближения правовых систем современности [1, с. 10]. Такая тенденция становится особенно актуальной в контексте смены приоритетов и целей конституционно-правового регулирования, перехода от традиционного противопоставления интересов личности, гражданского общества и государства в рыночной экономике к закреплению *социальных ценностей* и обеспечению реальных механизмов действия конституционных норм в различных сферах общественной жизни. Опыт проведения радикальных демократических преобразований в правовой системе российского общества свидетельствует о необходимости научного осмысления «проблем соотношения личности и государства, прав человека, их обеспечения и защиты как внутри страны, так и на международном уровне» [2, с. 3]. В связи с этим изучение исторических и теоретико-методологических аспектов формирования концепций прав человека в российской конституционно-правовой традиции позволяет реализовать конструктивную функцию теории конституционализма, выявить уровень реального воздействия науки конституционного права на правотворчество и правоприменение.

Формирование конституционно-правовой традиции в России происходит в XVIII в. в процессе дифференциации политико-правовых знаний о государстве и праве и завершается в начале XIX в. условиях формирования отраслевых юридических наук и отраслей права, разработки конституционных проектов реформирования государственного строя и систематизации законодательства Российской империи. Как

отмечает В.А. Томсинов, юридическая наука «в течение длительного времени, даже после того как право стало писанным, не имела теоретического характера и существовала как сугубо практическая деятельность, необходимая для обслуживания механизма формирования и функционирования права, – как совокупность практических навыков обращения с правовым материалом» [3, с. 89]. Однако и к началу XIX в. юридические знания традиционно составляют неотъемлемую часть комплекса философских знаний и представлений о природе, обществе и человеке. По мнению Н.А. Богдановой, причиной такого состояния являлось «отсутствие сложившейся отрасли позитивного права, которая регулировала бы вопросы власти, правового положения сословий, взаимоотношения верховной власти и подданных» [4, с. 9].

Реформы Петра I были направлены на реформирование и совершенствование системы государственного управления. Признание закона единственным источником права способствовало возрастанию роли законодательства в политике самодержавной власти. В частности в указе Петра I от 17 апреля 1722 г. проявились стремления ввести принцип законности в структуру государственного управления с целью обеспечения неукоснительного соблюдения предписаний действующих законов. Еще в 1714 г. по инициативе Петра I был издан указ о всенародном объявлении и распространении текстов нормативных актов, которые доводились до сведения органов управления, зачитывались в церквях и на площадях городов и селений [5]. Позднее в 1761 г. Сенат постановил, чтобы указы помимо обнародования печатались в едином источнике [6]. В связи с активизацией законодательной деятельности в эпоху Петра I предпринимаются попытки создания свода законов, нормы которого были бы согласованы с действующим Соборным уложением 1649 г. В дальнейшем деятельность комиссий по систематизации законодательства неоднократно возобновлялась в период 1714–1727 гг., но не привела к созданию единого свода законов [7, с. 1-8].

После неудачной попытки осуществления государственного переворота 1730 г. (подписания императрицей Анной Иоанновной «Кондиций») российская конституционно-правовая традиция вступила в новую стадию своего развития. Уже в начале 80-х гг. XVIII в. Н.И. и П.И. Панины выступили за разработку в России фундаментальных государственных законов (1784 г.), без которых монарх «зиждет на песке свои здания», «ясность их должна быть такова... чтоб из них монарх и подданный равномерно знали свои должности и права», «государь есть первый служитель государства». Ранее Екатерина II в «Наказе»

Комиссии о составлении нового Уложения Российского, опираясь на христианские заповеди и идеи французских просветителей, декларировала в качестве политических ценностей «добро», «честность», необходимость видеть граждан России «охраняемых законами», и равенство этих граждан перед законами, запрещение «богатым удручать меньшее их стяжание имеющих» [8]. Она писала о том, что «вольность есть право все то делать, что законы дозволяют», и провозглашала Россию европейской державой. Тем самым, несмотря на сохранение правовых основ абсолютизма впервые в российской истории на государственном уровне в «Наказе» был поставлен социальный вопрос – о защите бедных от богатых; были даны рекомендации и помещикам так облагать податями и повинностями крестьян, чтобы это не наносило ущерба их хозяйствам и не вело к разорению государства в целом.

К концу XVIII в. среди конституционных проектов появляется записка А.А. Безбородко, которая стала достоянием русской правящей элиты и императора Павла I. Провозгласив, что «Россия есть самодержавное государство», А.А. Безбородко вновь развивает мысль, которая содержалась в проектах П.И. Шувалова, Н.И. и П.И. Паниных, «Наказе» Екатерины II, что беспредельная власть дана монарху «не для того, чтобы управлять делами по прихотям», но чтобы «держат в почтении и исполнении законы предков своих и самим им установленные» [9, с. 115-119].

Высказываясь за сохранение крепостной системы, автор предполагает ввести в России правовое регулирование положения крестьян, подчеркивает значение закона Павла I от 1797 г. об ограничении барщины и предлагает ряд статей, направленных на поддержку крестьянства. Среди них А.А. Безбородко пишет о необходимости запретить продажу деревень без земли как «невольничество», о том, что «движимость всякая составляет неотъемлемую собственность крестьянскую». А.А. Безбородко выступает за появление практики отпуска крестьян на волю с тем, чтобы они, «вне мнимого равенства, порожденного разворотом» французской революции, сами продвигались от «меньшего» к «большему». Как отмечает А.Н. Медушевский, буржуазный принцип свободы и само утверждение прав личности здесь определенно превалирует над революционными утопиями [10].

В XVIII в. в русской политико-правовой мысли под влиянием идей классического либерализма (Дж. Локк, Ш.Л. Монтескье) и философии европейского (Ж.Ж. Руссо, Ч. Беккариа) и американского Просвещения (Т. Пейн, Т. Джефферсон), а также теорий естественного права

XVII-XVIII вв. (Г. Гроций, С. Пуффендорф) появляются оригинальные правовые концепции с целью теоретического осмысления исторического развития государственно-правовых институтов и эволюции представлений о праве в различных слоях населения Российской империи. Либеральные воззрения первоначально разрабатываются в рамках политико-правовой доктрины «просвещенного абсолютизма» (Ф. Прокопович, В.Н. Татищев) и оказывают влияние на практику конституционного правотворчества после государственного переворота 1730 г. [11]. Тем самым данный период характеризуется формированием *рационально-метафизической традиции* в методологии правоведения, исходными предпосылками которой являются представление о естественных и неотчуждаемых правах человека, неизменных и обладающих абсолютной ценностью, а также идея общественного договора как способа ограничения государственной власти.

В XVIII веке юриспруденция традиционно рассматривается как составная часть практической философии. Как отмечает Я.П. Козельский, практическая философия, «в которой преподаются правила, по которым человек дела свои и поступки располагать должен», включает в себя юриспруденцию («знание всех возможных прав») и политику («наука производить праведные намерения») [12]. Отсюда ее интерпретация как «нравоучительной философии» и стремление русских просветителей внести этический смысл в содержание государственных законов и политики. Однако С.Е. Десницкий впервые указывает на различие между «натуральной юриспруденцией», содержащей сведения о всеобщих и неизменных причинах «всех законов и правлений», и «положительной юриспруденцией», изучающей систему законов и судебные решения в сравнительно-правовом аспекте [13]. Тем самым предмет натуральной юриспруденции в концепции С.Е. Десницкого составляют общественные отношения, связанные с происхождением и организацией государственной власти, правовым статусом человека и гражданина и обеспечением общественного порядка. В широком смысле предмет юриспруденции в данный период дополняется «правом народов» и «правом гражданским» (Я.П. Козельский), а также изучением правовых форм административно-территориального устройства государства (А.Н. Радищев).

В естественно-правовых концепциях русского Просвещения значительное внимание уделено правовому статусу человека и гражданина (С.Е. Десницкий, Я.П. Козельский, А.Н. Радищев). При этом в творчестве А.Н. Радищева идеи классического либерализма приобретают

социально-политическое содержание с опорой на революционное преобразование общества. Рассматривая человека в единстве природных и социальных качеств, А.Н. Радищев различает естественный и «узаконенный» статусы. Естественный статус состоит в наличии у индивида «единственных» прав: «права единственные суть те, кои принадлежат собственно и особо каждому человеку, в единственном его положении, без всякого отношения» [14, с. 555]. Соответственно, в естественном состоянии индивид обладает правом на «сохранность личную» (личную неприкосновенность), на «личную вольность» (равенство граждан перед законом и судом) и собственность. Эти права неотчуждаемы и «закон определяет безбедное только оных употребление» [14, с. 556]. Однако необходимым условием свободного осуществления прав человека является учреждение общественных институтов и государства, так как именно в обществе «естественное право заключает в себе всю возможность деяния, и есть неограниченно».

Однако представления А.Н. Радищева о правовом статусе гражданина противоречивы. Он признает сословное деление общества и правовое неравенство сословий, а также неограниченный характер полномочий самодержавной власти. Но при этом в «Проекте для разделения Уложения Российского» Радищев последовательно отстаивает неотъемлемые права граждан на свободу мысли, слова и действий, на собственность, самозащиту и равенство перед законом и судом [15]. Впоследствии при разработке проектов либеральных преобразований М.М. Сперанский оставит неизменным именно сословное неравенство. И лишь сторонники радикального реформирования государственного строя Российской империи теоретически обосновывали необходимость полной отмены сословных привилегий (А.Н. Куницын, П.И. Пестель и др.).

В этом смысле предметом дискуссий второй половины XVIII в. становится понятие и правовая природа «государственных законов». Основанием правовой системы у русских просветителей является общественный договор, который не только налагает обязательства и легализует отношения между властью и обществом, но и представляет собой источник государственных законов. Как отмечает Д.И. Фонвизин, «верховная власть вверяется государю для единого блага его подданных» [16, с. 173]. Но при этом сохраняются механистические представления о государстве как «политической машине» (В.В. Попугаев, А.Н. Радищев), одушевленной конституцией и законами [17, с. 299]. Существование общественного договора предполагает добровольные ограничения свободы индивида и полномочий верховной вла-

сти, предусмотренные государственными законами. Но обоснование степени возможного вмешательства монархической власти в частную жизнь граждан и пределов законодательных ограничений фактически определяется политическими взглядами конкретного мыслителя. В концепции «просвещенного абсолютизма» (Ф. Прокопович) подданные лишены прав, которые они уступили монарху. Отсюда следует утверждение Ф. Прокоповича о том, что «власть верховная от самого естества начало и вину приемлет...естество учит нас и о повиновении властем должном», и вывод на основе теории естественного права: «власть державная естественному закону есть нужна» [18, с. 82]. Поэтому сторонник «просвещенного абсолютизма» В.Н. Татищев не оговаривает характер ограничений верховной власти, указывая на такие признаки закона как «внятность», общеизвестность и справедливость, то есть соответствие закона этическим принципам естественного права [19, с. 121, 125]. В этом смысле А.Н. Радищев в предмет правового регулирования включает множество отношений материальной и духовной жизни индивида («нравы, вера, воля, имя и сохранность граждан»), считая, что законы способствуют улучшению нравов [20, с. 549].

А Д.И. Фонвизин полагает, что фундаментальные законы должны обеспечивать «вольность» и «собственность» граждан. Неслучайно «Наказ» Екатерины II впоследствии будет содержать положение о том, что «законы весьма сходственные с естеством суть те, которых особенное расположение соответствует лучше расположению народа, ради которого они учреждены» [21, с. 2]. Многие положения «Наказа» Екатерины II Комиссии по составлению проекта Уложения Российского были восприняты у европейских просветителей (Ш.Л. Монтескье, Ч. Беккариа и др.) и предполагали предоставление широкой инициативы подданным. Однако игнорировались теория общественного договора, концепции разделения властей и парламентаризма. Многочисленные дебаты о проекте Уложения Российского показали, что дворяне не желали уступать своих прав и привилегий [22].

Тем не менее, разработки русскими просветителями широкого круга государственно-правовой проблематики и переосмысление с учетом национальной специфики западноевропейского и американского конституционализма не были восприняты на практике, о чем свидетельствуют неудачные по существу попытки кодификации русского законодательства в деятельности Комиссий по составлению проектов Уложения Российского.

В первой половине XIX века идея народовластия становится основополагающим принципом конституционно-правовых исследований, в которых обосновывается необходимость реформирования государственного строя в сторону конституционной монархии (М.М. Сперанский, А.П. Куницын, Н.М. Муравьев), либо республики (П.И. Пестель) [23]. И М.М. Сперанский отмечает, что «мнение народное есть первая стихия, первая деятельная сила конституции» [24, с. 21]. Поэтому его «План государственного преобразования» направлен на реализацию конституционных принципов разделения властей (Государственная Дума, Сенат, Государственный Совет и император), представительного правления и верховенства закона [25]. Таким образом, конституционно-правовые идеи русских просветителей в XIX веке детально разрабатываются при подготовке конституционных проектов (Государственная уставная грамота 1820 г.), Полного собрания законов и Свода законов Российской империи.

Однако формирование научных представлений об объекте и предмете конституционно-правового регулирования на рубеже XVIII-XIX вв. происходит на основе рецепции идей американского конституционализма и теоретического осмысления событий ранней американской истории.

Исторические предпосылки формирования и развития американской политико-правовой мысли в отличие от Великобритании и европейских стран имели специфический характер. Несмотря на рецепцию английского общего права и права справедливости и их теоретического истолкования У. Блэкстоном в колониальный период, бурные события ранней американской истории способствовали не только созданию демократической государственности, но и привели в конечном итоге к разрыву с ранее действовавшей английской правовой системой. Американские мыслители XVIII-XIX вв. синтезируют в своих учениях религиозные идеи пуританизма и светские идеалы европейского и английского конституционализма, что послужило идеологической основой для восприятия американской революции в сознании людей. Специфика социально-исторических условий проявляется в теоретическом обосновании и практической реализации особой модели государственного управления, которая получила название «американского конституционализма». Это не только последовательное проведение принципа разделения властей, системы «сдержек и противовесов», судебного конституционного контроля в системе государственных органов, но и наличие множества правовых систем в штатах наряду с федеральной правовой системой [26].

Развитие политико-правовой мысли в США в XVIII-XIX вв. в своей основе содержит различные идейные предпосылки: теории естественного права и общественного договора, концепции государственного суверенитета в условиях федеративного устройства, доктрины «господства права» и судебного конституционного контроля с опорой на философские учения европейского Просвещения, позитивизма, социального дарвинизма. В период войны за независимость 1775-1783 гг. американские просветители разделились на два лагеря в вопросе о природе и происхождении государства – «федералистов» (А. Гамильтон, Дж. Мэдисон, Дж. Джей) и «демократов» (Т. Джефферсон, Т. Пейн). Представления о возникновении государства из общественного договора обусловили политическую значимость вопросов о субъекте общественного договора и естественно-правовой природе правового статуса граждан. А. Гамильтон отстаивал позицию, согласно которой договор заключен между «правительством» и гражданами для обеспечения «абсолютных» прав граждан, таких как право на жизнь, личную свободу и собственность. Федералистская аргументация Дж. Мэдисона также направлена на обоснование роли правительства как договаривающейся стороны: «сначала нужно, чтобы правительство было в состоянии контролировать управляемых, а уж затем обяжите его контролировать себя» [27]. Поэтому идеи единого суверенитета федеративного государства США, ограничения «тирании большинства» и стабильности американской конституции были ключевыми в теории «федералистов».

Американские «демократы» отвергали такую трактовку роли правительства, отстаивая идею народного суверенитета. В концепциях Т. Пейна и Т. Джефферсона общество является «данностью», совместным существованием индивидов, которые в условиях недостатка добродетели и насилия правителей решают вступить в общественный договор с целью создания гражданского, правового общества. В этом смысле государство возникает как результат соглашения и, по мнению Т. Пейна, «сами индивиды, каждый в соответствии со своим личным и суверенным правом, вступили в договор друг с другом для правительства; и это единственный способ, каким имеют право создаваться правительства, и единственная основа, на которой они вправе существовать» [28]. Поэтому правительство является следствием договора, заключаемого между членами общества, и оно не может быть договаривающейся стороной, «ибо это означает поставить следствие раньше причины: ведь поскольку до возникновения правительств должен был

существовать человек, значит, было обязательно такое время, когда никаких правительств не было и в помине и, стало быть, не могли существовать и правители, с которыми заключался этот договор» [29].

Целью учреждения государства являются гарантии естественных прав человека. Как отмечал Т. Джефферсон, при вступлении в договор люди помимо естественных прав на жизнь, свободу и стремление к счастью приобретают гражданские права, которые обеспечиваются лишь обществом в целом. Таким образом, в государственном состоянии гражданские права в юридической форме выражают часть естественных прав людей [30].

Война за независимость США 1775-1783 гг., образование конфедерации 13 суверенных американских штатов в 1777 г., а в 1787 г. – единого федеративного государства США в русской просветительской литературе и публицистике оцениваются как реальная попытка реализации принципов конституционализма на практике (Н.И. Новиков, А.Н. Радищев и др.) [31]. Кроме того, конституционно-правовые акты об образовании американского государства используются с учетом национальной специфики в правовых учениях А.Н. Радищева, А.П. Куницына и декабриста Н.М. Муравьева.

Сравнительно-правовой анализ конституционных воззрений американских и русских мыслителей позволяет сделать вывод, что в отличие от представителей европейского Просвещения политические деятели США и России вносят существенные изменения в содержание принципов конституционализма:

1. *Принцип верховенства Конституции* (у А.Н. Радищева – Уложение Российского) предполагает наличие единого нормативно-правового акта, обладающего высшей юридической силой и прямым действием, в котором закреплены основы государственного строя, права и свободы граждан с особым порядком внесения поправок в данные конституционно-правовые нормы. Т. Пейн в трактате «Права человека» указывал, что конституция – это акт не правительства, а народа, своим решением учреждающего органы власти. Поэтому представление о народе как источнике власти прослеживается в концепциях и американских просветителей – «демократов» (Т. Джефферсон, Т. Пейн) и «федералистов» (А. Гамильтон, Дж. Мэдисон, Дж. Джей), и русских мыслителей (А.Н. Радищев, Н.М. Муравьев) [32].

2. *Принцип приоритета прав человека*. Наличие у индивида естественных и неотчуждаемых прав признается в равной степени американскими и русскими мыслителями. Различным является пере-

чень этих прав. В американской конституционной теории естественные права человека (право на жизнь, свободу и счастье в понимании Т. Джефферсона) в государственном состоянии дополняются совокупностью гражданских прав (право собственности, неприкосновенность личности и имущества и т.д.). Н.М. Муравьев в проекте Конституции уделяет внимание обеспечению права собственности и избирательных прав граждан.

3. *Принцип разделения властей.* Американская система разделения властей между двухпалатным Конгрессом, Президентом и Верховным судом и республиканская форма правления переосмысляются русскими мыслителями при обосновании необходимости перехода в российских условиях к конституционной монархии. И если в проекте А.Н. Радищева разделение властей практически отсутствует, то Н.М. Муравьев в большей степени следует американской модели управления при описании полномочий двухпалатного Народное вече, императора и судебных инстанций [33].

4. *Принцип федерализма.* Для американского конституционализма характерна определенная эволюция от независимости штатов в условиях конфедерации (ст. 2 Статей конфедерации 1777 г.) к единому суверенитету США как федеративного государства (ст. 1 Конституции США). Обоснование «федералистами» теории разделенного суверенитета о возможности самоуправления штатов во внутренних делах впоследствии послужило основой для принятия десятой поправки к Конституции США. Эта модель федеративного устройства используется и в проекте Конституции Н.М. Муравьевым.

Однако специфика исторических условий развития Российской империи и США на рубеже XVIII – XIX вв. позволяет выявить и существенные различия. Конституция США и Билль о правах до середины XIX века оставляют неизменной рабовладельческую форму хозяйства в южных американских штатах и фактическое бесправие коренных жителей Америки. В русской конституционно-правовой мысли только декабристы (П.И. Пестель, Н.М. Муравьев) последовательно отстаивают принцип равноправия граждан. Но конституционно-правовая доктрина декабристов – неоднородное явление и помимо проекта реформирования государственного строя в сторону конституционной монархии (Н.М. Муравьев) содержит более радикальный проект будущего общественного устройства в государственно-правовой концепции П.И. Пестеля, которое основывается на принципе прямого народовластия.

Из естественно-правовой теории П.И. Пестель выводит право граждан на свержение власти, не отвечающей их интересам, и на установление такой формы государства, которая соответствовала бы природе человека. В «Русской правде» П.И. Пестель подчеркивает, что цель государства «состоит в благоденствии всего общества вообще и каждого из членов в особенности» [34, с. 3]. Эта цель наилучшим образом реализуется в условиях республиканской формы правления. Поэтому П.И. Пестель отвергает многие атрибуты теории конституционализма начала XIX века: конституционную монархию как форму правления, принцип разделения властей, двухпалатный парламент, сословные ограничения. Поскольку власть должна быть максимально соответствующей интересам народа, необходимыми условиями для этого являются, по мнению П.И. Пестеля, республика с однопалатным парламентом, обеспечение реального юридического равенства граждан через упразднение сословных привилегий и принцип законности [35]. Кроме того, естественно-правовая концепция П.И. Пестеля направлена против тех мыслителей, которые использовали постулаты естественно-правового подхода для обоснования личного неравенства людей в «естественном состоянии», сословного характера политических прав граждан и привилегий дворянского сословия (М.М. Щербатов, А.П. Сумароков) [36].

В науке естественного права А.П. Куницын выделяет две сферы, в которых изучаются права, возникающие из природы и законов разума («чистое» право), и права, возникающие из конкретных социальных отношений и исторических обстоятельств (прикладное право). Тем самым «чистое» право состоит из учения о «безусловных» (первоначальных) правах и учения об «условных» (производных) правах. Поэтому научное исследование государственного права как части прикладного права предполагает применение основных начал «чистого» права к отношениям людей с целью сохранения внешней свободы индивида. Первоначальные права индивида, по мнению А.П. Куницына, включают в себя право существования, то есть право на собственное лицо (право на жизнь), право использования духовных и телесных сил по своему усмотрению (свобода мысли, слова и вероисповедания) и право «достижения благополучия» (право на труд). Эти права принадлежат индивиду по природе и неотчуждаемы, поскольку неразрывно связаны с личностью [37]. «Условные» права возникают при наличии законного основания и правомерных действий и включают в себя право на «завладение» (собственность) и право свободы договора. Здесь у А.П. Куницына и происходит переход в сферу науки



государственного права. Но при этом он провозглашает необходимость соблюдения методологического принципа историзма. Поскольку государственное право касается отношений между властью и обществом, общественные отношения «надо рассматривать исторически, с их возникновения, с объяснением причин, заставивших людей вступить в общество». Поэтому к предмету общей части государственного права Куницын относит исследование правоотношений, возникающих из «договора соединения» людей в общество (общественного договора), «договора подданства» и в связи с использованием гражданами средств (имущества, способностей и навыков) для достижения различных целей. В данном случае договор подданства в теории А.П. Куницына представляет собой конституционно-правовой акт, регламентирующий права и ограничения верховной власти, а также права и обязанности граждан. Предмет особенной части государственного права состоит в изучении форм правления в сравнительно-историческом и правовом аспекте. А.П. Куницын вслед за М.М. Сперанским является сторонником конституционной монархии и принципа разделения властей, считая их средствами для устранения произвола самодержавной власти и установления конституционализма.

Однако большинство конституционно-правовых идей и проектов русских просветителей, М.М. Сперанского и А.П. Куницына во многом противоречили социально-историческим условиям развития Российской империи XVIII – первой половины XIX вв.

#### **Список использованных источников:**

1. См.: Енгибарян Р.В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции / Р.В. Енгибарян. – М., 2007. – С. 10.
2. Кутафин О.Е. Современное состояние и перспективы развития науки конституционного права Российской Федерации / О.Е. Кутафин // Государство и право на рубеже веков (материалы всероссийской конференции). – М., 2000. – С. 3.
3. Томсинов В.А. Понятие юриспруденции, ее происхождение и основные функции / В.А. Томсинов // Законодательство. – 2003. – №6. – С. 89.
4. Богданова Н.А. Истоки и становление государственного права как науки и учебной дисциплины: вклад ученых и профессоров Московского университета / Н.А. Богданова // Конституционное (государственное) право в Московском университете. – М., 2005. – С. 9.

5. Полное собрание законов Российской империи. – СПб, 1830. – Т.1. – С.6; см. также: Томсинов В.А. Развитие русской юриспруденции в первой четверти XVIII века. Ст.1 // Законодательство. – 2006. – № 2. – С. 84.

6. Полное собрание законов Российской империи. – СПб, 1830. – Т.1. – №11.270.

7. См.: Основные законодательные акты, касающиеся высших государственных учреждений в России XVIII и первой четверти XIX столетия. Под ред. А.А. Кизеветтера. – М., 1909. – С. 1–8.

8. «Наказ» Екатерины II Комиссии для составления проекта Уложения Российского 1766 г. // Полное собрание законов Российской империи. – СПб, 1830. – Т. XVIII. – № 12.949. – С. 142-280.

9. Безбородко А.А. О потребностях империи Российской (1798 г.) / А.А. Безбородко // Государство российское: власть и общество. Сб. документов. – М., 1996. – С. 115-119.

10. Медушевский А.Н. Конституционные проекты в России XVIII – XX вв. / А.Н. Медушевский. – М., 2000. – С. 95-166.

11. См.: Павлов-Сильванский Н. Проекты реформ в записках современников Петра Великого. Опыт изучения русских проектов и неизданные их тексты / Н. Павлов-Сильванский. – СПб, 1897. – С. 84-85; Павленко Н.И. Идеи абсолютизма в законодательстве XVIII в. / Н.И. Павленко // Абсолютизм в России (XVII-XVIII вв.). Сб. статей. – М., 1964. – С. 389-399; Дружинин Н.М. Просвещенный абсолютизм в России / Н.М. Дружинин // Там же. – С. 429-438.

12. Козельский Я.П. Философические предложения / Я.П. Козельский // Юридические произведения прогрессивных русских мыслителей. Вторая половина XVIII века. – М., 1959. – С. 352–353.

13. Десницкий С.Е. Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции / С.Е. Десницкий // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века. Т.1. – М., 1952. – С. 199, 202.

14. Радищев А.Н. Опыт о законодательстве // Радищев А.Н. Избранные философские и общественно-политические произведения. – М., 1952. – С. 555.

15. См.: Радищев А.Н. Проект для разделения Уложения Российского / А.Н. Радищев // Юридические произведения прогрессивных русских мыслителей. Вторая половина XVIII века. – М., 1959. – С. 442, 479.

16. Фонвизин Д.И. Рассуждение о непременных государственных законах / Д.И. Фонвизин // Русская философия второй половины XVIII века. Хрестоматия. – М., 1990. – С. 173.

17. См.: Попугаев В.В. О благополучии народных тел / В.В. Попугаев // Русские просветители. Т.1. – М., 1966. – С. 299.

18. Прокопович Ф. Сочинения / Ф. Прокопович. – М., Л., 1961. – С. 82.

19. См.: Татищев В.Н. Избранные произведения / В.Н. Татищев. – М., 1979. – С. 121, 125.
20. Радищев А.Н. Избранные философские и общественно-политические произведения / А.Н. Радищев. – М., 1952. – С. 549.
21. Екатерина II. Наказ Комиссии о составлении проекта нового Уложения. – М., 1767. – С. 2.
22. Манифест Екатерины II 1766 г. «О Комиссии для составления Уложения Российского» // Полное собрание законов Российской империи. – СПб, 1830. – Т. XVII. – № 12.801; См.: Филиппов А.Н. Депутаты Екатерининской комиссии и Правительствующий Сенат. – СПб, 1910. – С.7.
23. См.: План государственного преобразования графа М.М. Сперанского. – М., 2004; Куницын А.П. Право естественное / А.П. Куницын // Русские просветители. Т.2. – М., 1966; Муравьев Н.М. Проект Конституции / Н.М. Муравьев // Избранные социально-политические и философские произведения декабристов. Т.1. – М., 1951; Пестель П.И. Русская Правда. – М., 1906.
24. Сперанский М.М. Проекты и записки / М.М. Сперанский. – М., 1961. – С. 21; см. также: Пыпин А.Н. Общественное движение в России при Александре I. Исторические очерки / А.Н. Пыпин. – СПб, 1908. – С. 133.
25. См.: Митюков М.А. Судебный конституционный контроль (надзор) в контексте отечественных конституционных проектов (XIX – XX вв.) / М.А. Митюков // Конституционные основы судебной власти: Материалы всероссийской научной конференции. – М., 2003. – С. 85-86; Сперанский С.И. Учение М.М. Сперанского о праве и государстве. – М., 2004. – С. 39-43.
26. См.: США. Конституция и законодательные акты. – М., 1993. – С. 29-50.
27. См.: Американские федералисты. А. Гамильтон, Дж. Мэдисон, Дж. Джей. Избранные статьи. – М., 1997.
28. Пейн Т. Права человека // Пейн Т. Избранные сочинения. – М., 1959. – С. 206-207.
29. Там же. – С.206; Гольдберг Н.М. Томас Пейн. – М., 1969.
30. См.: Т. Джефферсон // Американские просветители. Т.2. – М., 1968-1969.
31. Диппель Х. Американский конституционализм и народный суверенитет: неизученная проблема // Американский ежегодник. 1992. Новый взгляд на историю США. – М., 1993. – С. 38-52; Американская цивилизация как исторический феномен. – М., 2001. – С. 430-463; Болховитинов Н.Н. Россия и война США за независимость. 1775-1783. – М., 1976. – С. 207-239; Согрин В.В. Война США за независимость как социально-политическая революция // Новая и новейшая история. – 2005. – №3. – С. 84-99.

32. См.: Джефферсон Т. Заметки о штате Вирджиния // Американские просветители. Т.2. – М., 1969. – С. 7-34, 50-76; Американские федералисты. Избранные статьи. – М., 1997; Каримский А.М. Революция 1776 г. и становление американской философии. – М., 1976. – С. 207-239.

33. Муравьев Н.М. Проект Конституции // Избранные социально-политические и философские произведения декабристов. Т.1. – М., 1951

34. Пестель П.И. Русская правда. – М., 1906. – С.3.

35. См.: Яхин Р.Х. Государственно-правовые воззрения П.И. Пестеля / Р.Х. Яхин // Правоведение. – 1961. – №3. – С. 129,130.

36. См.: Посконин В.В. Естественные-правовые воззрения М.М. Щербатова и А.П. Сумарокова / В.В. Посконин // Правоведение. – 1980. – №6. – С.58-64.

37. Куницын А.П. Право естественное / А.П. Куницын // Русские просветители. Т.2. – М., 1966. С. 221-240.

## **ПРАВА ЛЮДИНИ В ІСТОРІЇ РОСІЙСЬКОЇ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ТРАДИЦІЇ XVIII-XIX СТ.**

***А. Дідікін***

*Новосибірський національний дослідницький державний університет,  
м. Новосибірськ, вул. Пирогова, 2, e-mail: abdidikin@bk.ru*

У статті зроблена спроба аналізу історичних аспектів концепцій і підходів до проблеми прав людини в Росії. Розглядаються теоретичні та методологічні основи російської конституційно-правової традиції. Автор аналізує історичні документи, основні аргументи і висновки концепцій прав людини в Росії.

*Ключові слова:* права людини, конституціоналізм, освіта, фундаментальні державні закони.

## HUMAN RIGHTS IN THE HISTORY OF RUSSIAN CONSTITUTIONAL LEGAL TRADITION XVIII-XIX C.

*A. Didikin*

*Novosibirsk National State Research University,  
Novosibirsk, Pirogova Str., 2, e-mail: abdidikin@bk.ru*

The paper attempts to analyze the historical aspects of the conceptions and approaches to the problem of Human Rights in Russia. The theoretical and methodological grounds of Russian constitutional legal tradition are considered. The author try to analyze the historical documents and the main arguments and conclusions of the conceptions of human rights in Russia.

*Keywords:* human rights, constitutionalism, enlightenment, fundamental state laws.

## ЮРИДИЧНЕ ГАРАНТУВАННЯ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ: МОЖЛИВОСТІ УДОСКОНАЛЕННЯ

*С. Добрянський*

*Львівський національний університет імені Івана Франка,  
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: svatolex@yahoo.com*

Феномен основоположних прав людини ось уже більш аніж пів століття займає одне з чільних місць у переліку найбільш значимих проблем сучасного світового співтовариства. Незважаючи на розробку та прийняття чисельних міжнародних актів, положення яких спрямовані на ефективне забезпечення основоположних прав людини, увага до цього інституту з плином часу не падає. Більше того, спостерігається тенденція до поширення сфери застосування цього явища: якщо раніше “праволюдні стандарти” розроблялися державами на рівні з іншими питаннями, які становлять предмет міжнародних відносин, то сьогодні гарантування основоположних прав людини набуває характеру ядра, свого роду “балансуючого елемента” існуючих нині міждержавних правових систем.

Не залишається осторонь названих вище процесів і Україна. З огляду на проголошення однією з стратегічних зовнішньополітичних цілей України її членство у Європейському Союзі (далі – ЄС), гадаємо, окремої уваги потребує дослідження інструментів захисту прав людини ЄС, зокрема, документа, який втілює новели нормативно-правового забезпечення основоположних прав людини, – Хартії основоположних прав людини ЄС. У преамбулі цього документу вказується на неподільні та універсальні цінності людської *гідності, свободи і солідарності*, на яких засновано ЄС, а також вказується на необхідність посилення захисту основоположних прав людини у світлі змін у суспільстві, соціального прогресу та наукового і технологічного розвитку, шляхом надання їм більшої чіткості у Хартії [18, с.23].

Перш ніж розглядати конкретні напрямки удосконалення конституційно-правового забезпечення прав людини в Україні, слід, на нашу думку, коротко торкнутися історії зростання значимості феномену основоположних прав людини у правових системах держав сучасного світового співтовариства.

У сучасній зарубіжній науковій літературі висловлюється думка про те, що з часу прийняття Загальної декларації прав людини сфор-

мувався феномен, який позначається термінопоняттям “універсальний режим прав людини”. Він включає численні міжнародні конвенції, спеціальні міжнародні організації, які здійснюють моніторинг дотримання відповідних міжнародних документів, а також регіональні системи захисту прав людини. Глобальний режим прав людини призвів до появи значної кількості транснаціональних правозахисних об’єднань та міжнародних неурядових організацій. Висловлюється думка, що права людини все більше стають частиною загальноновизнаного знання та колективного розуміння, що складає світовий образ правління. Таким чином, права людини набувають статусу конститутивних складників сучасної та “цивілізованої” державності [4, с. 234].

Отже, можна вести мову про те, що основоположні права людини на сьогодні слугують свого роду системою вихідних критеріїв для законодавства та юридичної практики держав сучасного співтовариства – критерії, котрі не вправі ігнорувати жодна з них. З огляду на зростання корпусу міжнародного звичаєвого права за рахунок збільшення прав людини, які отримують статус універсальних, сьогодні жодна держава не може виправдовувати порушення основоположних прав людини, посиляючись на неприєднання її до міжнародних документів з прав людини.

Водночас спостерігається суттєва множина підходів, плюралізм інтерпретацій цього явища, що, ясна річ, не завжди позитивним чином позначається на правозахисній діяльності. Адже передумовою міжнародного моніторингу за станом дотримання прав людини у різних державах, їх співпраці та колективного прийняття рішень у сфері захисту прав людини є досягнення консенсусу в осмисленні закономірностей виникнення, функціонування та розвитку того явища, що відображається терміном “основоположні права людини”.

Сучасний рівень пізнання феномена прав людини, накопичення теоретичних знань та практики захисної діяльності у площині прав людини вимагає упорядкування та узагальнення наукових даних про природу та закономірності становлення та розвитку феномена прав людини, по-перше, на загальнотеоретичному рівні, а згодом – врахування означених положень у процесі конституційно-правового удосконалення основоположних прав та свобод людини.

Розглянемо одну з найбільш поширених у вітчизняній юридичній науці концепцій, згідно з якою визначальною, сутнісною характеристикою поняття прав людини виступає філософська категорія “можливість”.

Чинниками, які спонукають зупинися на аналізі саме цієї концепції, є такі:

1) По-перше, чинна Конституція України у ч.1 ст. 22 фіксує положення про те, що “права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними”, а у ч.3 цієї статті – норму про те “при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод”. Відтак, законодавець передбачає можливість зміни, розширення каталогу основоположних прав людини, а це, у свою чергу, обумовлює проблему дослідження залежності прав людини від інших соціальних явищ, прикладом таких як, рівень та характер суспільного розвитку.

2) По-друге, інтерпретація прав людини як таких, що ведуть, так би мовити, свій “родовід”, впливають із відповідного суспільства, є характерною для праворозуміння Європейського суду з прав людини (далі – Суду з прав людини);

3) І, нарешті, по-третє, у сучасний лексикон міжнародних відносин з часу публікації у 1993 році Доповіді про суспільний розвиток в рамках прийнятої ООН Програми розвитку ввійшло поняття “безпеки людини”, яке використовується як свого роду лакмусовий папір для оцінки “людиномірної” дійсності та реальної дієвості *суспільного поступу*, який відбувається чи презюмується у відповідній державі [5, р. 456].

Розуміння прав людини як її певних соціальних *можливостей* не є новим і зустрічається з тими чи іншими особливостями у працях таких авторів, як М. Вітрук, М. Заїчковський, М. Кельман, С. Комаров, А. Корнєв, В. Лазарєв, О. Малько, М. Марченко, М. Подберезький, П. Рабінович, М. Строгович, С. Тао.

У цьому дослідженні як робочу пропонується використовувати дефініцію українського фахівця у галузі прав людини П. Рабіновича, за якою “права людини – це певні можливості людини, котрі необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об’єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені обов’язками інших суб’єктів” [6, с. 18].

*Права людини та розвиток суспільства.* Отож, спробуємо прослідкувати рівні зв’язку між правами людини та суспільним розвитком.

Для суспільствознавства поняття “суспільний прогрес”, “суспільний розвиток” не нові. Вони не лише отримали свою розробку у певних соціально-філософських системах, але використовувалися і використовуються у державах з різними соціально-економічними системами на

означення спрямованості суспільних процесів. Нині ж терміно-поняття “розвиток” вживається й у програмних документах міжнародних організацій, зокрема ООН.

Втім, як свідчить досвід багатьох держав, розвиток суспільства – це не самоціль. Типовим прикладом виступає Радянський Союз, де кількісні показники економічного зростання аж ніяк не позначалися прямим чином на умовах життя людини.

На жаль, зразки функціонування держав сьогодення теж наочно демонструють, що досягнення у *сукупному суспільному розвитку* не завжди супроводжуються позитивними зрушеннями, досягненнями у сфері прав людини, і, відповідно, в результаті неналежного обчислення, вирахування параметрів суспільного розвитку залишається “поза бортом” проблема вразливості, незахищеності індивідів та соціальних груп. Східно-азіатська фінансова криза (яка незабаром перетворилася у всесвітню) наочно ілюструє, як суспільства, котрі в цілому характеризувалися високими показниками суспільного розвитку, виявилися вкрай залежними від мінливих ринкових умов [7, р. 22]. У цьому контексті варто звернутися до ч. 4 ст. 13 Конституції України, де зазначено, що “держава забезпечує .... соціальну спрямованість економіки”. Наведене положення, гадаємо, є свідченням того, що розвиток економіки має цінність за умови, коли його результатом виступає зростання рівня соціальної захищеності індивіда в суспільстві.

З метою підвищення дієвості положень Конституції України (зокрема, ч.4 ст. 13) спрямованих на гарантування соціальної спрямованості економіки, слід погодитися з думкою про те, що ст. 43 Конституції України має бути доповнена положенням такого змісту: “*Держава зобов’язана забезпечувати та підтримувати якомога вищий і стабільніший рівень зайнятості, прагнучи до досягнення повної зайнятості її громадян*”.

Тільки за умов, коли результатом суспільного розвитку стає покращення умов життєдіяльності людини, її безпеки, розвиток суспільства перетворюється у значно більше, аніж у “зростання внутрішнього суспільного продукту, приватизацію, індустріалізацію” [5, р.456].

Вище вже згадувалося, що у 1993 році в рамках Програми розвитку ООН була підготована Доповідь про суспільний розвиток, де зазначалося, що “нові концепції суспільної безпеки повинні концентруватися на безпеці людини, а не тільки держав” [8]. Для авторів цієї доповіді поняття “суспільна безпека” стосувалося в першу чергу людей і необов’язково держав. Це поняття відрізнялося від традиційного

розуміння безпеки як безпеки *національної*, яке зазвичай мало відношення до проблеми захисту від погроз саме їй та національним інтересам, у той час як суспільна безпека в полі зору своєї уваги має умови життя людини і означає свободу (захищеність) від різного роду загроз її добробуту [4, р. 456]. Одним із завдань, адресованих міжнародним організаціям у Програмі розвитку ООН, виступає підвищення рівня безпеки у суспільних середовищах. Це, як зазначають автори згаданої Доповіді, повинно виступати визначальною та об’єднуючою метою міжнародної співпраці [4, р. 457]. Видається, що саме права людини можуть значною мірою виступати *нормативним вираженням* концепції “людської безпеки” у сфері права.

Власне, можна вести мову про те, що категорія “права людини” здатна запровадити більш чітку систему оцінки суспільного розвитку. Втім, сказати, що права людини – це лише система критеріїв оцінки реальної значимості суспільного розвитку, означає проігнорувати той зворотний вплив, який виявився з боку прав людини на суспільство.

“Чисте” поняття суспільного розвитку фокусується на значимості самого процесу розвитку і не завжди надає уваги тому факту, яким чином були досягнуті відповідні результати. Тоді як права людини чітко встановлюють межі тих втрат, які можуть понести індивіди, навіть задля досягнення справді “благородних”, значних за своїми масштабами соціальних цілей [4, р. 22].

Принагідно зауважимо, що проблема взаємодії таких феноменів як “права людини” та “суспільний розвиток” є невід’ємним елементом дискурсу між прихильниками і опонентами універсальності концепції прав людини.

Так, стверджується, що *права людини стоять на заваді суспільного розвитку*, тоді як для держав, що розвиваються, *пріоритетним виступає саме суспільний розвиток, а зовсім не права людини*. Лише на певній стадії свого розвитку суспільство може собі дозволити запровадження такого інституту як права людини, зокрема *прав економічних та соціальних, які задля їх забезпечення потребують значних матеріальних ресурсів відповідного суспільства*.

Таке ставлення до прав людини нагадує деякою мірою проблему побудови комунізму в часи існування Радянського Союзу, коли вважалося, що суспільство досягне того рівня розвитку, коли можна буде втілити принцип “від кожного – за здібностями, кожному – за потребами”.

Отже, права людини захищають індивідів від тих напрямків соціальної політики, які, приносячи користь суспільству загалом, у той же

час накладають серйозні тягарі на людей. Неабиякого значення при цьому набувають економічні та соціальні права, які забезпечують необхідні умови життєдіяльності та відкривають для людей можливість безпосередньо здійснювати вплив на процес регулювання суспільного розвитку [7, р. 20].

Нині стан дотримання в Україні основоположних прав людини та конституційних прав громадянина, особливо прав економічних і соціальних, за висновками правозахисних – державних та громадських – організацій не є задовільним

З огляду на вищевикладені міркування, видається доцільним доповнити ст. 21 чинної Конституції України частиною 2 такого змісту: “*Усі права і свободи людини є універсальними, взаємопов’язаними, невідчужуваними та непорушними*”. Гадаємо, що таке положення сприятиме вирівнюванню статусу громадянських та політичних прав та свобод людини, з одного боку, з правами соціальними та економічними – з другого, і слугуватиме гарантією запобігання визнання суспільного розвитку самоціллю, ігноруючи при цьому основоположні права та свободи людини.

*Особливості детермінації та специфіки тих можливостей, які становлять сутність прав людини.* Навіть за умови визнання джерелом прав людини суспільного розвитку залишається відкритою проблема з’ясування особливостей формування змісту тих можливостей, які становлять ці права.

Ведучи мову про детермінованість (певну детермінованість) зазначених можливостей, такі автори, як М. Вітрук, М. Заїчковський, П. Рабінович, С. Тао, А. Корнев, пов’язують її з *рівнем розвитку суспільства*, яке виступає соціальним середовищем “народження” й реалізації прав людини. Проте деякі з цих науковців (М. Вітрук, С. Тао) вважають за необхідне зафіксувати такі об’єктивно зумовлені можливості на законодавчому рівні, інші ж (П. Рабінович, М. Заїчковський) дотримуються думки про те, що сама по собі наявність таких соціально детермінованих можливостей – незалежно від їх “державно-офіційної легалізації” – уже становить права людини. Нарешті, третя група авторів розуміє під правами людини лише такі можливості, котрі визнані як права людини не тільки державою й суспільством, але й міжнародним співтовариством [9, с. 28].

Такий “різнобій” у характеристиці детермінації розглядуваних можливостей вимагає, ясна річ, з’ясування декількох додаткових питань. Зокрема видається слушним чітко вирізняти такі явища, як-от: а) *суспільство* у його традиційному (соціологічному) розумінні, б) *дер-*

*жаву* – певну політичну організацію суспільства та в) *міжнародне співтовариство*, вплив якого на розглядуваний феномен проявляється через існуючу нині систему міжнародних відносин.

Основним питанням у цьому контексті виступає, на наш погляд, визначення *характеру та рівня впливу* усіх трьох вищезазначених чинників на ті можливості, котрі, власне, і становлять сутність прав людини. Принципово важливим є і такий методологічний підхід, згідно з яким права людини як певне соціальне явище неодмінно характеризуються певними *якісними* та *кількісними* показниками (тобто, відповідно, змістом та обсягом), котрі, вважаємо, теж мають знайти адекватне відображення у самому визначенні поняття прав людини [10, с.7].

Розглянемо більш докладно зазначені показники. Насамперед варто звернути увагу на особливості вживаних термінів. Переважна більшість авторів, які обстоюють розуміння прав людини як можливостей, вживають такий вираз, як “можливості, об’єктивно зумовлені досягнутим *рівнем* розвитку суспільства”. Таке твердження не викликає серйозних заперечень. Проте видається, що цей підхід є дещо однобічним, оскільки фокусує увагу більше на кількісних показниках цього явища, аніж на якісних.

Те, що культурно-ідеологічні, духовно-релігійні, історичні, політичні фактори безпосередньо впливають на характер (зміст та обсяг) можливостей, які складають сутність прав людини, не викликає сумніву. Для прикладу, нагадаємо той усталений підхід, що ним керується Суд з прав людини при знаходженні балансу між індивідуальними правами та публічними інтересами, згадуваними в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Ради Європи 1950 р., – підхід, названий у вітчизняній правовій літературі *концептуально-методологічним* [11, с.32]. Сутність його полягає у врахуванні ситуацій, обставин, котрі виступають *підставами обмеження* здійснення прав людини і зафіксовані у відповідних статтях згаданої Конвенції. Чільне місце в системі факторів, які бере до уваги Суд з прав людини у процесі збалансування індивідуальних прав людини та публічних інтересів, відводяться *інтересам захисту моральності населення відповідної держави*.

Однак зрозуміло, що моральні норми, які панують у тому чи іншому суспільстві, відрізняються і, скоріше, слугують відображенням *не стільки рівня, скільки характеру* (змісту, напряму) суспільного розвитку.

Так, звернемося до практики обмежування прав людини Верховним Судом США. Згадаймо “гучний” свого часу прецедент, коли Верховний Суд США розглядав справу щодо надання дозволу на про-

ходження колони прихильників партій нацистського спрямування у районі єврейських поселень в одному зі штатів США; тоді ця судова інстанція не знайшла підстав для відмови у проведенні такого заходу. А ось у європейському правовому полі реалізація права на свободу вираження своїх думок і переконань саме у такий спосіб видається просто неможливою [12, р. 128].

Цікавим прикладом можуть слугувати і положення законодавства деяких держав європейського континенту (як-от Королівства Нідерланди), за якими особам однієї статі дозволяється офіційно реєструвати подружні відносини. Навряд чи у найближчому майбутньому можна уявити закріплення таких же можливостей у законодавчій формі, скажімо, у країнах Азії.

Отже, ведучи мову про детермінацію можливостей, які складають сутність прав людини, видається більш адекватним вживання такої конструкції: *“можливості, об’єктивно зумовлені характером та досягнутим рівнем розвитку суспільства”*. Така конструкція, гадаємо, дозволяє точніше відображати та пояснювати якісні та кількісні характеристики прав людини.

З огляду на висловлені вище міркування щодо *детермінації та специфіки тих можливостей, які формують зміст і обсяг прав людини*, видається слушним запропонувати доповнити ст.15 чинної Конституції України, виклавши її у такій редакції: *“Суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної, культурної, ідеологічної багатоманітності та охорони суспільної моралі”*.

Також, беручи до уваги той факт, що 90 % громадян України визнають себе так чи інакше християнами, слід доповнити положення Конституції України, які стосуються шлюбно-сімейних відносин, зокрема прав та обов’язків батьків і дітей, виклавши ч.2 ст. 51 Конституції України у такій редакції: *“Батьки чи особи, які їх замінюють, зобов’язані забезпечувати фізичний, духовний і соціальний розвиток дітей та утримувати їх до повноліття. Повнолітні діти зобов’язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків чи осіб, які їх замінювали”*.

Втім, зауважимо, що визначення прав людини як можливостей, котрі зумовлені *характером та рівнем розвитку суспільства*, не означає заперечення універсального (всезагального) характеру цього феномена. Адже реалізація усяких прав людини так чи інакше здійснюється у конкретних соціальних умовах, просторі, часі. Головне завдання відповідних правозахисних органів при цьому полягає у забезпеченні того, аби соціальні умови (зокрема норми моралі), які супроводжують, опо-

середковують процес реалізації прав людини, в т.ч. у формі конкуруючих соціальних цінностей (захист прав та законних інтересів інших осіб), не відбивалися негативним чином на *сутнісному навантаженні* прав та свобод особи, а відтак, не вели до втрати відповідним правом свого *призначення та змісту*.

У цьому контексті необхідно зазначити, що саме такого підходу дотримується Суд з прав людини, що проявляється у сконструйованій ним концепції *“меж оцінювання” (margin of appreciation)*. Ця концепція якраз і дозволяє визнавати та захищати у різних культурних середовищах різні за якісними та кількісними показниками права людини – залежно від особливостей суспільства, котре виступає середовищем реалізації таких прав.

Вищесказане, гадаємо, дозволяє стверджувати, що міжнародні стандарти прав людини повинні бути так чи інакше *“приземлені”*, адаптовані: усі вони реалізуються в конкретних соціальних умовах, а тому не можуть носити абстрактного, безвідносного характеру.

*Антропні чинники як детермінанти інституту основоположних прав людини*. У контексті виконуваного дослідження не можна оминати увагою вплив антропних чинників на розвиток сучасного інституту основоположних прав та свобод людини, адже однією з сучасних тенденцій розвитку вітчизняної юридичної науки є, за висловом відомого українського теоретика-правознавця проф. П. Рабіновича, *“антропологізація”* її предмета [6, с.208].

Природно, що така тенденція має знайти відповідне відображення у пропозиціях, спрямованих на удосконалення норм чинної Конституції України, котрі гарантують основоположні права та свободи людини.

В цьому аспекті особливої актуальності набувають положення Хартії основоположних прав ЄС. В першу чергу заслуговує уваги структура цього акта: автори документа відмовилися від традиційного поділу прав людини на громадянські, політичні, економічні, соціальні та культурні, а натомість використали в якості назв перших чотирьох розділів Хартії поняття, котрі мають загальнолюдську моральну коннотацію: *гідність, свобода, рівність та солідарність* [18, с.24].

Змістовний та структурний аналіз Хартії основоположних прав ЄС дає, гадаємо, достатні підстави вважати, що в її основі покладено принципово нові філософсько-світоглядні засади на людину та її місце у світі.

*Гідність як духовно-антропний фактор детермінації основоположних прав людини*. Вже у преамбулі Хартії основоположних прав

ЄС зазначено, що “людина та її інтереси – у центрі діяльності Союзу”, а глава I цього документа має назву “Гідність”. Зазначені положення свідчать, на нашу думку, про визнання даної властивості людини фундаментальним джерелом її прав.

З огляду на цю тенденцію розвитку основоположних прав людини, відображену у Хартії основоположних прав людини ЄС, слід погодитися з висловленою у науковій літературі пропозицією доповнити ч.1 ст. 21 Конституції України положенням такого змісту: “Гідність людини є основою всіх її прав і свобод” [16, с.16], а у ч.1.ст.28 деталізувати напрями гарантування гідності людини, виклавши її у такій редакції: “Кожна людина має право на повагу до її гідності, до духовної, фізичної цілісності її особистості”.

Цікавими для аналізу є положення глави III Хартії основоположних прав ЄС – “Рівність”, які закріплюють права дітей (ст.24), права літніх людей (ст.25) та права осіб з фізичними та розумовими вадами (ст.26) [18, с.46].

Відтак пропонуємо доповнити ст.46 Конституції України ч.4 такого змісту: “Людам похилого віку та людям з особливими потребами держава гарантує вжиття заходів, спрямованих на забезпечення їхньої незалежності, соціальної та професійної інтеграції й повноцінної участі у суспільному житті.”

Можна припустити, що втілена у зазначеній Хартії сучасна заганотейоретична інтерпретація поняття “гідності” покликана реалізувати на практиці ідею “соціальної компенсації органічної неповноцінності людини”, тобто забезпечити виживання, гідне існування та розвиток і тих індивідів, котрі внаслідок вроджених чи набутих вад потребують спеціальних “умов та засобів”.

Проблемі рівності основоположних прав та свобод людини сьогодні приділено багато уваги як на рівні ЄС, так і на рівні міжнародної організації членом якої нині є Україна – Ради Європи. Дослідження документа, прийнятого у рамках Ради Європи, зокрема, норм Європейської соціальної Хартії, яка нині є частиною національного законодавства, дозволяє сформулювати пропозиції, спрямовані на забезпечення засади рівності основоположних прав людини шляхом попередження дискримінації. Так, слід погодитися з науковцями, котрі пропонують удосконалити ст.24 Конституції України, виклавши її у такій редакції: *Усі мають однакові конституційні права і свободи та є рівними перед законом, органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Не може бути несправедливих привілеїв чи обмежень прав*

*і свобод за ознаками народження, раси, кольору шкіри, статі, стану здоров’я, етнічного та соціального походження, мови, політичних і релігійних та інших переконань, місця проживання, майнового стану або за іншими ознаками* [16, с.14]. До нових, так-би мовити, антидискримінаційних засад реалізації основоположних прав людини, котрі передбачені положеннями Європейської соціальної хартії, однак ще не знайшли відображення у чинній Конституції України, відносяться *сімейний стан та стан здоров’я*.

Окрім того, зважаючи на те, що рівність основоположних прав людини сьогодні виступає *фундаментальною*, можна сказати *аксіоматичною* засадою реалізації феномена прав людини, видається такою, що заслуговує врахування, пропозиція науковців Львівської лабораторії прав людини внести певні техніко-юридичні корективи у норми чинної Конституції України. Зокрема, пропонується поміняти місцями ст.23 та ст. 24, оскільки попередні ст.21 та ст. 22 також закріплюють вихідні засади феномена прав людини. В результаті такої зміни порядку викладення статей вдалося би досягнути послідовного, безперервного викладення сутнісних засад основоположних прав людини, що, ясна річ, сприятиме підвищенню рівня їх юридичного гарантування.

Нарешті, невід’ємною антропною характеристикою людини виступає не лише життя людини, але і її здоров’я. У вік інформаційних технологій на порядок денний виступає питання не просто захисту життя людини та її здоров’я, але загалом питання її безпеки. Відтак слід визнати слушною, висловлену у науковій літературі пропозицію удосконалити ст.27 Конституції України, врахувавши здоров’я як антропну характеристику людини, та викласти її у такій редакції: *Кожна людина має невід’ємне право на життя, здоров’я та безпеку*.

Наступним питанням, на якому слід зупинитися, є проблема детермінації змісту та обсягу прав людини впливом міжнародного співтовариства. Гадаємо, що сьогодні існують усі необхідні передумови для того, щоб виділяти *вплив міжнародного співтовариства як самостійний чинник формування і розвитку прав людини*. При цьому важливим завданням залишається з’ясування “каналів” його прояву. У більшості випадків він здійснюється, зазвичай, завдяки участі держави у міжнародних всесвітніх та регіональних організаціях, міждержавних блоках, союзах фінансово-економічного, військово-політичного, культурного характеру.

У зв’язку з членством України у Раді Європи, особливого значення для правової системи України сьогодні набувають стандарти захисту



прав людини, відображені в актах, розроблених у рамках цієї міжнародної організації та правозахисній практиці її органів.

Таке зростання ролі міжнародних стандартів у галузі прав людини, на нашу думку, також повинно знайти відображення у відповідних приписах Конституції України. Відтак, видається слушним погодитися з науковцями, які пропонують доповнити ст.12 Конституції України положенням такого змісту: *“Конституційні положення про права, свободи й обов’язки тлумачаться та застосовуються відповідно до чинних міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, та практики їх офіційного тлумачення й застосування міжнародними органами, юрисдикція яких визнана Україною”* [16, с.8].

Сподіваємося, що врахування, висвітлених у цій роботі, деяких закономірностей становлення та розвитку феномена основоположних прав людини, сприятиме покращенню конституційно-правового забезпечення цього інституту в Україні.

#### Список використаних джерел:

1. Конституційний процес в Україні (2005 – 2008) / Харківська правозахисна група. – Харків: права людини, 2009. – 320 с.
2. Права людини. Модель для нової Конституції України / Харківська правозахисна група. – Харків: права людини, 2009. – 170 с.
3. Рабінович П.М. Конституційні гарантії прав людини і громадянина: напрями удосконалення / П.М. Рабінович // – Вісник конституційного Суду України. – 2011р – № 1. – С. 66 – 74.
4. Risse T. International Human Rights Norms and Domestic Change: Conclusions / T. Risse T., St. Ropp // – Cambridge University Press, 1999. – 312 p.
5. Human Security // World Encyclopedia of Peace / J.D. Puchad // . – 2nd ed., vol. II – N.Y.: Oceana Publications, 1998. – 514 p.
6. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : Навч. Посібник / П.М. Рабінович. – Львів, 2008. – 221 с.
7. Human Rights and Human Development // Human Development Report, 1990// World Encyclopedia of Peace. – 2nd ed., vol. II/N.Y.: – Oceana Publications, 2002. – p. 9.
8. Human Development Report 1993, 1993 UN Development Programme. Oxford University Press, New York / J.D. Puchad // Human Security // World Encyclopedia of Peace. – 2nd ed., vol. II/N.Y.: – Oceana Publications, 2002. – p. 514.
9. Комаров В.В. Основы государства и права / В.В. Комаров. – Харьков: УЮФ, 1992. – 356 с.

10. Панкевич І.М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / І.М. Панкевич. – ЛНУ ім. Івана Франка. – Львів, 2000. – 18 с.

11. Рабінович П.М. Рішення Європейського Суду з прав людини: спроба концептуально-методологічного аналізу / П.М. Рабінович. – Право України. – 1997. – № 12. – С. 14 – 20.

12. Steiner J. International Human Rights in the Context of Law, Politics, Morals / J. Steiner J, Alston P. – Oxford, 1996. – 876 p.

13. Матузов Н.И. Основные права личности / Н.И. Матузов, А.В. Малько // Теория государства и права. – Саратов, 1995. – 344 с.

14. Горошко О. Права человека и двойные стандарты / О. Горошко // Свободная мысль. – 1993. – № 14. – С. 38 – 42.

15. Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР / Н.В. Витрук. – М.: Юридическая литература, 1985. – 218 с.

16. Права людини і громадянина: можливості удосконалення конституційних гарантій / (Рабінович П.М., Гудима Д.А., Дудаш Т.І. [та ін.]. – Лабораторія досліджень теоретичних проблем прав людини. – Львів: Малий видавничий центр юридичного факультету ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. – 69 с.

17. Азаров А. Введение в теорию прав человека: учебн. пособие / А. Азаров. – М.: Норма, 2008 – 551 с.

18. Хартия Европейского Союза об основных правах. Комментарий [А.В. Петров и др.]. – М.: Юриспруденция, 2001. – 203 с.

### ЮРИДИЧЕСКОЕ ГАРАНТИРОВАНИЕ ОСНОВОПОЛОЖНЫХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В УКРАИНЕ: ВОЗМОЖНОСТИ УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ

*С. Добрянский*

*Львовський національний університет імені Івана Франка  
г. Львов, ул. Университетская, 1, e-mail: svatolex@yahoo.com*

В статье проанализированы отдельные закономерности становления и развития основоположных прав человека, в особенности, закономерности влияния антропологических детерминант на формирование этого института, и предложено в итоге внести изменения и дополнения в текст Конституции Украины.

*Ключевые слова:* права человека, достоинство человека, юридические гарантии.

## LEGAL SAFEGUARDS OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN UKRAINE: POSSIBILITIES OF IMPROVEMENT

**S. Dobryanskyi**

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Lviv, Universitetska Str., 1, e-mail: svatolex@yahoo.com*

Human rights institution certain generalities of inception and development are researched in the paper, namely anthropological influence on human rights institution, and taking into account these generalities amendments into the current Constitution of Ukraine aimed at human rights institution were suggested .

*Keywords:* human rights, human dignity, legal guarantees.

## ПРЕПОДАВАНИЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СИСТЕМЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ: ПРОБЛЕМЫ И РЕШЕНИЯ

**Д. Дубровский**

*Санкт-Петербургский государственный университет,  
г. Санкт-Петербург, ул. Галерная 58-60, e-mail: dubr@smolny.org*

**А. Стародубцев**

*Санкт-Петербургский государственный университет,  
г. Санкт-Петербург, ул. Галерная 58-60, e-mail: star@smolny.org*

В условиях современного политического режима в России образование в области прав человека находится под влиянием противоречивых тенденций. С одной стороны, права человека – важнейший элемент правового образования, но с другой стороны, доминирующий в нашей стране дискурс создает атмосферу серьезной трансформации и аберрации либеральных ценностей, прежде всего – представлений о гражданских и политических правах человека. А.Б. Суслов в своей работе, опубликованной в этом сборнике, показывает тесную взаимосвязь между образованием в сфере прав человека и воспитанием демократической гражданственности – важнейшим компонентом гражданского образования в демократических государствах. Однако в условиях авторитарного политического режима гражданское образование направлено на формирование ценностей иного порядка, нежели уважение и соблюдение политических и гражданских прав человека. Внимание создателей подобных программ нацелено на формирование законопослушной личности, лояльной по отношению к государству и требующей соблюдения, прежде всего, прав второго поколения.

В такой ситуации поддержка образования в области прав человека, вопреки сопротивлению окружающей среды, является стратегической задачей, в конечном счете, направленной на формирование гражданина, рассматривающего демократию и демократические институты в качестве ценности. В свою очередь, как, к примеру, показали исследования Рональда Инглхарта, именно уважение человеческого достоинства и прав человека способно привести к восприятию демократических политических институтов как желаемого элемента устройства общества [1].

В то же время необходимо признать, что в современной системе образования школы совершенно оправданно находятся под пристальным вниманием государства, обеспечивающим единые образовательные стандарты, что накладывает определенные ограничения на

формирование демократической гражданственности. Система неформального образования, которое обеспечивается институтами гражданского общества, не получила в России должной степени развития, а потому не может рассматриваться в качестве эффективного агента такого рода образования. По сравнению со школами, университеты<sup>1</sup> обладают большей автономией, хотя и здесь не стоит преувеличивать её степень – состояние академических прав и свобод в российском высшем образовании вызывает беспокойство как самих университетских преподавателей, так и правозащитников. Учитывая также массовость высшего образования в России представляется, что именно университеты должны взять на себя задачу обеспечения образования в области прав человека.

**Проблемы.** Преподавание прав человека в вузах – уже существующий факт. Как верно замечает А.Б. Сулов, «обучение правам человека ведется лишь в небольшой части вузов, благодаря предпочтениям руководителей учебных подразделений (факультетов, кафедр и т.п.) и энтузиазму отдельных преподавателей, которые в основном определяют их направленность и содержание» [2]. Такая децентрализация имеет как позитивные, так и негативные последствия. С одной стороны, отсутствие влияния со стороны органов государственной власти, позволяет обеспечить независимость содержания курсов от политических интересов властей, но с другой стороны, значительно усложняется контроль за качеством читаемых курсов. В результате под заголовком «Права человека» могут быть представлены самые разные знания, умения и навыки, в том числе, не соответствующие основным принципам теории и практики прав человека или, напротив, представляющих либеральную теорию в качестве своеобразной религиозного учения, необходимого для заучивания и беспрекословного исполнения.

Учитывая подобные опасности, сотрудниками программы «Искусства и гуманитарные науки (более известной как Смольный институт свободных искусств и наук) Санкт-Петербургского государственного университета<sup>2</sup> было проведено исследование, которое включало в

<sup>1</sup> В данной работе термины «университет» и «высшее учебное заведение» используются как синонимы.

<sup>2</sup> Исследование было проведено в рамках проекта «Правозащитная среда и академическое сообщество: интеграция через образование» (осуществленном при финансовой поддержке Фонда Форда) сотрудниками Смольного института свободных искусств и наук СПбГУ Д.В. Дубровским, Т.Н. Смирновой и А.В. Стародубцевым.

себя 1) выявление высших учебных заведений с кафедрами по правам человека,<sup>1</sup> 2) сбор и анализ учебных программ и сопутствующих учебно-методических материалов, а также 3) проведение серии полуструктурированных интервью с преподавателями вузов, читающими курсы по правам человека, а также студентами, которые эти курсы посещают. Интервью с преподавателями были направлены на определение тех теоретических и мировоззренческих оснований, с позиций которых происходит преподавание соответствующего курса. Интервью со студентами помогли нам выявить мотивацию в изучении прав человека, а также реакцию слушателей на конкретные курсы.

**Общая характеристика университетов, в которых преподаются курсы по правам человека.** С самого начала 1990-х годов обсуждение вопросов преподавания прав человека стало одним из самых важных вопросов в дискуссиях о реформе системы образования в России. Однако фактически правозащитная тематика достаточно быстро была «приватизирована» системой юридического образования, причем как сама тематика, так и соответствующие курсы были определены, в основном, в систему кафедр международного права, конституционного права и, реже, кафедр теории и философии права. Другой способ «приватизации» правозащитной тематики – объявление правозащитниками сотрудников милиции и прокуратуры, у которых даже появилась особая функция – «правозащитная». В результате к вышеперечисленным кафедрам прибавились также такие кафедра, как, например, кафедра прокурорского надзора. Забегая вперед, оговоримся, что в программах таких кафедр, практически полностью отсутствуют негосударственные правозащитные организации и правозащитник, а также материалы, посвященные их деятельности.

В той же логике выстроена система преподавания прав человека в вузах министерства внутренних дел: здесь также основным принципом является утверждение, согласно которому деятельность МВД и есть защита прав человека *par excellence*, в результате чего выпускники Университетов МВД аттестуются как действующие защитники прав человека [3].

После проведения конкурса по учреждению кафедр ЮНЕСКО появился ряд учебных заведений, в названии кафедр которых появилось словосочетание «права человека» – например, кафедра междуна-

<sup>1</sup> Всего были проанализированы программы двадцати высших учебных заведений.

родного права могла быть переименована в кафедру международного права и прав человека, что несло за собой включение в учебный план одного – двух семестровых курсов по правам человека. К реальному изменению системы преподавания и содержания курсов это, к сожалению, не привело.

Таким образом, можно констатировать, что подавляющее большинство курсов по правам человека в нашей стране преподается на юридических факультетах преподавателями с юридическим образованием, зачастую, полученным еще в СССР, что, естественно, не может не отражаться на характере изложения материала, основных подходах и представлениях, которые представлены в программах курсов и учебно-методических комплексах.

На фоне этих курсов достаточно экзотическими выглядят программы, которые разработаны для студентов неюридических факультетов. Например, стоит отметить курс, читаемые в 2001/02 учебном году в Уральском государственном университете, в котором права человека используются как тематика для тренировки английского языка. Особое место занимают программы, разработанные сотрудниками Молодежного центра по правам человека Вс. Луховицким и Е. Русаковой, которые читаются в Московском государственном педагогическом университете.

#### **Общая структура и формальные характеристики курсов.**

Основной аудиторией исследуемых курсов являются студенты второго года обучения. Курс по правам человека может быть общим (то есть охватывать 100 – 150 студентов всего курса) или спецкурсом в рамках кафедры, для студентов которой прослушивание данного курса является обязательным. Основная часть общих курсов построена как обзорная характеристика истории и теории прав человека. Несколько спецкурсов посвящены отдельным проблемам защиты прав человека, в основном, отдельным группам населения (дети, женщины, инвалиды) или, как, например, в случае Воронежского государственного университета<sup>1</sup> – общим вопросам дискриминации.

В курсах, посвященных общей характеристике прав человека, превалирует хронологический принцип изложения. Другими словами, фактически единственным подходом к изложению прав человека является подход с точки зрения т.н. «генеалогии» прав человека, их деления

на поколения. Между тем, в современных дискуссиях прав человека такой подход давно и активно дискутируется [4].

Судя по программам курсов, единственной формой изложения являются лекции и семинары. Только в одном случае (за исключением курсов, предложенных Молодежным центром прав человека) методически предусмотрены семинары, обсуждения, ролевые игры и прочие интерактивные формы обучения.

**Место дисциплины в общей номенклатуре курсов, читаемых в вузах Российской Федерации.** Место самой дисциплины Права человека в общей структуре преподавания можно определить как в высшей степени комплементарное. В частности, в большинстве курсов дисциплина «Права человека» понимается как использующая понятийный аппарат гуманитарных дисциплин федерального компонента: «История Отечества», «Философия»; общепрофессиональных дисциплин федерального компонента «Теория государства и права», «История политических и правовых учений», «Конституционное право России», «Конституционное право зарубежных стран», «Международное право», а также дисциплин специализации, прежде всего «Европейское право», и «Международное гуманитарное право». При этом основная задача курсов в целом формулируется как воспитание квалифицированных юристов, которые бы «пропагандировали правовую культуру среди населения». Это обстоятельство вызвано бытующим в России убеждением, что «права человека – это дело юристов» (цитат из интервью со студентом одного из российских вузов) и должны рассматриваться в качестве отдельной научной дисциплины в рамках юриспруденции.

**Общая характеристика содержания курсов.** В процессе исследования курсов стало ясно, что в большинстве случаев преподаватели с юридическим образованием понимают права человека как составляющую часть права в целом (отсюда термин «право прав человека»), а нарушения закона трактуют как нарушения прав человека. В связи с этим та повестка дня, которая состоит перед организациями, защищающими права человека, в обсуждение преподаваемых курсов не входит вообще; то, что называется «право общественных интересов» [5].

Результатом такого узкого и некритического подхода к преподаванию прав человека является отсутствие разделения, прежде всего, прав человека и прав личности, прав гражданина. Поскольку, как уже указывалось, права человека понимаются в большинстве курсов как составляющая часть права вообще, то права человека в рамках такого подхода становятся синонимичными правам гражданина. Это приводит к тому,

<sup>1</sup> Курс разработан при содействии АНО «Юристы за конституционные права»

что примат прав человека заменяется представлением о неразделенности прав и обязанностей личности. Это, в свою очередь, приводит к детерминированности прав человека исполнением или неисполнением определенных моральных или правовых норм. В результате права человека становятся напрямую зависящими от того, соблюдает или не соблюдает определенная личность определяемый государством и обществом набор обязанностей. Между тем, очевидно, что принцип неотчуждаемости прав человека не может ограничиваться ничем.

Любопытно, что во многих курсах проблематика прав человека относится ко времени, хронологически предшествующему настоящему: от Древней Греции через Средние века, Новое время до времени дореволюционной России. В большинстве курсов вопросы борьбы за права человека в Европе, в США, и, тем более, в СССР XX веке попросту игнорируются. Исключением являются курсы Института права Башкирского государственного университета, а также курс С.И. Глушковой из Гуманитарного университета в Екатеринбурге.

Практически во всех курсах рассмотрение конституционного права Российской Федерации предшествует международным соглашениям, при этом практически везде недостаточно четко прописан примат международных норм и правил в области прав человека над Российской Конституцией. Такой эффект достигается двумя путями – или изложением основных положений российской Конституции *перед* темами, связанными с международными обязательствами, или, что также встречается в курсах – простое игнорирование международных механизмов защиты прав человека. Среди рассмотренных курсов есть несколько, в которых, в частности, Европейский суд по правам человека не упомянут вовсе.

Одной из наиболее серьезных дидактических проблем преподавания прав человека является отсутствие критического подхода к правам человека. Это связано, очевидно, с в высшей степени нормативистским подходом самих авторов и учебных пособий, с одной стороны, с другой, возможно, с общей традицией преподавания в высшей школе. Так, даже в самых либеральных курсах основной и зачастую единственной проблемой с положением прав человека в России является «низкая правовая культура населения России», «несоответствие России международным нормам в области соблюдения прав человека» или даже «правовой нигилизм населения». Авторы не фиксируют никаких противоречий и проблем в самой идеологии прав человека, не предлагают дискуссии или дебаты на эту тему.

При этом особое место в рассуждениях об идеологии прав человека занимают попытки либо выделить российскую правовую культуру как особенную, либо вообще увязать идеологию прав человека с цивилизационными или культурными особенностями того или иного региона. В этом свете логичными выглядят постоянные попытки охарактеризовать российский путь в области права и прав человека как особенный, не похожий на другие государства. Этим совершенно очевидно разрушается другой, не менее важный принцип идеологии прав человека – принцип универсализма. Путем исключения России из общего контекста достигается важный эффект неприменимости принципов прав человека для интерпретации тех событий, которые в любом другом контексте определяются как грубые нарушения прав человека.

При этом рассмотренных курсах наблюдается большое разнообразие по поводу того, чем же являются права человека *per se*. Так, иногда права человека выделяются как моральная категория – «критерий нравственного измерения политики», «сфера взаимодополнения права и морали», и даже якобы существующий в России «приоритет прав человека по отношению к политике»: «Права человека – консолидирующий принцип нравственной и правовой ориентации российского общества» (цитата из программы курса, читаемого в Волгоградском государственном университете в 2006 году). Иной принцип демонстрирует С.И. Глушкова, для которой права человека фактически совпадают с правовым статусом, что, несомненно, является сведением проблемы прав человека к проблемам прав гражданина, а правозащиты – к различным юридическим – прежде всего, судебным – механизмам.

В результате упоминание правозащитных организаций практически отсутствует. Исключением являются курсы Башкирского государственного университета, в котором не просто упоминаются российские и международные правозащитные организации, но и содержатся материалы об их деятельности, докладах, мониторингах и т.д.

Более отчетливо ситуация с элиминированием правозащиты как таковой проявилась в курсе Воронежского государственного университета, где среди возможных способов защиты прав человека указаны государственные способы защиты прав человека и... самозащита прав человека. Под самозащитой понимается формулировка ст. 45 Конституции о праве каждого защищать свои права законными способами. В результате на занятиях предполагается рассматривать право на митинги, шествия, собрания и демонстрации, использование СМИ, оружия

для самообороны, самозащиту в случае опасности для жизни как исключительно самозащите прав человека. О существовании такого механизма защиты прав человека, как гражданское общество, правозащитные организации, российские и международные, авторы предпочитают не упоминать.

Любопытным выглядит тот факт, что институт уполномоченного по правам человека в ряде курсов указан исключительно в качестве зарубежного института Процедура «Habeas Corpus» также, если судить по тематическому плану курса Волгоградского государственного университета, относится к западному праву и западной практике. Система же защиты прав и свобод в России зачастую начинается с системы конституционного контроля в РФ, продолжается судом как «гарантом прав и свобод личности», и заканчивается административно-правовыми формами защиты прав человека.

Как результат, термин «нарушения прав человека» встречается только в темах, связанных с системой международного права. После чтения целого ряда образовательных программ создается ощущение, что в России права человека защищаются судом и Конституцией, а за рубежом – ООН и региональными конвенциями. Нет ни слова по поводу участия России в этих договорах, в частности, отсутствует такой институт, как Европейский Суд по правам человека, (впрочем, Международный уголовный суд при этом в программах присутствует). Ответственность за нарушения прав человека также обсуждается исключительно в контексте международного права.

По-разному представлена в программах тематика нарушений прав человека в СССР. В частности, в курсе Воронежского университета (2006 г.) констатируется, что «... последующая история советского государства неотделима от грубых массовых нарушений прав человека». В курсе Екатеринбургского Гуманитарного университета (2007 г.) этот вопрос рассматривается применительно к периоду с 1970-80-х годов, причем основной акцент делается на нарушения в армии и пенитенциарной системе (то есть, в учреждениях закрытого типа). Отсылки к проблемам прав человека имеются в курсе Башкирского государственного университета «Права человека» (2006 г.) – здесь рассматриваются и проблемы нарушений прав человека в СССР, и диссидентское движение. Наиболее детально вопрос проработан в курсе того же университета «Проблемы прав человека» (2006 г.), в котором отдельная тема посвящена истории инакомыслия и диссидентства в СССР.

Показательно, что в тех курсах, в которых есть отсылки к правозащитным организациям в прошлом, там наличествуют и ссылки и на материалы правозащитных организаций в современной России.

Современные проблемы нарушений прав человека в рассмотренных курсах подчасную носят подчеркнута «неполитический» характер – в центре рассмотрения курса, например, Гуманитарного университета (2007 г.) находятся права женщин, права детей, с особым фокусом на ювенальную юстицию. Интересно, что помимо этого, в разделе «Права человека в России» упоминаются экологические и информационные права в контексте «информационной безопасности». Также уделено внимание биоэтике, и проблемам эвтаназии. На этом список проблем в области прав человека в современной России завершается. В более либеральном курсе Уральского государственного университета количество упомянутых проблем существенно больше – к уже названным добавляются проблема свободы совести и свободы слова, отдельно упоминается проблема «соотечественников» и нарушения их прав.

**Некоторые выводы.** В результате, проведенное исследование указывает на две основных проблемы преподавания прав человека в российских вузах. Во-первых, права человека традиционно являются и воспринимаются в качестве сферы ответственности юристов и международников; предполагается, что даже на неюридических специальностях права человека должны преподаваться юристами в курсах, посвященных праву. Немногочисленные исключения имеют место только в том случае, когда на факультете находятся специалисты, профессионально занимающиеся изучением или защитой прав человека, но не являющиеся юристами. Во-вторых, в рамках неюридических специальностей преподавание прав человека носит теоретический характер; борьба за права человека рассматривается, прежде всего, как юридическая техника, а так называемые общественные механизмы защиты прав человека оказываются дискредитированы как «юридическим» подходом к рассмотрению способов защиты прав человека, так и доминирующим в современной России дискурсом.

Эти две особенности ведут в лучшем случае к потере интереса студентов к правам человека, а в худшем – к формированию недоброжелательного отношения к ценностям, которые продвигаются в рамках соответствующего учения.

**Решения.** Таким образом, перед структурами и отдельными преподавателями, заинтересованными в развитии образования в области прав человека, встают две важные задачи:

а) охватить образованием в области прав человека как можно большее количество студентов;

б) обеспечить практическую значимость такого знания, которым студенты могли бы пользоваться в повседневной жизни, не обязательно включаясь в непосредственную политическую и правозащитную деятельность.

Опыт функционирования программы «Права человека» в Смольном институте свободных искусств и наук СПбГУ, а также опыт работы неюридических учебных подразделений классических университетов, эффективно осуществляющих обучение правам человека (в качестве примера здесь можно привести отделение прикладной политологии Санкт-Петербургского филиала Высшей школы экономики) показывает, что основным способом решения этих двух задач являются междисциплинарность и интеграция вопросов, связанных с правами человека, в курсы учебных программ, посвященных иной тематике.

Одной из существенных задач в преподавании того или иного курса является демонстрация взаимосвязи проблематики прав человека и гуманитарного и социального знания. Другими словами, даже в курсах, посвященных в целом правовым аспектам защиты прав человека, необходимо обращать внимание на взаимосвязь права и общества, влиянию интеллектуальной среды, гражданского общества на изменения в системе национального и международного права. Вместе с тем, важно включать в такие курсы темы, связанные с международными правозащитными организациями, их вкладом в формирование международной системы защиты прав человека, историей Хельсинкского процесса, и ролью правозащитных организаций в функционировании Европейского суда по правам человека.

В целом, с точки зрения развития компетенций курсы по правам человека возможно разделить на практически-ориентированные, связанные с функционированием систем защиты прав человека на международном, национальном и региональном уровне, и ценностно-ориентированные, связанные с философией, историей, социологией и антропологией. В последних основной упор следует делать именно на обсуждении ценностных аспектов идеологии прав человека и на том, каким образом это преломляется в той или иной гуманитарной или социальной науке. В том случае, если в университете преподаётся всего один курс по правам человека, рекомендуется включить в него оба представленных выше компонента.

Выше уже указывалось, что представление о правах человека как о чем-то исключительно связанном с юриспруденцией и не имеющем

никакой связи с гуманитарным и социальным знанием, является достаточно распространенным в России. Именно поэтому преподаватели, не являющиеся юристами, не рассматривают возможность включения компонента, посвященного правам человека, в содержание своих курсов. Существует несколько способов преодоления такой своеобразной инерции профессорско-преподавательского состава.

Во-первых, необходимо провести методический семинар. В рамках данного семинара преподаватели могли бы познакомиться с примерами программ курсов и/или академических статей, в которых предметы, традиционно преподающиеся в данном учебном заведении, изложены в перспективе прав человека. Для этого можно использовать, в частности, коллекцию слайдбасов Института международных исследований Университета Беркли, проекта по правам человека Бард-колледжа, а также слайдбасы и материалы, разработанные Смольным институтом свободных искусств и наук в рамках проекта «Правозащитная среда и академическое сообщество: интеграция через образование».

Вторым способом является практика включения в учебные планы междисциплинарных курсов, читаемых двумя преподавателями. В частности, опыт Смольного института свободных искусств и наук показывает высокую эффективность преподавания таких курсов, как «Кино и права человека», «Театр и права человека», «Музыка и права человека». Общим для таких курсов является социальная история искусства, в котором все виды искусства могут быть включены в определенный социокультурный контекст, связанный с движением за гражданские права или художественным переосмыслением чудовищных нарушений прав человека в XX веке. Кроме того, Смольным институтом были разработаны материалы к таким междисциплинарным курсам, как «Социология и права человека», «Международные отношения и права человека».<sup>1</sup>

Другим направлением по развитию образования в области прав человека в отдельно взятом вузе является обеспечение участия студентов в работе некоммерческих организаций или общественных движений. Проведенное нами исследование показало, что взаимодействие университетов и НКО (как правозащитных, так и социально-ориентированных), если и существует, то никак не затрагивает содержания чита-

<sup>1</sup> Познакомиться с учебно-методическими материалами, разработанными в рамках проекта «Правозащитная среда и академическое сообщество: интеграция через образование», можно, направив соответствующий запрос координатору проекта Андрею Стародубцеву (star@smolny.org).

емых курсов, а также деятельности студентов. Студенческая практика в некоммерческих организациях, чья сфера деятельности совпадает с профилем подготовки студентов, может показать последним практическую значимость деятельности по реализации и защите прав человека. Однако другим результатом нашего исследования оказался вывод о том, что волонтерство не развито в нашей стране не только потому, что нет граждан, готовых на добровольной и безвозмездной основе взаимодействовать с НКО, но и потому, что активисты НКО не осознают участие граждан в их работе как ценность. Часто студенты рассматриваются профессионалами как секретарский ресурс и используются для решения технических, а не содержательных задач. Такой опыт, скорее всего, оттолкнет студентов от дальнейшего сотрудничества с организациями третьего сектора, а потому руководителям кафедр необходимо серьезно подойти к отбору организаций, в которых учащиеся могли бы выполнять пусть скромную, но содержательно насыщенную работу.

Третьим направлением деятельности по продвижению образования в области прав человека в российских университетах, является использование подходов, использующих критическое и продуктивное мышление студентов. Как известно, наименее эффективным способом взаимодействия со студентами в рамках данной тематики является классическая лекционно-семинарская форма занятий. При реализации такого подхода права человека рассматриваются студентами как теория, далёкая от практических умений и навыков и представляющая собой нормативное знание, имеющее отношение исключительно к функционированию государств Западной Европы и США. Иным, более эффективным, способом преподавания прав человека является использование интерактивных методик обучения на всем протяжении курса, результатом чего становится развитие продуктивного и критического осмысления студентами теории и практики прав человека.

Принципиальным для преподавателя должно быть право студента не только высказывать свою точку зрения, отличную от той, которая разделяется преподавателем, но и настаивать позицию, противостоящую идеям либерализма и прав человека. В этом случае, как представляется, задачей преподавателя является не переубеждение студента, а выстраивание системы аргументов, которые будут иллюстрировать ту или иную проблему концепции прав человека. Наиболее удачными являются случаи, когда удается показать, что противоположные точки зрения вполне могут базироваться на отсылках к принципам защиты прав человека (например, проблема абортов и эвтаназии).

Указанное соображение не отменяет необходимости делать акцент на принципах, на которых зиждется идеология прав человека – уважения к человеческой личности и ее свободе. Вызывает серьезные возражения ложно понятый принцип «нейтральности», когда любое мнение или высказывание воспринимается как приемлемое с точки зрения идеологии прав человека, поскольку является результатом свободного высказывания и результатом реализации свободы слова и самовыражения. Следует обратить внимание на существенную задачу в преподавании прав человека: не подавляя студента, тем не менее предлагать анализ его высказывания, мнения или предлагаемой объяснительной модели с точки зрения идеологии прав человека.

Реализуя эти три направления, важно помнить что такой подход к образованию в области прав человека направлен не на создание специалиста по защите прав человека, а формирование социально активного гражданина, знающего и уважающего права человека. При этом представляется, что такой подход продуктивен в условиях двухуровневой системы высшего образования. Получив на уровне бакалавриата такую подготовку, студент может при желании углублять свои знания по правам человека в магистратуре.

**Препятствия.** Главным препятствием для обеспечения такого подхода к образованию в области прав человека является сопротивление среды – как технологическое, так и политическое.

Технологическое сопротивление связано с ригидностью системы высшего образования в России. Жесткое деление на направления подготовки (имеющее место даже в условиях перехода на двухуровневую систему высшего образования), требования учебных планов и государственных стандартов приводят к снижению мотивации администраторов и преподавателей разрабатывать междисциплинарные курсы, включающие в себя компонент по правам человека в рамках специальностей, не связанных с этой тематикой (это касается даже факультетов политических наук). То же касается и организации «реальной» практики в общественных организациях. Политическое сопротивление связано либо с идеологическими предпочтениями преподавателей и администраторов образовательных программ, либо с ограничением академических прав и свобод со стороны администрации университета и властей.

В результате оказывается, что в рамках классических государственных университетов образование в области прав человека осуществляется, прежде всего, на индивидуальной основе отдельными



преподавателями. На системном уровне это возможно только при условии поддержки данного направления в образовании администрацией кафедр, факультетов и университетов. Такое положение порождает достаточно пессимистичные прогнозы о возможностях повсеместного распространения высококачественного и эффективного образования в области прав человека. А потому в современных условиях нашей центральной задачей становится поддержка и развитие существующих «точек роста», которым, видимо, суждено будет стать центрами развития в более благоприятных условиях.

#### **Список использованных источников:**

1. Inglehart R. How Solid Is Mass Support for Democracy: And How Can We Measure It? / R. Inglehart // *Political Science and Politics*. 2003. Vol. 36. №1. P. 51 – 57.
2. Суслов А.Б. Права человека: теория и методика преподавания в школе / А.Б. Суслов [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [www.pravo.vuzlib.net/book\\_z2190\\_page\\_3.html](http://www.pravo.vuzlib.net/book_z2190_page_3.html)
3. Прудников А.С. Право прав человека и его преподавание в учебных заведениях МВД России / А.С. Прудников // *Практика обучения нормам международного гуманитарного права и права прав человека в системе МВД России*. – СПб, 2002. – С. 70-76.
4. Dershowitz Alan M. Rights From Wrongs: A Secular Theory of the Origin of Rights / Alan M. Dershowitz. – New York: Basic Books, 2004. – 261 p.
5. В защиту общественных интересов : руководство для юристов и правозащитников / Под ред. Э. Рекоша, К. Бучко, В. Терзиевой, Д. Шабельникова ; [пер. с англ. Д.Б. Шабельников ; науч. ред. пер. Н.М. Кипнис]. – М. : Юристъ, 2004 – 506 с.

## **ВИКЛАДАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ У СИСТЕМІ ВИЩОЇ ОСВІТИ: ПРОБЛЕМИ ТА РІШЕННЯ**

*Д. Дубровський*

*Санкт-Петербурзький державний університет,  
м. Санкт-Петербург, вул. Галерна 58-60, e-mail: [dubr@smolny.org](mailto:dubr@smolny.org)*

*А. Стародубцев*

*Санкт-Петербурзький державний університет,  
м. Санкт-Петербург, вул. Галерна 58-60, e-mail: [star@smolny.org](mailto:star@smolny.org)*

У статті розглядається проблеми викладання прав людини в РФ, а також в зарубіжних університетах. Аналізуються проблеми, які стоять перед викладанням цього курсу на вітчизняних теренах. Пропонуються способи вирішення означених ускладнень.

*Ключові слова:* викладання, права людини.

## **TEACHING HUMAN RIGHTS IN THE SYSTEM OF HIGHER EDUCATION: PROBLEMS & SOLUTIONS**

*D. Dubrovsky*

*Saint Petersburg State University,  
Saint Petersburg, Galernaya Str., 58-60, e-mail: [dubr@smolny.org](mailto:dubr@smolny.org)*

*A. Starodubtsev*

*Saint Petersburg State University,  
Saint Petersburg, Galernaya Str., 58-60, e-mail: [star@smolny.org](mailto:star@smolny.org)*

The article outlines problems of human rights' teaching in Russia and in foreign universities. The problems which accompany teaching of this course in domestic practice are discussed. Solutions are set forth.

*Keywords:* teaching, human rights.

## ПРОЕКТ «ГУМБОЛЬДТОВСКОГО» УНИВЕРСИТЕТА В ГЕРМАНИИ XIX В.: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО СТАТУСА И АКАДЕМИЧЕСКИХ СВОБОД

*А. Дудчик*

*Белорусский государственный университет,  
г. Минск, ул. Кальварийская, 9, e-mail: a\_dudchik@tut.by*

Проблема отношений между интеллектуалами (людьми, занимающимися интеллектуальной деятельностью) и социальными институтами, в рамках которых эта деятельность осуществляется, является весьма значимой и актуальной. Если говорить о постсоветской ситуации, то для нее характерна достаточно устойчивая связь между интеллектуалами и образовательными учреждениями (часто – государственными), а сама деятельность интеллектуала тесно связана с преподаванием. Поэтому актуальной является проблематика академических свобод, т.е. комплекса принципов, в соответствии с которыми строятся отношения преподавателя и университета, осуществляется преподавательская и научно-исследовательская деятельность и определяется статус и позиция интеллектуала в целом. История взаимоотношений интеллектуала и университета имеет достаточно долгую и насыщенную историю, рассмотрению одного из наиболее значимых моментов этой истории и будет посвящена данная работа.

Университет современного типа обычно называют «гумбольдтовским», подобное название призвано подчеркнуть своеобразие этой университетской модели по сравнению с, например, средневековым университетом. Идеологом и создателем гумбольдтовского университета является выдающийся немецкий ученый Вильгельм фон Гумбольдт. Основы его концепции университетского образования изложены в его работе «О внутренней и внешней организации высших научных заведений в Берлине» [1]. Университетскую реформу Гумбольдта В. Куренной оценивает следующим образом: она «является удивительным случаем возрождения на новых основаниях института, который, казалось бы, доживал свои последние дни. Гумбольдту было прекрасно известно содержание просвещенческой критики университета, агитировавшей в пользу его ликвидации... И все же Гумбольдт рискнул не следовать по пути французской реформы и предложил новую формулу университетской организации – как образовательно-научной структуры, отличающейся от специализированного высшего учебного

заведения, дающего выпускникам полезную профессию» [2]. При этом следует отметить, что гумбольдтовский университет являлся центральным элементом уникальной системы образования в Германии, принципиально отличающейся от образовательных систем Англии и Франции. Сама эта система доказала свою эффективность, способствуя развитию германской науки и образования и их выдвижению на лидирующие позиции. Кроме самой Германии, система успешно функционировала в Австро-Венгерской и Российской империях, Скандинавии, Нидерландах, Швейцарии. При этом, несмотря на значительное культурное разнообразие германских университетов, зачастую различную государственную принадлежность и в целом достаточно низкую степень централизации образовательной системы (подобная низкая степень централизации характерна для германской культуры рассматриваемого периода в целом и иногда фиксируется историками при помощи термина «особый путь Германии» (Deutscher Sonderweg).

Возникновение гумбольдтовского университета являлось результатом процессов, происходящих в германском обществе и германской культуре того времени (этот культурный прорыв в областях философии, науки, литературы, музыки профессор А.Л. Доброхотов в своих лекциях называл «немецкой культурной революцией», ставя ее в один ряд с французской политической и британской промышленной). Сам университет изначально рассматривается не только как образовательное, но и как культурное учреждение, целью которого является разработка и трансляция культурных ценностей. Понятие культуры одно из наиболее значимых для германской философской и гуманитарной мысли того периода. Понятие культуры, понимаемой как образование органическое, историческое и внутреннее противопоставляется понятию цивилизации как чему-то механическому и внешнему. Именно в этой естественной стихии культуры университет и получает собственную легитимацию. Как пишет Б. Риддингс: «Университет Культуры, основанный Гумбольдтом, обязан своей легитимностью культуре... Поэтому раскрытие идеи культуры и развитие индивида нераздельны. Объект и процесс связаны органически, и местом их соединения выступает Университет» [3, 96].

Для немецкой культуры того времени характерно своеобразное понимание знания, которое зафиксировано в понятии науки (Wissenschaft). Наука рассматривается не просто как совокупность разнообразных знаний, но как нечто единое и тождественное (идентичное) себе. Поэтому университет призван не просто предоставить студентам

набор знаний и умений в тех или иных областях, но и сформировать у них понимание целостного характера знания. Поэтому университет выполняет функцию не только обучения, но и образования. Понятие образования (*Bildung*) является также весьма значимым для немецкой культуры. При этом перевод понятия *Bildung* на русский как образования является достаточно условным: следует учитывать полисемантическую данность данного понятия и длительную историю его употребления [см. 4]. Важным является корень *Bild*, указывающий на наличие идеального образца, в соответствии с которым человек образовывается, или формируется. По его культурной значимости, семантическому многообразию, и, что не менее важно, содержательно, понятие *Bildung* можно соотнести с древнегреческим понятием «Пайдейя» (*παιδεία*), значение которого для греческой культуры сложно переоценить [см. 5]. Не менее важной при этом оказывается активность самого человека, выступающего как один из субъектов процесса образования. При этом понятие *Bildung*, имеющее достаточно богатую традицию употребления, может применяться не только к человеку (или, скажем, к его образу мысли), но и к социальным институтам (например, государству, понимаемому как социальное и политическое тело). В некоторых текстах встречается понимание *Bildung* как процессов общего генезиса (Гердер) или метаморфозы (Кант).

Еще одной важной особенностью гумбольдтовского университета, отличающей его от других образовательных учреждений, является соединение обучения (образования, преподавания) и исследования. Подобное соединение (или единство) основывается на понимании университета как особого хронотопа, обладающего собственным временной длительностью. Как отмечает Б. Ридингс: «Поскольку знание становится автономным объектом, который можно помыслить органически, преподавание должно иметь возможность быть в одно и то же время и процессом производства, и процессом воспроизводства» [3, 100].

Сама реформа Гумбольдта в начале 19 в. (включавшая, в том числе, и создание ряда новых университетов) проходила при активном участии государства, что и предопределило в дальнейшем двойственный статус германского университета: с одной стороны, он являлся государственным учреждением (а преподаватели обладали статусом государственных служащих), с другой – сохранял статус свободной корпорации с достаточно высокой степенью автономности и университетского самоуправления. Подобный двойственный статус оказал большое влияние на развитие гумбольдтовского университета в

19 в. Двойственное отношение с государством базируется на идеях Ф. Шлейермахера и В. Фон Гумбольдта. Так, согласно Шлейермахеру, «связь между университетом и государством должна быть полностью косвенной. Государство должно вмешиваться лишь для того, чтобы защищать свободу Университета. Эта свобода делает возможной автономную философскую рефлексию и следование внутренним потребностям самого знания» [3, 98]. А для самого Гумбольдта университет «является продуктивным дополнением к государственному аппарату ... поэтому Гумбольдт устанавливает четкие границы той власти, которой может обладать государство над Университетом» [3, 100].

Одной из важнейших задач университета, помимо собственно образования и научно-исследовательской деятельности, являлась подготовка государственных служащих, что предполагает контроль со стороны правительства (а именно – Министерством образования). Возможности последнего в области контроля и управления были достаточно велики и основывались на целом ряде средств, в том числе и наказания (среди последних можно отметить возможности предупреждения, выговора и взыскания, которые, как отмечает Ф. Паульсен в своей фундаментальной работе «Германские университеты», в Пруссии никогда не применялись [6, 82]).

Как уже упоминалось, члены университетского сообщества (получившие должность ординарного профессора) являлись государственными служащими и получали заработную плату. При этом еще одним источником дохода являлась плата, которую вносили студенты, посещающие их занятия (т.н. *honorarium*). При этом профессора не получали пенсии, но, даже в случае отхода от преподавания, продолжали получать зарплату чиновника. Далее, Министерство образования назначало профессоров, при этом университет мог предлагать собственные кандидатуры. Как показывает статистика, приводимая Ф. Паульсеном [6, 84], в большинстве случаев назначались кандидатуры, предложенные самим университетом. При этом различие в зависимости от факультета ситуация могла достаточно существенно меняться: так, на медицинском факультете без рекомендации университета назначалось около 20 % профессоров, а на теологическом – свыше 30 %.

Тем не менее, отличительной особенностью германского университета являлась достаточно большая степень его автономности и академических свобод, зафиксированных, в том числе, законодательно. Так, Паульсен отмечает, что «принцип свободы обучения и преподавания, сформулированный в 20 параграфе Прусской Конституции, может

быть назван одним из фундаментальных принципов публичного права» [6, 75]. Так, университет самостоятельно выбирал ректора (являвшегося «наглядным символом корпоративной независимости университета» [6, 79]) и деканов, а также членов университетского Сената. Кроме того, университет обладал возможностью применения наказания для членов корпорации (штраф, арест, исключение).

Отдельно следует отметить свободу преподавания (*Lehrfreiheit*) заключающуюся в самостоятельном выборе университетом читаемых курсов и их содержания. Эта свобода рассматривалась самими представителями германского университета как одно из наиболее значительных достижений германской образовательной системы (отличающее ее, например, от более централизованной французской). При этом проблема академической свободы оставалась одной из наиболее актуальных и дискуссионных для германской университетской среды.

Сама идея академической свободы является закономерным следствием характерного для гумбольдтовского университета соединения образования и исследования, при котором образование является производной от поученного в результате исследования нового научного знания. Сама наука (*Wissenschaft*) рассматривалась как принципиально незавершенный процесс познания. Таким образом, содержание образования также понималось как находящееся в процессе постоянного изменения, при этом над изменением содержания образования могут работать как преподаватель, так и студенты: «характерной чертой высших научных заведений является то, что они всегда рассматривают науку как еще не решенную до конца проблему и поэтому неизменно остаются в исследовании, в то время как школа имеет дело исключительно с готовыми и уложившимися знаниями, которым и учит. Отношение между преподавателем и учащимся поэтому становится вполне другим чем прежде. Преподаватель не заботится об учащихся, а оба заботятся о науке; дело преподавателя связано с присутствием учащихся и без них не проходило бы так же счастливо, как с ними; если бы учащиеся не собрались сами вокруг преподавателя, он сам искал бы их для того, чтобы ближе подойти к своей цели, стремясь связать проверенную, но как раз поэтому возможно более одностороннюю и уже менее живую собственную силу с их более слабой силой, смелодвигающейся еще без определенной цели во все стороны» [1, 6]. Естественно и логично, что определять содержание процесса образования в таком случае должны те, кто непосредственно занимается научными исследованиями, а не внешние по отношению к этому процессу силы

и инстанции. Тем не менее, принцип академической свободы применялся с определенными ограничениями. В частности, он достаточно успешно реализовывался в области естествознания и технических дисциплин, но ситуация принципиально менялась в случае социальных и политических наук или теологии. В этих дисциплинах преподаватель мог излагать собственные взгляды и концепции, избегая при этом того, что могло быть расценено как непосредственная политическая или конфессиональная пропаганда. И в целом деятельность университетского преподавателя рассматривалась как принципиально находящаяся вне политики. При этом подобная аполитичность не ограничивалась территорией университета, но распространялась и на активность преподавателя за пределами университетской аудитории. Так, профессор университета (являясь государственным чиновником) не мог состоять в политических партиях.

Рассматривая подобную ангажированность политических и социальных дисциплин, Паульсен отмечает, что их отличие от естествознания (как, по его мнению, чисто рациональной области знания) заключается в том, что они включают в себя не только интеллектуальную, но и волевую составляющую, которая и требует определенных ограничений. В принципе, Паульсен, будучи неокантианцем, воспроизводит кантовское различие практического (затрагивающего проблемы этики) и теоретического (ограничивающегося областью научного познания) разума, а также различие между частным и публичным применением разума. Последнее излагается И. Кантом в работе «Ответ на вопрос: что такое Просвещение?». В частности, он пишет: «Под публичным же применением собственного разума я понимаю такое, которое осуществляется кем-то как ученым перед всей читающей публикой. Частным применением разума я называю такое, которое осуществляется человеком на доверенном ему гражданском посту или службе. Для некоторых дел, затрагивающих интересы общества, необходим механизм, при помощи которого те или иные члены общества могли бы вести себя пассивно, чтобы правительство было в состоянии посредством искусственного единодушия направлять их на осуществление общественных целей или по крайней мере удерживать их от уничтожения этих целей. Здесь, конечно, не дозволено рассуждать, здесь следует повиноваться» [7, 29]. Здесь важно отметить, что Кант (не излагавший свою оригинальную трансцендентально-критическую философию в качестве университетских курсов) проводит различие между исследовательской деятельностью ученого и просветительской деятельностью преподавателя. Для

Канта, представляющего классический, до-гумбольдтовский университет принципиальное различие между двумя видами деятельности (и, в определенном смысле, их противопоставление) достаточно естественно. Подобное различие сохраняется и у Г. Гегеля, который в предисловии к своей «Философии права» (основанной на конспекте его лекций) подчеркивает: «непосредственным побуждением к изданию этой работы послужила потребность дать моим слушателям руководство к лекциям по *философии права*, которые я читаю по долгу службы» [8, 44]. Естественно, к профессиональной деятельности (Beruf) преподавателя оба мыслителя относятся со всей серьезностью, однако отличают ее от собственно исследовательской. В гумбольдтовском университете эта грань стирается, однако возникает новое противопоставление: противопоставление образования-исследования и практической (в частности, политической) деятельности. В последнем случае научно-образовательная деятельность выступает как публичное (т.е. универсальное) применение разума, а деятельность политическая – как применение частное (выражающее ограниченные интересы и подчиненные ограниченным целям). При этом преподаватель в своей деятельности должен абстрагироваться от личных (т.е. частных) предпочтений и предрассудков. Паульсен формулирует общее требование к преподавателю: «наука возможна только тогда, когда личный интерес исследователя, а также его личные суждения не будут влиять на полученный результат... тем не менее, для преподавателя, назначенного государством и получающего средства от людей, важным будет в целом позитивное отношение к народу и государству» [6, 246].

В целом, можно отметить, что подобное понимание академических свобод в гумбольдтовском университете является следствием двойственного правового статуса этого университета как государственного университета и как свободной корпорации. При этом университет как корпорация и государство (представленное, преимущественно, Министерством образования) выступали в качестве двух сил, контролирующих и ограничивающих притязания друг друга. Например, В. Куренной отмечает, что вмешательство государства в университетские дела (например, при назначении профессоров) предполагало ограничение корпоративизма и усиления внутриуниверситетских групп влияния. Возможность подобных негативных последствий университетской автономии осознавалась, например, и Ф. Паульсеном, однако он рассматривал ее следствия как необходимые издержки академических свобод. При этом, как отмечает В. Куренной, «проблема корпоративизма

– это бич университета как такового. Собственно говоря – это ключевая проблема в том числе и для нашей с вами ситуации: автономия это благо, которое, к сожалению, слишком часто в истории университета становится жертвой злоупотребления... Свободе же опасность угрожает не только со стороны государства, но и со стороны самих учреждений, которые при своем возникновении приобретают определенный дух и впоследствии склонны подавлять проявление иного духа» [9, 234-235]. Подобные явления могут вести к корпоративной замкнутости, и отстаиванию собственных социальных и корпоративных интересов в ущерб научной деятельности (что привело, например, к феномену «мандаринства», описанному Ф. Рингером [10]). Следует отметить, что в данной аргументации содержится уже упоминавшееся противопоставление частного и публичного применения разума. При этом уже научная деятельность рассматривается как разновидность публичного применения разума, которому грозит участь превращения в применение частное. Переводя проблему в социально-политическую плоскость, можно отметить конфликт современного государства (исходящего из универсалистских оснований) и корпоративной структуры (во многом продолжающей традиции до-модерного, средневекового университета).

Подведем краткие итоги. Проект гумбольдтовского университета возникает в контексте немецкой культуры с ее оригинальными представлениями о науке и образовании. С самого начала университет обладал двойственным правовым статусом: он являлся и государственным учреждением, и свободной корпорацией. Подобное двойственное положение предопределило интерес к проблемам соотношения университета и государства и университетских академических свобод. Важным для понимания специфики академических свобод в гумбольдтовском университете является восходящее к философии И. Канта противопоставление частного и публичного применения разума.

#### Список использованных источников:

1. Гумбольдт В. фон. О внутренней и внешней организации высших научных заведений в Берлине / В. фон Гумбольдт // Неприкосновенный запас. – 2002. – № 2. – С. 5-10.

2. Куренной В. Бастард модерна. О текущем кризисе университета / В. Куренной // Неприкосновенный запас – 2011. – № 3. – [Электронный

ресурсе]. – 2011. – Режим доступа: <http://magazines.russ.ru/nz/2011/3/ku8.html> – Дата доступа: 01.11.11.

3. Ридингс Б. Университет в руинах / Б. Ридингс. – Мн.: БГУ, 2009. – 246 с.

4. Сапрыкин Д.Л. Значение и смысл понятия «образование» (на примере немецкой философии конца XVIII – начала XIX в.) / Д.Л. Сапрыкин // Вестник МГУ. Серия 7. Философия – 2008. – № 1. – С. 45-51.

5. Йегер В. Пайдейя. Воспитание античного грека / В. Йегер. – Т. 1 – М.: Греко-латинский кабинет Ю.А. Шичалина, 2002. – 594 с.

6. Paulsen F. The German Universities and University Study / F. Paulsen. – New York: Charles Scribner's sons, 1906. – 460 p.

7. Кант И. Ответ на вопрос: что такое Просвещение? / И. Кант // Собр. соч. в 6-ти т.т. – М.: Мысль, 1963-1966. – Т. 6. – С. 25-35.

8. Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г.В.Ф. Гегель // Г.В.Ф. Гегель. – М.: Мысль, 1990. – 524 с.

9. Куренной В.А. Немецкие мандарины: критические заметки / В.А. Куренной // Политическая концептология – 2010. – № 2. – С. 224-237.

10. Ringer F. The Decline of the German Mandarins: The German Academic Community, 1890—1933. / F. Ringer. – Hannover; London: The Wesleyan University Press, 1990. – 528 p.

## **ПРОЕКТ «ГУМБОЛЬДТІВСЬКОГО» УНІВЕРСИТЕТУ У НІМЕЧЧИНІ ХІХ СТ.: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ Й АКАДЕМІЧНИХ СВОБОД**

*А. Дудчик*

*Білоруський державний університет,*

*м. Мінськ, вул. Кальварійська, 9, e-mail: a\_dudchik@tut.by*

У статті аналізується проект «гумбольдтівського» університету, його культурні та ідейні передумови. Розкривається подвійність соціального і правового статусу університету, розглядаються проблеми академічних свобод і відносин університету з державою.

*Ключові слова:* гумбольдтівський університет, академічні свободи, університетська корпорація.

## **THE PROJECT OF HUMBOLDT'S UNIVERSITY IN GERMANY IN THE 19<sup>TH</sup> CENTURY: PROBLEM'S OF LEGAL STATUS AND ACADEMIC FREEDOM**

*A. Dudchik*

*Belarusian State University,*

*Minsk, Kalvaryiskaya Str., 9, e-mail: a\_dudchik@tut.by*

The project of Humboldt's University, its cultural and philosophical foundations are analyzed. The double social and legal status of the University and problems of academic freedom and relations with state are described.

*Keywords:* Humboldt's University, academic freedom, University corporation.

## СОЦИАЛИЗАЦИЯ И ПРАВО

*М. Дьячкова*

*Уральский государственный педагогический университет,  
г. Екатеринбург, пр. Космонавтов, 26,  
e-mail: dyachkova.margarita@yandex.ru*

В современном мире, когда меняются правовые нормы, образцы поведения, реализация прав человека зависит во многом от самого человека, его способностей адаптироваться к изменениям, преобразовывать отношения между личностью и государством на основе развития права, установления законности. Для этого человеку необходимо овладеть социально-правовыми знаниями, навыками реализации прав, опытом взаимоотношений с социальными институтами.

Человек как существо социальное в течение жизни усваивает социальные ценности и нормы, содержание которых ориентирует на поддержание социального порядка в обществе. Интернализация, усвоение индивидом выработанных обществом ценностей и норм, происходит в процессе социализации, результатом которой является появление внутреннего императивного саморегулятора, совести, которая без внешнего социального контроля способна удерживать индивида от нежелательных для общества, потенциально дезинтегрирующих общество действий.

Социализация (от лат. *socialis* – общественный) – это развитие человека на протяжении всей жизни через усвоение, воспроизводство норм и ценностей и создание культуры общества. Одним из первых обратил внимание на проблему социализации французский социолог и философ Э. Дюркгейм, понимающий социализацию как сочетание приспособления и обособления человека к условиям конкретного общества. Содержание процесса социализации определяется заинтересованностью общества в том, чтобы его члены успешно овладевали социальными ролями (полоролевая, профессиональная, семейная, политическая и др. социализация). Э. Дюркгейм подчеркивал, что любое общество стремится сформировать человека в соответствии с имеющимися у него идеалами (моральными, интеллектуальными, физическими и др.).

В Европейской социальной хартии (принята в Турине, 1961 г., изменена и дополнена в Страсбурге, 1996 г.) в ст. 17 подчеркнута, что необходимо принимать все меры для обеспечения эффективного

осуществления права любого человека воспитываться в обстановке, способствующей полному развитию его личности. Дети и молодежь должны получать необходимые для них заботу, помощь, образование и профессиональную подготовку, в частности путем создания или поддержания достаточных и адекватных для этого учреждений и служб. Общество должно оберегать детей и молодежь от безнадзорности, насилия и эксплуатации. Данная статья Хартии подтверждает, что право на социализацию является неотъемлемым правом каждого человека.

Социализация находится в поле зрения исследователей из разных областей знания:

– психологи Л.С. Выготский, А.Н. Леонтьев разработали теорию социальной деятельности как основы социализации;

– Дж.Г. Мид, представитель символического интеракционизма, рассматривает социализацию как освоение социальных ролей в процессе социального взаимодействия;

– З. Фрейд, основатель психоанализа, анализирует социализацию с учетом биологической природы человека и его первичных влечений, считая, что главным фактором социализации является семья;

– Э. Эриксон обосновывает, что социализация осуществляется в течение всей жизни, путем решения разного рода проблем, возникающих на разных этапах жизни человека.

Социализация, точнее правовая социализация, находится в поле исследовательских проблем и антропологии права, так как говорить о становлении полноправной личности без включения ее в процесс правовой социализации не представляется возможным.

Правовая социализация как целенаправленный процесс адаптации личности к правовой жизни в обществе, с точки зрения целей обеспечивает интеграцию человека в правовую среду, правовые отношения; адаптацию к существующим правовым состояниям, актуальным для человека; регуляцию поведения человека; развитие правовой активности человека.

Правовая социализация личности – это единство процесса освоения правовых норм поведения и механизма формирования правовых качеств личности. Результатом успешной правовой социализации является адекватное функционирование человека в правовом поле. Следует отметить, что постоянно меняющаяся правовая реальность как следствие влечет за собой тот факт, что правовая социализация личности происходит практически на протяжении всей жизни человека.

Правовая социализация – это процесс, а не одномоментное явление. На ранней стадии развития человека правовая социализация осуществляется в процессе воспитания, формирования личности. Затем правовая социализация осуществляется под воздействием социальных институтов, связана с формированием новых знаний, навыков, отношений. Наряду с правовой социализацией под влиянием неблагоприятных факторов может происходить и правовая десоциализация, вызванная утратой ценностей, полным или частичным отрицанием правовых норм.

Правовая социализация может осуществляться под воздействием разного рода факторов. В связи с этим следует говорить о стихийной правовой социализации, содержание, характер и результаты которой определяются социокультурными реалиями. Правовая социализация может быть относительно направляемая государством и относительно социально контролируемая, когда государством и обществом создаются условия для правового развития человека. Важно назвать правовую социализацию, в основе которой лежит желание человека самосовершенствоваться в правовом смысле, исходя из его индивидуальных потребностей и объективных условий жизни.

Человек имеет право на социализацию в целом и правовую в частности, то есть право на освоение системы социальных, правовых норм, ценностей, на выработку на этой основе социальных, правовых установок, ориентаций, потребностей.

Право на социализацию предполагает включение индивида в реальную жизнь, овладение им всеми необходимыми социальными (в том числе правовыми) знаниями, навыками, что обеспечивается имеющимися в государстве институтами социализации. Институты социализации – это система естественно сложившихся или специально созданных учреждений, организаций, функционирование которых направлено на развитие индивидов через образование и воспитание. К ним относятся: институты первоначального развития природных свойств человека (семья, ДОУ), институты обучения и воспитания (школа, спортивные клубы и др.), институты общественно-производственной социализации (трудовые коллективы, общественные организации и партии), армия, СМИ, конфессии и др.

Вхождение человека в правовое пространство обеспечивается всеми выше названными институтами социализации, а также различными институтами права, которые, реализуя право человека на правовую социализацию, участвуют в процессе его социализации путем правового воспитания, формирования правосознания и правовой культуры.

## СОЦІАЛІЗАЦІЯ І ПРАВО

*М. Дьячкова*

*Уральський державний педагогічний університет,  
м. Єкатеринбург, пр. Космонавтів, 26,  
e-mail: dyachkova.margarita @yandex.ru*

У статті обґрунтовано взаємозв'язок соціалізації і права. Соціалізація і правова соціалізація перебувають у полі дослідницьких проблем й антропології права. Правова соціалізація розглядається як цілеспрямований процес адаптації особистості до правового життя в суспільстві. Правова соціалізація забезпечує інтеграцію людини в правове середовище, адаптацію до правової реальності, регуляцію поведінки людини.

*Ключові слова:* право, соціалізація, правова соціалізація, права людини, право на соціалізацію.

## SOCIALIZATION AND LAW

*M. Dyachkova*

*Ural State Pedagogical University,  
Yekaterinburg, Kosmonavtov Av., 26,  
e-mail: dyachkova.margarita@yandex.ru*

The article alleges the interrelationship of socialization and law. Socialization and legal socialization are in the scope of research problems and anthropology of law. Legal socialization is considered to be purposeful process of adaptation of the person to a legal life in the society. Legal socialization provides integration of the person into the legal environment, adaptation to a legal reality, regulation of person's behavior.

*Keywords:* law, socialization, legal socialization, human rights, the right to socialization.



## О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЖЕНЩИН В КОНТЕКСТЕ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНЦИПА ВСЕОБЩЕЙ ПОДСУДНОСТИ

**Б. Есенкулова**

*Американский университет в Центральной Азии,  
г. Бишкек, ул. Абдымомунова, 205, e-mail: esenkulova\_b@mail.auca.kg*

Норбер Рулан, известный французский юрист и антрополог, в своей книге «Юридическая антропология» пишет, что война «представляет собой одну из форм насилия, которая... применяется... при разрешении конфликтов в различных обществах, причем настолько часто, что мы вправе себя спросить, а не является ли оно неотъемлемой частью социальной жизни» [1, с. 149]. Действительно, за последние столетия человечество столкнулось с большим количеством войн, которые в свою очередь порождают огромное количество жертв. Среди таких жертв особо уязвимыми являются женщины. Имеется множество фактов, свидетельствующих о том, что в период военных действий они подвергаются насилию. Например, во время Первой мировой войны немецкие солдаты насиловали женщин завоеванных сёл и городов, тем самым, устанавливая своё господство над ними [2, с. 847]. Во время Второй мировой войны японские солдаты участвовали в массовом изнасиловании женщин в Китае, Корее и на Филиппинах [3, с. 40, 601]. Также массовые изнасилования имели место в Руанде, Сальвадоре, Гватемале, Либерии, Мьянме (Бирме) и на территории бывшей Югославии [4, с.1-7; 123]. Как видно из перечисленных примеров, огромное количество женщин подверглось изнасилованию во время военных действий. Однако лишь незначительное число военных понесло ответственность за свои противоправные действия.

В этой связи, одной из важных тем в рамках изучения антропологии права является вопрос, связанный с международной системой защиты прав человека (в данном случае – прав женщин). Как пишет доктор юридических наук, профессор В.С. Нерсесянц, в предмет антропологии права входит «весь комплекс правовых явлений – правовые нормы, отношения...способы регуляции поведения, защиты порядка, разрешения конфликтов..., которые складываются в различных сообществах» [5, с. 1]. А.И. Ковлер в своем учебнике «Антропология права» также подчеркивает важность изучения вопросов, связанных с правами человека во время военных действий и их защитой, поскольку это «касается прав

человека в критические моменты его жизни, когда он волею судьбы оказывается в зоне военных конфликтов» [6, с. 388]. Н. Рулан посвящает отдельную главу конфликтам, уголовной системе и видам наказания в своей книге «Юридическая антропология», подчеркивая важность изучения данной темы в рамках антропологии права [1, с. 144].

Использование изнасилования во время войны в качестве метода терроризирования народа и эффективного орудия подчинения имеет глубокие исторические корни. Со времен древних греков, победители получали право подвергать женщин завоеванной стороны изнасилованию [7, с. 110]. Сегодня, несмотря на стремительный технологический прогресс и высокий уровень развития цивилизации, поведение военных не особо отличается от поведения военных древних времен. Как уже было отмечено, огромное количество женщин подверглось изнасилованию во время военных действий. Однако лишь незначительное число военных понесло ответственность за свои противоправные действия. Изнасилованию вплоть до конца XX века не придавали огромного значения на практике, считая это неизбежной составляющей войны, наградой для военных-завоевателей, эффективным методом унижения женщин и мужчин одной культуры, личной проблемой женщин, выражением «абсолютной» победы, а также орудием при установлении господства [8].

Тем не менее, на данный момент совершение массовых и систематических изнасилований во время войны постепенно начинает восприниматься как серьёзное международное преступление. При этом, возникают определенные трудности, так как ещё предстоит борьба с укоренившимися убеждениями и практикой. Одной из таких трудностей является применение принципа всеобщей подсудности в отношении изнасилования как преступления, имеющего массовый и систематический характер во время войны. Данная проблема актуальна, так как до сих пор отсутствует единая позиция в этом отношении. Поэтому цель настоящей статьи – обозначить проблемы, связанные с применением принципа всеобщей подсудности в отношении изнасилования как международного преступления, а также выявить возможный путь применения данного принципа путем анализа существующих норм в международном праве, прецедентов и доктринальных источников.

Прежде всего, необходимо рассмотреть само понятие принципа всеобщей подсудности. Принцип всеобщей подсудности – это принцип в международном праве, в соответствии с которым государства могут

осуществлять правосудие над людьми, совершившими определенные международные преступления за пределами их границ, независимо от их национальности, гражданства, а также независимо от прямого интереса государства в отношении судебного преследования этих людей [9, Пауст, с. 659; Исенберг, с. 1079, Боэд, с. 297]. Применение принципа всеобщей подсудности признается правомерным тогда, когда совершенное деяние представляет угрозу всему международному сообществу. В этом случае, любое государство может осуществлять судебное преследование лиц, ответственных за совершение таких преступлений во благо всего мирового сообщества [10, Лангер, с.1; Отчет ООН, с. 2; Отчет, с. 2].

Основная трудность применения всеобщей подсудности в отношении изнасилования заключается в том, что за изнасилование в мировой практике практически никогда не несли ответственность. Доказательством этого положения могут служить международные трибуналы. К примеру, изнасилование отсутствует в списке военных преступлений и преступлений против человечности в статье 6 Устава Международного Военного Трибунала и в принципах международного права, признанных Уставом Нюрнбергского Трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала. В Международном трибунале по Руанде было обвинено только одно лицо за совершение сексуального преступления, несмотря на доклады различных международных организаций о том, что произошли десятки тысяч изнасилований женщин и девушек во время геноцида на территории Руанды [11]. Международный трибунал по бывшей Югославии также не дал заметных результатов по привлечению к ответственности за изнасилование. За время действия международного трибунала обвинения по изнасилованию или сексуальному преступлению были выдвинуты только по отношению к 27 лицам, несмотря на массовые изнасилования в результате конфликта на территории бывшей Югославии [12, с.515].

То, что за изнасилование в мировой практике практически никогда не несли ответственность, также подтверждается трудами ученых по этому вопросу. Например, С. Маккинон, Р. Копелон и К. Чинкин пишут, что случаи изнасилований во время внутренних, а также международных вооруженных конфликтов широко игнорируют. Изнасилование очень часто рассматривается как несчастное, но неизбежное последствие войны, или как награда солдатам всех воюющих сторон [13, Маккинон, с. 7; Копелон, с. 61; Адамс, с. 381]. Итак, как видно из вышеизложенного, отсутствует устоявшаяся практика привлечения

к ответственности за изнасилование как преступление, имеющего массовый и систематический характер во время войны. В результате этого, вопрос о применении принципа всеобщей подсудности в отношении данного преступления носит достаточно неоднозначный и спорный характер.

Тем не менее, ситуация, связанная с этим вопросом, постепенно начинает меняться при помощи международно-правовых норм, прецедентов, а также трудов учёных в отношении изнасилования во время войны. На данный момент, как пишет Р. Копелон, многие страны начинают признавать, что изнасилование является не «естественным» последствием войны, а используется во многих случаях в качестве военной тактики и агрессии против гражданского населения [14, 61].

Прежде всего, необходимо рассмотреть международные нормы. Хотя за изнасилование до сих пор редко несли ответственность по международному праву, существует ряд норм, регулирующих этот вопрос. Так, в соответствии со статьей 4 дополнительного протокола II к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (от 8 июня 1977 года), «надругательство над человеческим достоинством, в частности, изнасилование...» запрещается в любое время и в любом месте. Кроме этого, согласно статье 27 Конвенции о защите гражданского населения во время войны, женщины будут специально охраняться от всяких покушений на их честь и, в частности, от изнасилования, принуждения к проституции или любой форме покушений на их нравственность. Также в соответствии со статьей 76 дополнительного протокола I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающимся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (от 8 июня 1977 года), «женщины пользуются особым уважением, и им обеспечивается защита, в частности от изнасилования...».

На данный момент, нормы, регулирующие вопрос изнасилования, приобретают более значимый характер. В 1993 году была принята Венская декларация, в которой было признано то, что насилие в отношении женщин является грубым нарушением прав человека и должно быть искоренено [15]. В 1995 году специальный докладчик ООН провел исследование проблемы систематического насилия женщин в период войн и на основе этого опубликовал доклад, в котором, в частности, подчеркивал необходимость принятия мер по предотвращению сексуального насилия во время военных действий [15]. Кроме этого, согласно статье 3 Декларации об искоренении насилия в отношении женщин,

принятой резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН (20 декабря 1993 года), женщины пользуются равными правами в отношении осуществления и защиты всех прав человека и основных свобод, в частности, право на личную неприкосновенность. Также согласно статье 4 Декларации, государства должны безотлагательно приступить к осуществлению всеми надлежащими средствами политики искоренения насилия в отношении женщин.

Согласно статье 3 Устава международного трибунала по Руанде, трибунал вправе осуществлять судебное преследование лиц, ответственных за изнасилование, когда оно совершается в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население. Более того, в соответствии со статьями 3, 4 Устава, изнасилование является преступлением против человечности, а также нарушением статьи 3, общей для Женевских конвенций и Дополнительного протокола II. Также согласно статье 5 Устава международного трибунала по бывшей Югославии, изнасилование является преступлением против человечности, когда оно совершается в ходе вооруженного конфликта и направлено против любого гражданского населения.

Более того, согласно статье 7 Римского статута международного уголовного суда, изнасилование является преступлением против человечности и подпадает под юрисдикцию Суда, если оно совершается в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц. Кроме этого, согласно статье 8 настоящего статута, изнасилование является военным преступлением.

В дополнение к международным нормам, регулирующим вопрос изнасилования, необходимо рассмотреть прецеденты, относящиеся к этому вопросу. Одним из самых ярких прецедентов можно назвать «дело Celebici», рассмотренное международным трибуналом по бывшей Югославии. В своем решении, судьи охарактеризовали изнасилование заключенных сербских женщин в лагере для заключенных Celebici как пытки, подчеркнув, что изнасилование причиняет сильную физическую и психологическую боль. З. Мукича, ответственного за совершение преступления, привлекли к ответственности за совершение изнасилования [16, Митчел, с. 253]. Подобным образом, в «деле Akayesu», судьи международного трибунала по Руанде признали Akayesu виновным в совершении преступлений против человечности, включая изнасилование, на основе доказательств, свидетельствующих о том, что он поощрял изнасилование женщин Тутси [17, Сакуто, с. 350; Пилч, с. 99].

Итак, как видно из вышеперечисленных норм и прецедентов, изнасилованию как преступлению, имеющему массовый и систематический характер во время войны, уделяется все больше внимания. Вследствие меняющегося восприятия изнасилования как преступления, имеющего массовый и систематический характер во время войны, постепенно встает вопрос о необходимости применения принципа всеобщей подсудности в отношении тех, кто совершил изнасилование. Несмотря на трудности применения принципа всеобщей подсудности, существуют пути, при помощи которых возможно применить данный принцип. Одним из основных возможных путей применения принципа всеобщей подсудности в отношении изнасилования является закрепление и принятие изнасилования как преступления против человечности. На данный момент изнасилование закреплено в качестве преступления против человечности в ряде международных документов. Согласно большому количеству доктринальных источников и прецедентов, принцип всеобщей подсудности применяется в отношении преступлений против человечности. Соответственно, изнасилование как преступление против человечности может подпадать под принцип всеобщей подсудности.

Применение принципа всеобщей подсудности в отношении преступлений против человечности закреплено в доктринальных источниках. Например, Т. Мерон пишет о том, что преступления против человечности являются нарушением международного права, прямо наказуемым международным правом, а потому признаются международными преступлениями [18, с. 554, 558]. Он также пишет о том, что на данный момент преступления против человечности широко признаются в качестве преступлений, подпадающих под всеобщую юрисдикцию. Согласно К. Джойнеру, К. Рандалу и П. Маландзжуку, любое государство может преследовать в судебном порядке нарушения современных основных норм международного права, в особенности преступления против человечности [19, с. 113]. По их словам, такие преступления настолько гнусные, что лица, совершающие такие преступления, являются «*hostis humani generis*», то есть врагами человечества. Также интересно замечание Манна о том, что преступления против человечности – это преступления, признанные не только как криминальные действия, но также как действия, угрожающие международному правопорядку [20, с. 153, 160].

Право на применение принципа всеобщей подсудности также закреплено в национальном законодательстве ряда государств. Примерами могут быть Уголовный кодекс Сальвадора, который гласит о том, что

национальные суды правомочны осуществлять юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных за границей, когда такие преступления признаются международными преступлениями. Также во Франции национальный суд в деле «Wecseslas Munyeshyaka» постановил, что Франция имеет право на осуществление принципа всеобщей подсудности в отношении геноцида и преступлений против человечности в соответствии с французским законом 96-432 от 22 мая 1996 года [21]. Подобные законы также приняты в Германии, Испании и Англии [22, с. 2].

Право на применение принципа всеобщей подсудности также можно доказать при помощи прецедентов. Национальные суды ряда стран применяли принцип всеобщей подсудности в отношении преступлений против человечности со времен Второй мировой войны в национальных трибуналах и обычных национальных судах в соответствии с Allied Control Council Law No. 10. Решения в этих трибуналах и национальных судах были основаны на принципе всеобщей подсудности [23, Мерон, с. 428]. Например, Нюрнбергский военный трибунал имел юрисдикцию в отношении преступлений против человечности, независимо от того, где они были совершены. В качестве ярких прецедентов данного трибунала можно выделить дело «In re List», в котором суд США в Нюрнберге осудил немецких офицеров за преступления против человечности. Аналогичными прецедентами являются дело «Hadamar Trial», а также дело «Zyklon B Case» [24, с. 785]. Более того, необходимо отметить дело Душко Цветковича, проходившего в Австрии, дело Дарко Кнезевича в Нидерландах, дело Синисы Яжик в Швеции, дело Горана Гарбеца в Швейцарии, а также дело Душко Тадича, в котором Тадича обвинили в совершении преступлений против человечности [20]. Во всех этих делах национальные суды государств установили свою юрисдикцию в отношении лиц, не являющихся гражданами их стран на основе принципа всеобщей юрисдикции.

Итак, как видно из вышеперечисленных доктринальных источников и прецедентов, сложилась устоявшаяся практика, в соответствии с которой принцип всеобщей подсудности применяется в отношении преступлений против человечности. На данный момент изнасилование закреплено в качестве преступления против человечности в ряде международных документов. Хотя за совершение изнасилования редко несли ответственность по международному праву, можно уже сейчас говорить о том, что изнасилование начинает восприниматься как серьезное международное преступление. В этой связи допустимо, что изнасилование может подпадать под принцип всеобщей подсудности.

В заключение необходимо отметить, что работа посвящена одному из насущных вопросов в рамках антропологии права. Суммируя основные положения статьи, следует обозначить, что применение принципа всеобщей подсудности в отношении изнасилования как серьезного международного преступления носит достаточно неоднозначный характер. С одной стороны, трудность применения принципа всеобщей подсудности возникает из-за того, что исторически за изнасилование редко привлекали к ответственности по международному праву, несмотря на то, что данное преступление является весьма распространенным явлением во время военных действий. С другой стороны, мировое сообщество начинает уделять всё большее внимание проблеме изнасилования во время войн. Это отражается в появлении прецедентов, доктринальных источников и ряда международно-правовых норм, в которых изнасилование признается, в частности, как преступление против человечности. Намечившееся изменение отношения к обсуждаемому явлению позволяет характеризовать изнасилование во время войны как серьезное международное преступление и дает основание для возможности практического применения принципа всеобщей подсудности.

На данный момент нельзя прийти к окончательному выводу о том, можно ли применить принцип всеобщей подсудности в отношении изнасилования или нет. Тем не менее, в настоящей статье обозначены проблемы, а также возможный путь применения принципа всеобщей подсудности в отношении изнасилования, что уже само по себе является значимым шагом на пути к ответу на вопрос о правомерности применения всеобщей подсудности. По моему глубокому убеждению, в будущем, с появлением более устоявшейся практики государств по этому вопросу, применение принципа всеобщей подсудности в отношении изнасилования как серьезного международного преступления станет возможным.

#### **Список использованных источников:**

1. Рулан Н. Юридическая антропология: Учебник для вузов / Н. Рулан [пер. с фр.] – М., 1999. – 310 с.
2. Tamara L. Tompkins, Prosecuting Rape as a War Crime: Speaking the Unspeakable, 70 Notre Dame L. Rev. 845 (1995).
3. Susan Brownmiller, Against Our Will: Men, Women And Rape (1975); Reynolds S. Deterring and Preventing Rape and Sexual Slavery during Periods of Armed Conflict, 16 Law & Ineq. (1998).

4. Linda Chavez, Preliminary Report of the Special Rapporteur on the Situation of Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices During Periods of Armed Conflict, U.N. ESCOR Comm. Human Rights, 48th Sess., Prov. Agenda Item 15, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/26 (1996); Stephen P. Marks, Nicholas Cooper, Human Rights: Law, Policy, and Implementation: The Responsibility to Protect: Watershed or Old Wine in a New Bottle? 2 *Jindal Global L. Rev.* 86 (2010).

5. Нерсесянц В.С. Юридическая антропология как наука и учебная дисциплина / Предисловие // Рулан Н. Указ. Соч. – 310 с.

6. Ковлер А.И. Антропология права: Учебник для вузов / А.И. Ковлер. – М.: Издательство НОРМА, 2002 – 467 с.

7. Katie C. Richey. “Several Steps Sideways: International Legal Developments Concerning War Rape and the Human Rights of Women,” 17 *Texas Journal of Women & the Law* (2007).

8. Ruth Seifert, “War and Rape. Analytical Approaches,” available at <http://www.wilpfinternational.org/publications/1992ruthseifert.htm> (date of access: 1 November, 2011).

9. Jordan J. Paust, “Adjudicating Violence: Problems Confronting International Law and Policy on War Crimes and Crimes against Humanity,” 60 *Albany Law Review* (1997); Beth Ann Isenberg, “Genocide, Rape, and Crimes against Humanity: An Affirmation of Individual Accountability in the Former Yugoslavia in the Karadzic Actions,” 60 *Albany Law Review* (1997); Roman Boed, “The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations,” 33 *Cornell International Law Journal* (2000).

10. Report of the Secretary-General, “The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction,” UN Doc. A/65/181 (July 29, 2010); Maximo Langer, “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution on International Crimes,” 105 *American Journal of International Law* (2011); International Law Association Committee on International Human Rights Law and Practice, ‘Final Report on the Exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences’ (2000).

11. LaShawn R. Jefferson, «In War as in Peace: Sexual Violence and Women’s Status,» available at [http://hrw.org/wr2k4/15.htm#\\_Toc58744964](http://hrw.org/wr2k4/15.htm#_Toc58744964) (date of access: 29 October, 2011).

12. Lindsay Peterson, “Shared Dilemmas: Justice for Rape Victims Under International Law and Protection for Rape Victims Seeking Asylum,” 31 *Hastings International and Comparative Law Review* (2008).

13. MacKinnon C. “Rape, Genocide and Women’s Human Rights.” 17 *Harvard Women’s Law Journal* (1994); Rhonda Coppelon, “Women and War Crimes,” 69 *St. John’s Law Review* (1995); Dean Adams, “The Prohibition

of Widespread Rape as a Jus Cogens,” 6 *San Diego International Law Journal* (2005).

14. Rhonda Coppelon, «Женщины и военные преступления», 69 *St. John’s Law Review* (1995).

15. U.N. World Conference on Human Rights: Vienna Declaration and Programme of Action, U.N. Doc. A/Conf. 157/24 (Part I) (1993), reprinted in, 32 *I.L.M.* 1661, 1678-80 (1993).

16. Martina Vandenberg, “Kosovo Backgrounder: Sexual Violence as International Crime,” available at <http://www.hrw.org/backgrounder/eca/kos0510.htm> (date of access: 20 October, 2011); David S. Mitchell, “The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of Jus Cogens: Clarifying the Doctrine,” 15 *Duke Journal of Comparative & International Law* (2005).

17. Susana SaCouto, Katherine Cleary, “Prosecuting Sexual and Gender-based Crimes before Internationalized Criminal Courts: The Importance of Effective Investigation of Sexual Violence and Gender-based Crimes at the International Criminal Court,” 17 *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* (2009); Frances T. Pilch, “The Crime of Rape in International Humanitarian Law,” 9 *USAFA J. Leg. Stud.* 99 (1999).

18. Theodor Meron, «International Criminalization of Internal Atrocities,» 89 *Am. J. Int’l L.* (1995).

19. Peter Malanczukio Akehurst’s Modern Introduction to International Law (London and New York: Routledge 7th ed. (1997).

20. Universal Jurisdiction and Absence of Immunity for Crimes Against Humanity/*Amnesty International* (1999).

21. Christopher Joyner, “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”, 59 *Law & Contemp. Prob.* (1996).

22. Maximo Langer, “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution on International Crimes,” 105 *American Journal of International Law* (2011).

23. Universal Jurisdiction and Absence of Immunity for Crimes Against Humanity/*Amnesty International* (1999); Theodor Meron, “Rape as a Crime under International Humanitarian Law,” 87 *American Journal of International Law* (1993).

24. Kenneth C. Randall, “Universal jurisdiction Under International Law,” 66 *Texas LR* (1988).

## ПРО ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ЖІНОК В КОНТЕКСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ВСЕЗАГАЛЬНОЇ ПІДСУДНОСТІ

**Б. Есенкулова**

*Американський університет в Центральній Азії,*

*м. Бішкек, вул. Абдимомунова, 205, e-mail: esenkulova\_b@mail.auca.kg*

Стаття присвячена темі захисту прав жінок під час військових дій в контексті застосування принципу всезагальної підсудності. Наводиться аналіз необхідності і можливості застосування цього принципу стосовно згвалтування як міжнародного злочину.

*Ключові слова:* антропологія права, права жінок, принцип загальної підсудності, згвалтування як міжнародний злочин.

## ON SELECT ISSUES OF PROTECTION OF WOMEN'S RIGHTS IN THE CONTEXT OF APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF UNIVERSAL JURISDICTION

**B. Esenkulova**

*American University of Central Asia,*

*Bishkek, Abdymomunov Str., 205, e-mail: esenkulova\_b@mail.auca.kg*

The article is dedicated to the issue of the protection of women's rights during armed conflict in the context of application of the principle of universal jurisdiction. It provides analysis of the need for and possibility of application of this principle in relation to rape as an international crime.

*Keywords:* anthropology of law, women's rights, principle of universal jurisdiction, rape as an international crime.

## ИСТОРИЯ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ АНТИСЕМИТИЗМУ В КАРЕЛИИ: ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ МОЛОДЁЖНОЙ ПРАВООЩИТНОЙ ГРУППЫ КАРЕЛИИ И ЕВРЕЙСКОЙ РЕЛИГИОЗНОЙ ОБЩИНЫ ПЕТРОЗАВОДСКА В 1999 – 2010 ГГ.

**М. Ефимов**

*Карельское региональное отделение межрегиональной молодёжной общественной благотворительной организации*

*«Молодёжная правозащитная группа»,*

*г. Петрозаводск, ул. Ровио, 28-5, e-mail: yhrkarelia@yandex.ru*

В 1999 году, пожалуй, впервые в истории карельской журналистики в прессе появилась статья, жёстко обличающая антисемитизм. Статья «Коммунисты-антисемиты» была опубликована в антивоенной и правозащитной газете «Вольно», которая выходила тиражом 999 экземпляров и издавалась на средства Фонда Сороса. Редактором газеты был я, будущий создатель, учредитель и председатель Карельского регионального отделения межрегиональной молодёжной общественной благотворительной организации «Молодёжная правозащитная группа (МППГ)». Тогда откровения генерала-антисемита Макашова, благодаря телевидению, стали достоянием миллионов. Немногие люди той поры считали высказывания Макашова прямым вызовом обществу и государственной власти, а ведь его слова у некоторых справедливо ассоциировались с самыми чудовищными идеями и деяниями германских нацистов. Ельцин тогда предупредил коммунистов, что «любые попытки оскорбить национальные чувства граждан по национальному признаку будут пресечены в соответствии с Конституцией и законами РФ». Но нам тогда показалось, что власть бессильна противостоять антисемитизму, да не всегда этого и хотела. Огромная роль в борьбе с антисемитизмом и ксенофобией должна была принадлежать гражданскому обществу, общественным организациям, которые тогда активно развивались. Так оно и случилось в Карелии, которую антисемитизм не обошёл стороной. Наиболее активными участниками борьбы с антисемитизмом стали Еврейская религиозная община Петрозаводска и Молодёжная правозащитная группа Карелии.

В 2000 году исполнилось 10 лет Движению «Русское Национальное Единство (РНЕ)» [1], которое имело своё отделение и в Карелии. 10 августа 2000 года Верховный суд Республики Карелия на три меся-

ца приостановил деятельность «Русского национального единства» в Карелии. Этот срок был дан для исправления всех формальных нарушений закона, за что и был вынесен судебный приговор. Факты разжигания национальной нетерпимости в листовках РНЕ и в газете «Русский порядок», которые доставлялись и в Минюст, и в правительство Карелии, оказались для карельской прокуратуры трудно доказуемыми. В листовках РНЕ, например, призывало «макнуть жидов по их же правилам». По тому же адресу, что и РНЕ, в Карелии значились и другие организации – «Союз русских женщин», «Союз русских инвалидов», «Союз вепсов», «Русские витязи» и «Спас». (И руководили ими те же самые лица, что и РНЕ) [2].

В январе 2001 года деятельность РНЕ в Карелии была запрещена. Но юридический запрет, не стал запретом внутренним для членов РНЕ и сочувствующих им граждан. В Интернете до сих пор припоминают этот факт и комментируют так: «Осталось ещё запретить Землю вращаться вокруг Солнца. Чем больше запрещают, тем движение РНЕ становится более популярным. В подполье даже лучше. Нас трудно подсчитать и засадить по 282 статье, вытянув из толпы на очередном марше несогласных» [3]. Запрет и в самом деле мало повлиял на граждан, разделяющих антисемитские и националистические взгляды. Интернет наводнили сообщения типа этого: «Слава России! Привет, РНЕ Карелии. А это наше послание жидам Медвежьегорска. Жиды, чемодан, вокзал, Израиль! РНЕ Мурманск». [4] (Орфографические и пунктуационные ошибки русских патриотов исправлены мной. – М.Е.). Продолжилось распространение листовок, надписей и не только антисемитского характера.

29 июня 2000 года в Петрозаводске было официально зарегистрировано КРОММОБО «Молодёжная правозащитная группа (МПП)», которая в течение нескольких лет активно оказывала бесплатную юридическую помощь населению Петрозаводска. С 2003 года МПП активизировала ещё одно магистральное направление своей работы – это противодействие интолерантности, национализму, расизму, ксенофобии и антисемитизму. Благодаря проекту «Спротивление», который финансировался Секретариатом Баренцева региона, МПП удалось сделать большой задел в новом направлении своей работы. Начали выпускать первую в истории нашей республики молодёжную антифашистскую и правозащитную газету Карелии «Час Ноль» [5], сразу же вызвавшую некое подобие шока. В первом номере газеты «Час Ноль» на первой странице было напечатано название одной из статей – «Деге-

нераты у власти». Директор типографии, не удосужившись прочесть газету, предупредил меня, чтобы я был осторожнее в критике местной власти. А статья эта была о деятелях Третьего Рейха. Мы потом с ним посмеялись, конечно же. Редактором газеты я стал будучи студентом. Газета была своеобразным дополнением к нашим семинарам и лекциям. В ней публиковались в анкетной форме отчёты о прошедших мероприятиях, мнения целевой группы и участников проекта. Таким образом, сами школьники влияли на содержание газеты. МПП проводила лекции, но не в классическом смысле слова, а скорее в виде беседы, о фашизме, нацизме для старшеклассников школ Петрозаводска. Главная задача – дать подрастающему поколению общие знания об истории и сущности фашизма, нацизма. На этом историческом материале формировать установки толерантного сознания, просвещать, продвигать гуманистические идеи. В четырёх номерах газеты, которые удалось напечатать, было опубликовано аспирантское исследование на тему: «Романтическая эстетика «ультраправых» [6], иллюстрированное рисунками узников концлагерей, из которого можно было узнать о том, в чём состояла притягательность нацизма, благодаря чему он овладел массами. Это полезно с точки зрения различения похожих тенденций в российском обществе и своевременного реагирования на них, ведь зло коварно, лукаво и многолико.

Проблема неофашизма в Карелии в 2005 году была уже у всех на слуху. «В числе первых пострадавших оказались местные «неформалы», в основном, студенты, представители околмузыкальной богемы, собирающиеся у Петрозаводского госуниверситета. По их словам, на них нападают «бонхеды» – так международные эксперты по неонацизму именуют скинхедов-нацистов, отделяя их от «простых» скинхедов, которые нацистами не являются. Нападают группами в количестве до 30 человек, избивая всех, кто попадает на пути, и тут же скрываются во дворах близлежащих домов. «Неформалы» пытаются отвечать тем же. В результате, с обеих сторон – сломанные носы, разбитые головы и ушибы» [7].

В 2006 году уже в рамках нового проекта «Формирование установок толерантного сознания и предупреждение проявлений ксенофобии, национализма, антисемитизма, неофашизма в молодёжной среде» при поддержке гранта, предоставленного Комиссией по демократии Посольства США в Москве газета «Час Ноль» выходила ежемесячно в течение года. В газете были две постоянные рубрики: «История Холокоста и антисемитизма» и «История политических репрессий в СССР». Цель

издания – профилактика ксенофобии, национализма, антисемитизма, расовой дискриминации и нетерпимости среди молодежи Карелии.

В 2003 году был создан наш первый сайт [8], который сразу обратил на себя внимание и уже в 2004 году даже стал победителем в конкурсе «Лучший региональный проект по проблематике формирования толерантных отношений в обществе средствами глобальной сети Интернет», проводимом Федерацией Интернет Образования при поддержке Министерства образования и науки РФ. Скромная премия вручалась представителем Министерства образования и по делам молодежи Карелии, который, отслушав банкноты, сказал мне: «Что, денег захотелось? На!», и уже вдогонку, когда я собирался захлопнуть двери, крикнул «Поздравляю!». Никакого диплома не память не осталось.

Другой финансово состоятельный проект, поддержанный Фондом «Память и будущее», «Налаживание демократической просветительской работы и работы с молодежью в Карелии» позволил также не только проводить тренинги по толерантности и преодолению стереотипов с участием психотерапевта-конфликтолога, социальных тренеров из Санкт-Петербурга, но и издать сборник студенческих (и не только) статей под названием «Демократия – мой выбор!». Ряд материалов в нём были посвящены проблеме антисемитизма. Среди них интервью «Ничего не бояться и никогда не врать» с главным редактором газеты «Новости недели» (Израиль) Максом Лурье, интервью «Был ли Достоевский антисемитом?» с профессором ПетрГУ В.Н. Захаровым, статья М. Ефимова «Неонацизм. Ксенофобия. Толерантность», и др. К слову сказать, в журналистском конкурсе региональной прессы «Без розни и вражды» 2006 года, проводимом журналом «Журналистика и медиарынок», Центром этнопроблематики в СМИ, Московским бюро по правам человека, Московской Хельсинской группой я стал одним из победителей, получив первую премию в номинации «Против ксенофобии и антисемитизма». Конкурсным жюри было рассмотрено 248 материалов из 55 изданий. Меня аттестовали как «человека неуёмного характера», а выпущенный под моей редакцией и с моими статьями сборник статей «Демократия – мой выбор!» был назван «серьёзным, солидным и содержательным». Премия была присуждена за этот сборник, а также за серию других публицистических статей. Премию и диплом получал из рук уполномоченного по правам человека В.Лукина.

На средства вышеназванных спонсоров нам удалось издать брошюру «Очерки современного расизма» [9] главного научного сотрудника Института этнологии и антропологии РАН, доктора исторических наук, действительного члена Academia Europaea В.А. Шнирельмана.

Активисты МПГ в рамках проекта 2007 года «Уроки Холокоста – путь к толерантности и гражданской активности» на материале истории Холокоста рассказывали слушателям о важности соблюдения прав человека и отстаивания демократических ценностей.

В 2008 году был запущен проект «Все различны – все равны» [10]. Цель проекта – противодействие ксенофобии, исламофобии, ромафобии и гомофобии. Принять участие в проекте приехал член Европейской Академии Наук (Лондон), председатель академического совета центра «Сэфер» Р.М. Капланов [11], который читал лекции по теме «Антисемитизм и национальная нетерпимость», «Антисемитизм в прошлом и настоящем». Кстати, о «Сэфере». После того, как в Карелию с подачи директора МБПЧ А. Брода и по приглашению МПГ приехал старший научный сотрудник Отдела по изучению Израиля и еврейской диаспоры Института востоковедения РАН, доцент кафедры иудаики Института стран Азии и Африки МГУ А.Е. Локшин, а я попал на летнюю школу Центра «Сэфер» в Днепрпетровске в 2006 году, началось наше сотрудничество с «Сэфером».

Кроме А.Е. Локшина и Р.М. Капанова в Петрозаводске с лекциями по линии «Лекторского бюро» Центра «Сэфер» побывали: доктор исторических наук, профессор, ведущий научный сотрудник Института славяноведения РАН В.Я. Петрухин, лекции по истории которого помогут слушателям не только разоблачать всякую ложь и неправду относительно евреев, но и лишать аргументов тех, за чьими словами видна тень будущих кровавых наветов, погромов и черносотенных акций; доктор филологических наук, ведущий научный сотрудник Института славяноведения РАН О.В. Белова с лекциями на тему: «Евреи и славяне: культурные и конфессиональные контакты»; ассириолог, доктор исторических наук, ведущий научный сотрудник Института востоковедения РАН В.А. Яковсон, разбиравшим основополагающие понятия и теории, связанные с изучением мировой истории и культуры, анализировавшим древнюю Ближневосточную цивилизацию, уделяя особое внимание уникальным характеристикам её религии и культуры. Совместно с Центром «Сэфер» издали научно-популярный сборник статей «Наедине с многообразием мира: стереотип – ксенофобия – толерантность» [12] тиражом 999 экземпляров при финансовой поддержке Чейс Фэмили Фаундейшн и Фонда «Ави Хай».

МПГ не раз устраивала опросы с тем, чтобы выяснить уровень толерантности среди молодежи. Так в 2005 году опрос, проведённый в Державинском лицее Петрозаводска показал высокий уровень негативного



или настороженного отношения к мигрантам. Причины – устоявшиеся стереотипы по поводу их поведения, националистические настроения респондентов. Широко распространен лозунг “Россия для русских”, многие считают, что каждый должен жить в своей родной стране. Пугает, однако, то, что те, кто все-таки заявляют о готовности вступить в националистическую партию, высказываются в очень агрессивном тоне. Есть признаки ярко выраженной расовой ненависти, когда респондент заявляет, что он не может находиться рядом с “ними”. Все это тревожит. Результаты опроса были опубликованы и доведены до сведения администрации лицея, которая всё проигнорировала. А в 2010 году трое учеников и один выпускник Державинского лицея, студент исторического факультета ПетрГУ напали, избили и порезали ножами восемнадцатилетнего юношу. Парня едва не убили, приняв его за антифашиста [13].

Вот и последний опрос МПГ, проведенный в марте 2010 года среди учащихся педагогического колледжа свидетельствуют о том, что ситуация в области межнациональных отношений в Карелии, несмотря на щедрое (43,3 млн) финансирование программы по гармонизация межнациональных и межконфессиональных отношений, далека от идеальной. Большинство опрошенных негативно относится к представителям некоторых национальностей, а именно: народам Средней Азии, китайцам, арабам, цыганам, чеченцам, народам Кавказа и Закавказья, а также к евреям.

Интернет-ТВ. Для России по-прежнему важнейшим из искусств является кино. Поэтому МПГ на своих видеосайтах (<http://blogs.mail.ru/mail/dekalog>, <http://www.youtube.com/user/YHRGKarelia>, <http://mpgkareliya.rutube.ru>) размещает видео, призванное противодействовать антисемитизму. Например, к Международному дню памяти жертв Холокоста МПГ подготовила и разместила в сети Интернет версию фильма об истории Холокоста. Фильм сделан МПГ по следам похода в музей истории Холокоста при мемориальной синагоге на Поклонной Горе в Москве [14]. Кроме того, нами издавались DVD диски с выступлениями участников наших проектов. Часть лекций есть и в Интернете.

В 2003 году активисты МПГ узнали о существовании в Карелии «Союза бывших малолетних узников концлагерей уничтожения в Германии» и сделанной ими фотовыставке, рассказывавшей о нацистских концлагерях, их узниках. Нужность и полезность этой выставки мало кто понимал, а потому заручиться поддержкой у местных властей бывшие узники никак не могли. Свою помощь узникам предложила МПГ. В прессе мы начали кампанию за создание такого музея памяти жертв

фашизма имени Максимилиана Кольбе, католического священника, сначала организовавшего в своей церкви помощь беженцам с захваченных фашистами территорий, а позже скрывавшего в своём приходе сотни евреев, за что и стал узником концентрационного лагеря. Всего один день, 13 апреля, проходила выставка музея имени М. Кольбе в Петрозаводске. На её открытии было менее десяти человек: сами бывшие узники концлагерей и ещё несколько человек. После публикаций, многочисленных обращений к власти, активности и предприимчивости самих узников (им удалось найти предпринимателя, который согласился оплачивать все коммунальные услуги и аренду в обмен на использование в своих коммерческих целях части помещений). Активисты МПГ помогли сделать там ремонт, а потом вместе с бывшими узниками и без них водили экскурсии для школьников и студентов. Вскоре на базе музея открылся ИЦХАК – Информационный центр по Холокосту, антисемитизму и ксенофобии при филиале Израильского Культурного Центра в Петрозаводске. Информационный центр призван предоставлять информацию по истории Холокоста, проявлениям антисемитизма и ксенофобии в современной России и Республике Карелия. На открытии присутствовал первый секретарь посольства государства Израиль в РФ, глава представительства государства Израиль в Санкт-Петербурге Марат Богуславски [15].

Чаще всего люди, которые рисуют свастику и антисемитские надписи, сами остаются в тени, уходят от ответственности и общественного порицания. Правоохранительные органы за всё это время так и не смогли найти тех, кто с такой завидной регулярностью осквернял еврейское кладбище и рисовал свастику в разных районах столицы Карелии. Но антисемитизм в Карелии приобрёл новые черты, когда сюда приехал будущий муфтий Карелии, палестинец по происхождению Висам Али Бардвил, который любит сравнивать сионизм с фашизмом. Его высказывания, безусловно, задевают чувства евреев. Единственная организация в Карелии, которая ему возразила, была МПГ [16]. Недавно муфтий Карелии объявил нас «врагами ислама», а саму организацию – «сионистской, произраильской и антиисламской» [17].

9 ноября во всём мире отмечается годовщина «Хрустальной ночи» – погромов в нацистской Германии, ознаменовавших начало Холокоста. На протяжении нескольких лет в этот день МПГ проводит свои мероприятия, посвящённые памяти жертв этой трагедии. Так в 2004 году состоялся митинг на студенческом бульваре столицы Карелии собрал активистов МПГ, антифашистов, неравнодушных людей. Были

развернуты плакаты с лозунгами: “Мы дочери и сыновья одной Земли”, “Нет антисемитизму!”, “Мы все равны” и другие. Цель акции: обратить внимание жителей республики на опасную тенденцию распространения в российском обществе и мире идеологии фашизма, национальной и расовой нетерпимости, антисемитизма и экстремизма. В 2005 это уже был марш с транспарантами по центральной улице Петрозаводска. В 2007 МПГ организовала в КГПУ показ фильма «История Холокоста», презентацию книги «Сохрани мои письма» – сборник писем и дневников евреев периода ВОВ, – которая вышла в серии «Российская библиотека Холокоста», выставку фотографий о жизни евреев в годы войны, а также лекции об истории геноцида евреев. Были распространены плакаты европейского партнёра МПГ «Юнайтед». 12 мая 2007 года на старом еврейском кладбище в Петрозаводске был разрушен памятный знак «Менора», поставленный общиной в 2004 году в память о жертвах Холокоста, советских репрессий и покоящихся на этом разгромленном кладбище безымянных евреев. У памятника ежегодно проводятся церемонии памяти жертв ШОА. Семисвечник занесен в реестр публично-правового фонда «Памятник убитым евреям Европы» (ФРГ).

Д. Цвибель обратился с заявлением к прокурору Петрозаводска Костину: «Менора – символ еврейского народа, и осквернение этого символа рассматривается как антисемитская акция, направленная против еврейского народа. Кроме того, поскольку он находится на территории кладбища, это еще и осквернение кладбища. Подобные преступления вызывают чувства неуверенности, неполноценности, страха у целой группы населения. Еврейская община очень серьёзно относится к подобным инцидентам, так как их ненаказуемость провоцирует дальнейшую эскалацию преступлений, приводит к дестабилизации положения в обществе, может привести к непредсказуемым последствиям. История Холокоста – тому подтверждение. Я, как председатель общины, несу ответственность за посягательство на жизнь, честь и человеческое достоинство её членов. Мною были вызваны сотрудники первомайского отделения милиции, которые провели соответствующие следственные действия. Прошу Вас с пониманием отнестись к данному заявлению, проконтролировать, чтобы дело не «легло под сукно», пока ситуация не вышла из-под контроля и не привела к трагедии». Но трагедия всё-таки случилась. С одной старушкой из еврейской общины Петрозаводска, пережившей Холокост, случился приступ, когда она однажды увидела неонацистскую надпись на стене здания общинного центра. Через несколько недель она умерла.

В 2009 году в канун этого дня вновь было осквернено еврейское кладбище в центре Петрозаводска. Атаке антисемитов-вандалов подвергся памятник жертвам Холокоста – Менора. Этот памятник, сооруженный на средства еврейской общины, занесен в реестр фонда “Памятники убитым евреям Европы” (ФРГ). А в петрозаводских школах МПГ проводила уроки, посвященные памяти жертв Холокоста. Школьники попытались ответить на вопросы: Где же та грань, за которой человек перестает быть Человеком? Как не оступиться и не принять зло за добро, тем более, что зло многолико, хитро и умеет прекрасно мимикрировать? Что спасет наш мир? Какой он будет – мир 21 века? Каким мы хотим его видеть? В конце разговора все присутствующие отметили, что подобные встречи нужны не только, чтоб почтить память жертв, но, в первую очередь, размышления о прошлом помогают живым не допустить повторения подобных событий в новейшей истории.

Проявления антисемитизма в Карелии многообразны: от плаката на стене Педагогического университета с портретом Гитлера и призывом “Отец, вернись”, свастики и граффити до угроз и даже нападений. Петрозаводская еврейская религиозная община во главе с Дмитрием Григорьевичем Цвибелем с тех пор как обустроила старое еврейское кладбище в центре Петрозаводска, огородила его и установила там арку до сих пор вынуждена бороться с актами вандализма. Так ещё в 2004 году 22 апреля на арке были обнаружены антисемитские надписи «Мало вас в Аушвице погубило», «JUDE», «Sieg Heil», «Россия без дерьма», «России – русский порядок». Эти надписи община закономерно сочла «попирающими честь и достоинство еврейского народа» и обратилась в прокуратуру с требованием возбудить уголовное дело. Д. Цвибель направил письмо начальнику Первомайского ГОВД О. Свербилю. На этот раз, как сообщил дознаватель, старший лейтенант милиции В. Сарайкин, проверку провели и возбудили уголовное дело “по признакам преступления, предусмотренного ст.244 ч.1 УК РФ”. Через два месяца дело было прекращено следователем Хариной «за отсутствием состава преступления». Почти сразу после этого на арке старого еврейского кладбища вновь появились антисемитские надписи.

16 июля 2004 года на улицах Петрозаводска были расклеены листовки “ко дню злодейского ритуального убийства русского царя”. Из малохудожественного, густо приправленного антисемитизмом текста легко понять, чьих это рук дело: “Посланник страшных, тайных сил, на иудейском – просто ВИЛ, он в склепе до сих пор смердит: палач России – Вечный Жид”.

В 2005 году изображение свастики и надпись с угрозой в адрес лидера петрозаводской еврейской общины Дмитрия Цвибеля оставили неизвестные на стене здания, где раньше находился общинный центр.

В марте 2006 года в одном из книжных магазинов Петрозаводска председатель иудейской общины города Дмитрий Цвибель приобрел две антисемитских книги из серии “Духовное очищение России”, после чего пригласил заведующего магазином и имел с ней беседу, напомнив об уголовной ответственности за разжигание межнациональной розни. Он потребовал принять меры к очищению книжных прилавков города от подобной “литературы”. Был направлен официальный запрос в прокуратуру республики с просьбой разобраться в данной ситуации.

В сентябре 2006 года Еврейская религиозная община Петрозаводска представила общественности брошюру «Мой еврейский вопрос». Автор – руководитель общины Дмитрий Цвибель. Автобиографические статьи, собранные в брошюре, дают интересную картину своего времени: тут и отголоски 53-го, и вызов в КГБ, и «самолётный процесс», и встреча с Андреем Сахаровым, и творчество Дмитрия Шостаковича, и Жириновский, и многое другое. Также прослеживается становление еврейской самоидентификации автора, во многом характерное для этого времени. Как считают издатели, брошюра интересна своей документальностью, взглядом непосредственного участника описываемых событий, многие из которых уже стали историей.

Регулярно активистами МПГ проводились акции по закрашиванию свастики и антисемитских надписей на улицах Петрозаводска. Причём с юмором. Так надпись «Россия, жид убил тебя» с лёгкой руки активистов МПГ превратилась в приговор холестеринным бляшкам: «Россия, жир убил тебя». А надпись «Чурки захватили Россию» – в антитабачный лозунг «Окурки захватили Россию».

Подобная гражданская активность не обошлась и без происшествий. 31 июля 2009 года на меня было совершено нападение. Неизвестный полоснул меня по лицу острым предметом, попытавшись выколоть глаз. Проник он в мой подъезд под предлогом передачи письма, якобы адресованного мне, но попавшего к нему по ошибке. На конверте значился домашний адрес председателя еврейской религиозной общины Д.Г. Цвибеля, в самом конверте был чистый тетрадный лист [18].

#### Список использованных источников:

1. [http://rne-center.org/rp/47/47\\_2.html](http://rne-center.org/rp/47/47_2.html)
2. <http://www.kommersant.ru/doc.aspx?DocsID=155993>
3. <http://www.politforums.ru/internal/1257703843.html>
4. <http://karelia.pp.ru/book/gbook.php?num=105&total=118>
5. <http://right.karelia.ru/rus/index.php?razdel=paper>
6. <http://right.karelia.ru/rus/index.php?razdel=articles&page=2005071050>
7. [http://stolica.onego.ru/rubric\\_folder.php?article=40685](http://stolica.onego.ru/rubric_folder.php?article=40685)
8. <http://right.karelia.ru>
9. <http://right.karelia.ru/rus/index.php?razdel=articles&page=2007012050>
10. <http://i-r-p.ru/page/stream-event/index-12714.html>
11. <http://right.karelia.ru/rus/index.php?razdel=articles&page=2007052550>
12. <http://right.karelia.ru/rus/index.php?razdel=articles&page=2008052850>
13. <http://newcpi.wmtest.ru/2010/04/22/8714>
14. <http://rutube.ru/tracks/1450320.html?v=e8c7d815154d2b76f1fd832628479aa9>
15. <http://komart.karelia.ru/news/?eid=1413>
16. <http://right.karelia.ru/rus/index.php?razdel=antifa&page=2008040850>
17. <http://blogs.mail.ru/mail/dekalog/1B23B4201403DE65.html>
18. <http://right.karelia.ru/rus/index.php>

### ІСТОРІЯ ПРОТИДІЇ АНТИСЕМІТИЗМУ В КАРЕЛІЇ: ДІЯЛЬНІСТЬ МОЛОДІЖНОЇ ПРАВОЗАХИСНОЇ ГРУПИ КАРЕЛІЇ І ЄВРЕЙСЬКОЇ РЕЛІГІЙНОЇ ОБЩИНИ ПЕТРОЗАВОДСЬКА У 1999 – 2010 РР.

*М. Єфімов*

*Карельське регіональне відділення міжрегіональної молодіжної громадської благодійної організації «Молодіжна правозахисна група», м. Петрозаводськ, вул. Повію, 28-5, e-mail: yhrgekarelia@yandex.ru*

Доповідь присвячена вивченню історії протидії антисемітизму в Карелії в період з 1999 року по 2010 рік і описує діяльність Молодіжної правозахисної групи Карелії і Єврейської релігійної громади Петрозаводська.

*Ключові слова:* антисемітизм, права людини, інтолерантність, неофашизм, неонацизм, ксенофобія, правозахисна організація.

**THE HISTORY OF COMBATING ANTI-SEMITISM IN  
KARELIA: THE ACTIVITIES OF THE YOUTH HUMAN  
RIGHTS GROUP KARELIA AND PETROZAVODSK JEWISH  
RELIGIOUS COMMUNITY IN 1999 – 2010'S.**

***M. Efimov***

*Karelian regional branch of interregional youth non-governmental charity  
organization Youth Human Rights Group (YHRG),  
Petrozavodsk, Rovio Str., 28-5, e-mail: yhrgekarelia@yandex.ru*

The report focuses on the study of the history of anti-Semitism in Karelia during the period from 1999 to 2010 and describes the activities of the Youth Human Rights Group of Karelia and the Jewish religious community of Petrozavodsk.

*Keywords:* anti-semitism, human rights, intolerance, neo-fascism, neo-Nazism, xenophobia, human rights organization.

**СООТНОШЕНИЕ СВОБОДЫ И ЗАКОНА  
В ФИЛОСОФИИ М. МАМАРДАШВИЛИ**

***А. Истомин***

*Северный (Арктический) федеральный университет  
им. М.В. Ломоносова  
г. Архангельск, Набережная Северной Двины, 17,  
e-mail: istomin-1976@yandex.ru*

Соотношение свободы и закона представляет собой проблему, к рассмотрению которой М. Мамардашвили неоднократно обращается в своем творчестве. Категория свободы в философии Мамардашвили рассматривалась нами в предыдущей статье [4], в рамках которой началось и рассмотрение проблемы соотношения свободы и необходимости (закона). Кратко передадим суть рассматриваемой проблемы. Свобода, с точки зрения философа, – безусловное начало, содержит основания в себе. Если мы считаем, что свобода следует из закона, то основываемся на уже существующей свободе. Вместе с тем, свобода не есть абсолютно произвольный акт. В определенном смысле свобода есть действие, совершение которого является необходимостью для человека. Таким образом, в определении сущности свободы мы фактически действуем целесообразно, соблюдая закон.

Осуществление свободы и установление закона образуют своего рода «герменевтический круг», когда первое определяется через второе, а второе через первое. Было бы ошибкой видеть в данном определении *circulus vitiosus* – «порочный круг», поскольку речь идет не о понятиях, но о явлениях, которые определяются одно через другое (и в определенном смысле представляют собой одно). Можно говорить, как Гадамер, о «круге понимания» [3], но поскольку свобода и закон предполагают не просто констатацию бытия, а установление другого, то необходимо дать более точное определение. М. Мамардашвили называет это «тавтологией существования и понимания»: «Со времен Декарта и Канта это называется тавтологиями существования и понимания. Они логикоподобны и в то же время не являются в точности тем, что в логике называется тавтологиями, потому что в них имплицитно содержится некоторый материальный принцип. Содержится потому, что всегда оставлено место для существования. Когда оно случилось – тавтология замкнулась, и мы ничего не можем выразить без логического круга, а этот логический круг простой: добрый человек добр,

совесть есть тавтология самой себя, мы не можем даже объяснить, что такое совесть, не повторяя в экспликации то, что как раз и надо было бы объяснить». [8, с. 263]. Важно заметить, что «тавтология» в смысле Мамардашвили не является тождеством, поскольку существование и понимание образуют различные стороны данного явления (хотя и относящиеся к одному и тому же, как форма и содержание). Поэтому необходимым становится и объяснение: то, что предстает как «логический круг», должно рассматриваться как структура, части которой имеют отношение к целому. Именно таким путем М. Мамардашвили рассматривал процессы анализа и синтеза, определяя их как две стороны единого процесса познания. [7, с. 213-232].

В этом смысле свобода, а с другой стороны и необходимость (закон), могут рассматриваться как диалектическая пара категорий, противоречие между которыми в действительности является мнимым: «Согласно главному диалектическому закону, данная частная сущность, с одной стороны, существует отдельно от своей противоположности и между ними нет ничего общего в смысле абстрактного сходства их свойств. Но, с другой стороны, эти противоположности не могут существовать друг без друга, составляя вместе некое единое конкретное Целое». [17, с. 48]. То, что называется в одном случае свободой, в другом случае может стать необходимостью. Противоречие нельзя разрешить без рассмотрения той действительности (целого), сторонами которой являются различные определения. Свобода и необходимость (закон) рассматриваются Мамардашвили через соотнесение с реальностью становящегося, самоопределяющегося субъекта. Так философ, по его словам, предпринимает эксперимент над собой, заключающийся в попытке «держат одновременно мысль о том, что мы свободно делаем и что необходимо. Что не может быть иначе». [9, с. 172]. В свою очередь, становление субъекта явно происходит под влиянием закона, устанавливающегося им в отношении себя. Таким образом, на новом уровне мы приходим к тому же самому противоречию. Каким же образом возможно его разрешение?

Можно подумать, что вообще выхода из «герменевтического круга» нет, и что «задача герменевтики состоит не в том, чтобы выйти из Г.к., а в том, чтобы в него войти. В герменевтике Гадамера эта трактовка Г.к. развивается путем конкретизации хайдеггеровского учения о понимании. Языковая традиция, в которой укоренен познающий субъект, составляет одновременно и предмет понимания, и его основу: человек должен понять то, внутри чего он с самого начала находится». [6, с. 77].

Тогда человек, находясь в «открытости бытия», прежде всего, должен самоопределился, – и мы попадаем в новое противоречие. С одной стороны, согласно Мамардашвили, в самоопределении реализуется человеческая свобода, когда свободный человек сам устанавливает для себя закон: «законы существуют только для свободных существ». [14, с. 192]. С другой стороны, человек самоопределяется явно под влиянием закона, который его в определенном смысле образует – тем, что «ставит нас в такую точку, где мы сами можем расти...» [14, с. 193].

Ю.В. Пуцаев, вслед за А. Ахутиным, определяет это противоречие как основную антиномию Мамардашвили, заключающуюся в признании независимого существования, с одной стороны, самоопределяющегося субъекта – в своем «произведении», с другой стороны – порождающей его «структуры» или «формы». [17, с. 60-61]. В случае противоречия между свободой и необходимостью (законом) мы видим пример того же самого противоречия между производением и структурой (формой). Вместе с тем, согласно Ю. Пуцаеву, мы в данном случае «имеем дело с двойственностью, которая возникла отнюдь не от недосмотра или несистематичности мышления. Это противоречивость или двойственность такого рода, которая является, напротив, признаком основательности и глубины мысли». [17, с. 63].

Очевидно, что, находясь в «герменевтическом круге», мы способны продвигаться в своем понимании. В.И. Моисеев говорит в этой связи о «задаче круга», когда в определенной системе ее взаимосвязанные параметры взаимопределяются с помощью метода последовательных приближений. Подобная задача теоретически имеет решение, поскольку в конечном счете «происходит как бы замыкание круга взаимных определений начал, они все более и более «притираются» друг к другу, в пределе образуя замкнутую в себе сферу, цикл взаимной поддержки и определения». [15, с. 45]. Перспективу разрешения «герменевтического» противоречия между сущностью и явлением права в случае использования схожего метода видят Г. Бурбулис и С. Шилов: «Явление права должно рассматриваться исключительно в контексте темпорализации сущности права, «его вечности», где явление («внешнее право») и сущность («внутреннее право») сходятся, совпадают, отождествляются до неразличимости» [1].

Таким образом, «герменевтический круг» можно рассмотреть как «аутопоэтическую» систему, в которой свобода и закон рассматриваются в контексте нашей самоопределяющейся деятельности. Согласно К.Э. Бурнашеву, феномен личности в понимании Мамардашвили

должен рассматриваться сквозь призму понятия самоорганизации. [2, с. 504]. В.И. Моисеев, с другой стороны, вслед за Н. Луманом, рассматривает социальный порядок, устанавливаемый человеком, в качестве примера самоопределяющейся системы: «Идея социального порядка – идея некоторых социальных целостностей, которые организуют и держат в динамических единствах отдельные элементы». [16, с. 93].

М. Мамардашвили разрешает противоречие самоопределения, различия онтологическую и гносеологическую сторону данного феномена. Здесь философ следует определению Канта: «Для того чтобы не усмотрели непоследовательности в том, что теперь я называю свободой условием морального закона, а потом – в самом исследовании – утверждаю, что моральный закон есть условие, лишь при котором мы можем осознать свободу, я хочу напомнить только то, что свобода есть, конечно, *ratio essendi* (основание бытия) морального закона, а моральный закон есть *ratio cognoscendi* (познавательное основание) свободы. В самом деле, если бы моральный закон ясно не мыслился в нашем разуме раньше, то мы не считали бы себя вправе допустить нечто такое, как свобода (хотя она себе и не противоречит). Но если бы не было свободы, то не было бы в нас и морального закона». [5, с. 375]. Комментируя это определение, Мамардашвили практически его повторяет: «Данное утверждение само себе не противоречит, и поэтому, казалось бы, его можно вывести чисто аналитическим путем. Но, тем не менее, если бы моральный закон ясно не мыслился в нашем разуме раньше, то мы, не имея этого горизонта, не считали бы себя вправе допустить внутри этого горизонта нечто такое, как свобода. А если бы не было свободы – того, что мы должны еще допустить, – то в нас не было бы и морального закона – того, что раньше...». [8, с. 265-266].

Решение данной проблемы требует, таким образом, разрешения проблемы начала. С точки зрения Мамардашвили, проблема начала в абсолютном смысле неразрешима, если речь идет о системе, где одно определяется через другое: «если поставить вопрос начала в абсолютном смысле, то это парадокс. Человек должен создать машину, которая создаст его... не получается. Единственное, что остается – принять это как исходный и далее неразложимый факт...» [10, с. 83]. Фактически теоретическое разрешение проблемы первоначально бессмысленно, если мы уже находимся в состоянии самоопределения. Таким образом, онтологический аспект рассмотрения в данном случае первичен: уже есть то, что мы рассматриваем. Но, с другой стороны, рассматриваемая реальность еще должна быть установлена, и поэтому первичен гносеологический

акт. Таким образом, если вначале перед нами стояла проблема начала в абсолютном смысле, то сейчас требуется совместить первичность двух противоположных начал: онтологического и гносеологического.

Принцип решения здесь, по всей видимости, тот же, что и в доказательстве бытия Бога у Декарта: субъект первичен как субъект познания, Бог первичен в онтологическом смысле, поскольку без него не было бы мыслящего субъекта. То, что, человек начинает познание с себя, не отрицает первичности Бога, ибо человек познает Бога, только обращаясь к себе (через себя), при этом он не выдумывает сверхъестественное начало Бога, а находит его уже существующим все это время. Не касаясь содержания, обратим внимание на саму форму доказательства. Можно сказать, что аналогичным образом, реализуя свое право (свободу), человек устанавливает закон. Здесь существование человека первично, а установление закона, по определению Мамардашвили, происходит «на втором шаге». Поскольку поиск основания собственного действия в окружающем мире может идти до бесконечности, а действовать нужно уже сейчас, то необходимо установить источник истины в себе – в своем действии. Поскольку это действие не санкционировано ничем, кроме собственного решения, то изначально оно является произвольным: «то, чего нельзя просто предположить, или некоторое первое действие (оно же – уже мыслю, в действительной связи), есть одновременно и произвольное соединение, произвол разрушает гордиев узел бесконечности». [8, с. 150]. Но одновременно с этим, только начав осуществлять свою свободу, субъект права уже должен иметь в виду законосообразность собственного действия, так что в гносеологическом смысле – первичен закон, который изначально устанавливается в действии.

Таким образом, мы установили, что определенный гносеологический аспект в случае свободного действия присутствует с самого начала. Критерием или маркером свободы в данном случае оказывается степень сознательности свободного действия: «законы существуют только для свободных существ. Несвободные существа видят факты и рискуют не заметить законов». [14, с. 192]. Свобода существует в той мере, в которой она осознается. Только в целом сознательное действие, в котором бытие и мышление совпадают, является свободным.

Попробуем, основываясь на принципе сознательности свободного действия, самостоятельно разрешить проблему начала. Очевидно, что сама по себе необходимость начала свободного действия представляет собой парадокс: в определенном смысле сознание и свобода уже пред-

положены до того момента, как я могу их осуществить. Двигаясь в направлении осуществления свободы, я достигаю уже потенциально известной мне цели, т.е. осуществляю правильное действие, соотносясь с целью. Более того, как устанавливает Мамардашвили, именно в целом правильное действие, которое осуществляется по форме закона, и может быть свободным: «Ибо что такое свобода? Свобода – это давание самому себе закона действия». [14, с. 239]. Вместе с тем, с содержательной стороны закон не предшествует свободе. Свобода и необходима для того, чтобы установить закон. Если бы свобода была только осуществлением конкретного закона, то это противоречило бы ее сущности. Свобода, как и личность, не может задаваться понятием. Свобода изначально находится только в рамках требования, предъявляемого к ее сущности (коим является сама по себе необходимость свободы), а ее содержательное определение находится в зависимости от человека (разрешающей способности его сознания).

Мамардашвили демонстрирует свой метод разрешения противоречия между свободой и необходимостью (естественным и юридическим законом), находя сходство внешне противоположных позиций, которые представляют Монтень и Монтескье. С точки зрения Монтеня, высказанной в его «Опытах», «не существует справедливости, пока не написан закон», то есть только после определения закона в юридическом смысле устанавливается природный закон. Монтеню оппонирует Монтескье, который в «Духе законов» утверждает противоположную мысль: «законы есть необходимые отношения, которые вытекают из природы вещей». [14, с. 121]. С точки зрения Мамардашвили, это – различные определения одного и того же, и противоречия между ними нет: «...Монтень вовсе не это имел в виду, он не спорил с тем, что законы вытекают из природы вещей и называются естественными законами. Он имел в виду не это, а как раз то, что сама реальность, которая оформляется как закон, есть продукт нашего движения в этой реальности». [14, с. 121-122]. Можно интерпретировать эту мысль таким образом: объективно закон уже есть, соответствует природе вещей, но субъективно – устанавливается, определяется самим индивидом, и только тогда, когда мы им сознательно руководствуемся, в подлинном смысле – есть. Бытие закона означает здесь, что он есть именно как действующий закон. Иначе бы закон не действовал, а значит в подлинном смысле не существовал. Таким образом, мы приходим к парадоксальному выводу: подлинный закон предполагает свободное действие индивида по его осознанию и исполнению. Закон не может действовать «за» или «вме-

сто» индивида, поэтому его действие по реализации закона необходимо является свободным. Это означает, что нельзя закон инкорпорировать в индивида, помимо его воли: «фактически существует обратный закон: повлиять мысленно ни на кого невозможно. Потому что все растет только из самих людей, из некоторого внутреннего источника». [14, с. 268]. С другой стороны, наличие сознания и свободной воли людей не отменяет действия закона, а наоборот – его предполагает. Свободным в подлинном смысле может быть лишь действие закономерное и правильное. Иначе оно не будет свободным (противоречащее здравому смыслу действие будет негативно воспринято в обществе и реализация его встретится с непреодолимыми затруднениями).

Это напоминает «социальную физику» Маркса, которую Мамардашвили считает достоянием последнего и отличает от социального детерминизма. [11, с. 199-216]. Личность, по Марксу, есть «совокупность общественных отношений», но, в интерпретации Мамардашвили, это – самоопределяющаяся сущность. Личность не порождается обществом, но – рождается в обществе; рождается в определенных условиях, но не детерминируется этими условиями; формируется в них, но как уникальная, с учетом специфики данных условий (места и времени). Таким образом, устанавливаемый личностью закон – например, в виде одной из социальных норм – предполагает свободу индивида по его определению. Но устанавливаемый личностью закон не есть произвольно принятый закон. Закон порождает личность, которая не лишена необходимости действия установления, определения закона в любом случае, всегда (таков закон). Также закон принимается не одним индивидом, а в кооперации, коммуникации со многими другими, что накладывает ограничения на его содержание: социальная норма может быть юридическим и даже социальным законом, в том случае если разделяется всеми. В последнем случае речь идет о совместном установлении и прояснении потенциально существующего в обществе закона. Поэтому, как минимум, следует согласиться со следующим определением Мамардашвили: «Таким образом, с одной стороны, мы имеем некие естественные законы, которые одновременно могут быть юридическими, а с другой стороны, в законе есть еще то, что я назвал активностью человека, которую сейчас назову, условно, силой языка, состоящей в том, чтобы все реально существующее было артикулировано, представлено как есть и названо». [14, с. 200].

Дело в том, что закон изначально представляет чистую форму, а содержательное определение закона помещает нас в пространство,

которое множественно и в принципе вариативно. Требуется осознать законодательство как в принципе открытую систему: «наш разговор о законах строится в предположении отсутствия готового мира...» [12, с. 129]. С другой стороны, существует «обязательность пространства», в котором становятся возможными лишь определенные пути решения проблем, хотя «аутопоэтическая», самоопределяющаяся, система отличается нелинейностью. На этапе принятия решения, существует своего рода виртуальный мир реальных возможностей: «сеть законов, или законы как сеть или ткань опыта», которые находятся «в некотором многомерном пространстве и времени...». [12, с. 134]. Человек, устанавливая закон, не преднаходит его как явление, а сущностно совпадает с ним: «в случае такого рода мы имеем дело не с предметами, которые мы наблюдали бы [вне нас], – мы сами являемся такими предметами...» [12, с. 135]. Именно в необходимости реализации самой человеческой сущности в случае установления закона нами видится место антропологии права.

Закон устанавливается, поскольку человек есть сущность, формирующаяся в истории, но закон существует, и поэтому в каждом конкретном случае его должен осознавать человек. Мамардашвили целиком согласен с определением Канта: «человечество – это коммуникабельность, то есть некий организм, который охвачен всеобщением, или общностью». [14, с. 191]. С его точки зрения, в кантианской философии истории нет противоречия между сущим и должным: «Человек посредством истории становится человеком и устанавливает истину, потому что ничего преданного этому нет, все в своем начале смутно, темно по смыслу и должно пройти какой-то путь, чтобы определиться, – что это было и есть». [14, с. 191]. Это означает, что истина конституируется (закон), но не просто конструируется (как можно было бы предположить).

Основной вопрос, который встает перед Мамардашвили: как из свободы следует закон? Закон устанавливается не в отношении нового положения вещей, а относительно фактического состояния дела в настоящем. Конечно, законом устанавливается новое состояние мира, но в определенном смысле это есть тавтология: «закон описывает в своих законоподобных терминах то состояние дел, которое он и производит». [12, с. 125]. Закон и есть то новое, что появляется в мире, в силу чего тот необратимо изменяется и предстает как «эмпирический мир, порожденный законом». [12, с. 123]. Но не изменение мира само по себе является целью, хотя это происходит, а установление закона.

Если бы закон относился только к новому положению вещей, то он не соответствовал бы действительному состоянию мира в настоящем – в тот момент, когда он утверждается. Так, всякое нововведение должно отвечать, как минимум, здравому смыслу людей и сложившейся системе общественных отношений, иначе оно не будет исполняться: «Право должно быть когерентно здравому смыслу повседневного человеческого бытия». [1].

Таким образом, необходимо в самом мире, как он есть, в самом бытии увидеть место закона. Важнейшим для определения сущности закона является критерий его исполнимости. Исполнимость закона предполагает не просто чисто физическую возможность человека следовать определенному закону, но также законную форму осуществления закона, являющуюся его примером и иллюстрацией. В этом смысле речь идет не только об исполнении определенного закона, но – «закона законов»: «закон устанавливается, или достигается, или осуществляется только путем закона же, то есть средства осуществления или реализации закона сами содержат в себе закон». [14, с. 203].

Исполнимость закона налагает существенные ограничения на его содержание: «должно быть ограничение допустимыми преобразованиями, совокупностью допустимых преобразований (например, не принимаем такого обстояния дела, для которого не может быть или нет еще набора допустимых трансформаций себя, «натурального» и тому подобного: иначе, без трансформаций, чего-то нельзя перенести физически...»)» [13, с. 250]. С другой стороны, необходимость законодательства предполагает, что в установлении (конституировании) законов мы выходим за рамки обычных человеческих возможностей. Так, например, человеку изначально не дано правовое сознание, и поэтому «правовые состояния», согласно Мамардашвили, «будут генерированными состояниями, а не натурально случающимися в мире независимо и помимо структур». [12, с. 148] Вообще Мамардашвили более всего интересуют именно «структурные состояния, генерируемые структурами», и таким образом наш взгляд должен сместиться к «способностям когеренции, исходящим из физики нашей социальной исторической жизни». [12, с. 151].

С точки зрения Мамардашвили, социальный мир необходимо историчен. Поскольку с введением закона ситуация в мире необходимо изменяется, то имеет место не просто констатация действительности, но установление необходимого состояния мира, когда его констатация и конституция образуют своего рода систему с «обратной связью». Уста-



новление закона и его исполнение, в случае принятия ответственного решения, образуют единое целое. Ответственность принимающего закон субъекта связана, с одной стороны, с осознанием необходимости, а с другой стороны – необратимости принятого решения. Сторона, принимающая закон, должна осознавать, что закон, будучи принятым, действует в отношении ее. Сторона, испытывающая действие закона, понимает, что с принятием закона в мире необходимо изменяется ее собственное состояние. В идеале эти стороны должны совпадать, но в любом случае остается открытым вопрос о приоритете стороны, иницирующей закон.

Кто же выступает в роли законодателя в случае, когда установление закона находится в зависимости от его исполнения? Видимо, это могут быть различные стороны, обладающие правом законодательной инициативы, – главное, чтобы они представляли единое целое. Конституция не должна отрываться от констатации, а констатация – от конституции. Законодатель не должен отрываться от народа, констатирующего действительное положение вещей, а народ – от роли законодателя, руководствующегося исключительно интересами права, а не своими собственными интересами. Именно в задействовании самой человеческой Личности, устанавливающей баланс абстрактного и конкретного права, заключается, в частности, программа политософии: «Доминанция абстрактного права приведет к господству тоталитарной идеологии, а приоритет конкретного права к регрессу человека в «политико-правовое животное» (например, в «экономического человека»). Именно в балансе абстрактного и конкретного права заключается возможность избежать тотальной регламентации человеческой жизнедеятельности, лишаящей её человеческих качеств. С другой стороны, и смешение конкретного и абстрактного права, характеризующее современное право, приводит к подавлению разумного восприятия права, отрыву права от здравого смысла и противопоставлению его людям, обществу, созданию всевозможных лазеек реализации несправедливых дел». [1].

С точки зрения философа, истина изначально не находится в действительности, а рождается, индуцируется в споре, полемике, – между представителями различных позиций. В таком случае, если мы рассматриваем законодательство как двусторонний процесс, или систему с «обратной связью», само развитие и совершенствование становится необходимым и необратимым его элементом: «Развитие дополнительно к необратимости. Изменением мы боремся с рассеянием». [13, с. 250]. С другой стороны, Мамардашвили утверждает необходимость обра-

щения, скорее, к самой форме закона, нежели произвольному изменению его содержания. Так, в дискуссии об эвтаназии он доказывает, что право должно быть скорее консервативным институтом, чем допускать нововведения: «Не знаешь, не можешь просчитать все следствия – не вмешивайся; не знаешь, прецедентом чего окажется реализация какого-то несомненного содержания, – придержишься формы!» [7, с. 89]. Но уклониться от решения проблем, возникающих в социальной действительности, невозможно. Например, существует феномен несправедливости, неправосудных решений. В случае выбора между законом и справедливостью Мамардашвили остается апологетом закона: «юридическую истину очень трудно установить, всегда возможны ошибки в применении закона, вытекающие из действий и интересов людей и так далее. И если конкретно не сработала справедливость, будем разочарованы, считая, что справедливости нет. И будем обвинять в этом закон, хотя не его нужно обвинять. По одной простой причине – целью закона является воспроизводство закона и, значит, цель закона в том, чтобы был следующий момент времени. А из самого содержания справедливости не следует, что она будет в следующий момент...» [14, с. 397]. Справедливости ради, следует сказать, что философ здесь имеет в виду не конкретный юридический закон, который, конечно, может быть изменен, а – укорененный в бытии, «космический» закон, который действует по отношению к нам с определяющей силой.

Участие в законодательном процессе становится необходимым для любой из сторон, ввиду превращения закона в силу, необходимо изменяющую состояние мира и нас самих. Мы в любом случае попадаем под действие закона. Плохо, если этот закон не нами установлен и смысла его мы не понимаем. В этом случае закон может действовать как «превращенная форма» нашего сознания, обращающаяся против нас самих. Тогда существует ситуация, описанная в «Процессе» Кафки, когда мы, блуждая в поисках права, в действительности передоверяем осуществление права кому-то, кто нас им наделяет, и начинаем от этого зависеть (что противоречиво). Поиск источника права в другом, равно как и «качание прав», с другой стороны означает личное бесправие: «если все действия человека уже «сцеплены» ситуацией, где не было первоакта закона, то поиск им последнего (а он совершается в языке, который у нас один и тот же – европейский, идущий от Монтескье, Монтеня, Руссо, от римского права и т.д.) никакого отношения к этой ситуации не имеет. А мы, живя в одной ситуации, часто пытались и пытаемся, тем не менее понять ее в терминах другой, начиная и про-

ходя путь господина К. в «Процессе»». [7, с. 113-114]. Мы видим, что законодательный процесс может «отчуждаться» от его действительно-го создателя, а «буква закона» – от его действительно-го носителя. В таком случае требуется установить, что мы уже находимся в сфере действия закона. Этот закон требует нашего участия в уже происходящем законодательном процессе. Поиск внешнего источника права должен быть осмыслен как собственное действие индивида. Если мы не можем полностью отменить действие в отношении нас закона, то в любом случае мы должны осуществлять его критику. Главное, мы должны понимать, что действующий в отношении нас закон является отражением действия (бездействия) нас самих. С нами, по Гегелю, поступают так, как мы позволяем с собой обращаться. Невозможно поэтому изменить законодательство без изменения нас самих. Это требует осознания, прежде всего, своего действительно-го способа отношения к действительности.

Таким образом, мы вступаем в «герменевтический круг» новой проблемы: изменения законодательства не может быть без изменения общества, а изменение общества невозможно без изменения законодательства. Понятно, что система изменяется только в целом, но в таком случае необходимо определить свое место в данном процессе и общую направленность развития. Прежде всего, не имеет смысла изменение системы как таковое, но только установление в процессе развития ее совершенного состояния. Так, например, не имеет смысла изменение законодательства само по себе, но только такое его усовершенствование, которое приводит к установлению закона – вместе с его исполнением. Аналогичным образом, действительным изменением общества может считаться только превращение его в образование принципиального иного типа, исторически складывающееся при условии определяющей деятельности людей. В принципе, эти два различных, хотя и взаимосвязанных, процесса могут быть представлены как стороны единого – сознательного – способа отношения человека к миру. Действия людей, направленные на установление и поддержание в мире определенного порядка, конституируют данное общественное устройство. Совершенствование законодательства и совершенствование общества выступают как идеализации, обозначающие общее направление развития. Вместе с тем, очевидно, что достижение цели не может быть мгновенным, а требует длительного пути, в ходе которого и достигается цель взаимной трансформации. Совершенствование не может быть достигнуто применением абстрактных схем к неизменному объекту. Необходимость

изменяться, совершенствоваться самому требует времени и усилий. Участие в общественной жизни становится необходимостью и обязанностью. Участие в процессе законодательства предполагает развитую сознательность. Изменение законодательства мобилизует гражданскую активность.

В любом случае исполнение закона предполагает преобразование человека, вынужденного начинать с себя: «Появляются законы. Но и мы вместе с ними». [9, с. 315]. Изменение (совершенствование) закона и, с другой стороны, – общества в целом образует систему, воплощающую в себе единство и борьбу противоположностей в диалектическом смысле. Снятие противоречий в рамках данной системы общественно-го устройства возможно лишь через соотнесение с Целым – его совершенным состоянием, по отношению к которому различные стороны выступают как абстрактные элементы его конкретного единства. Так, «власть» и «народ» выступают как противоположные стороны лишь в случае наличия «превращенной формы» сознания людей, но в случае самоуправления они совпадают.

Таким образом, как наше законодательство, так и общество должно двигаться в направлении совершенствования, как и мы совершенствуемся, имея в виду идеальную цель и поступая в соответствии с ней. Этот процесс изначально сложен, поскольку люди с недостатком правовой культуры не в силах воспринять и исполнить закон, к тому же «есть духовная и культурная непрививаемость извне продуктов развития». [12, с. 139]. Проблема заключается в том, что общество нельзя изменить законом, равно как и закон нельзя просто изменить по желанию людей. Общество может измениться под влиянием закона, но только само по себе. Поэтому дело закона, по убеждению Мамардашвили, заключается не в изменении общества, а в утверждении и поддержании самого себя. Дело общества, таким образом, заключается не в изменении закона, а в совершенствовании себя. Эти два независимые в своей основе процесса сущностно взаимосвязаны: в идеале в совершенном обществе устанавливаются совершенные законы, благодаря чему и существует совершенное общество. Поскольку на данный момент процесс принятия законов и совершенствования общества не прекращается, то следует признать, что достижение идеального состояния возможно лишь в теории, а на практике представляет во многом недостижимую цель. Но это не означает, что не нужно стремиться к совершенствованию законодательства и общества соответственно, поскольку иного пути нет.

## Список использованных источников:

1. Бурбулис Г., Шилов С. Право – вперед! / Г. Бурбулис, С. Шилов // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.russ.ru/pole/Pravovpered2>.
2. Бурнашев К.Э. Феномен личности в аспекте социальной синергетики / К.Э. Бурнашев // Синергетическая парадигма. Социальная синергетика. – Вып. 6. – М.: Прогресс-Традиция, 2009. – 688 с.
3. Гадамер Г.Г. О круге понимания // Г.Г. Гадамер. Актуальность прекрасного. – М.: Искусство, 1991. – С. 72-91.
4. Истомин А. Категория свободы в философии М.К. Мамардашвили / А. Истомин // Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 3-5 грудня 2010 року). – Львів: Галицький друкар, 2010. – С. 244-255.
5. Кант И. Критика практического разума / И. Кант // Сочинения. В 8-ми тт. – т. 4. – М., 1994. – 630 с.
6. Малахов В.С. Герменевтический круг / В.С. Малахов // Современная западная философия: Словарь ; [сост.: В.С. Малахов, В.П. Филатов]. – М.: Политиздат, 1991. – С. 76-77.
7. Мамардашвили М.К. Как я понимаю философию / М.К. Мамардашвили. – М.: «Прогресс», 1990. – 368 с.
8. Мамардашвили М.К. Кантианские вариации / М.К. Мамардашвили. – М.: «Аграф», 2000. – 320 с.
9. Мамардашвили М.К. Картезианские размышления / М.К. Мамардашвили. – М.: Издательская группа «Прогресс»; «Культура», 1993. – 352 с.
10. Мамардашвили М.К. Лекции по античной философии / М.К. Мамардашвили. – М.: «Аграф», 1999. – 320 с.
11. Мамардашвили М.К. Мой опыт нетипичен / М.К. Мамардашвили. – СПб.: «Азбука», 2000. – 400 с.
12. Мамардашвили М.К. Опыт физической метафизики / М.К. Мамардашвили. – М.: Прогресс-Традиция, 2008. – 304 с.
13. Мамардашвили М.К. Стрела познания (набросок естественноисторической гносеологии) / М.К. Мамардашвили. – М.: Школа «Языки русской культуры», 1997. – 304 с.
14. Мамардашвили М.К. Эстетика мышления / М.К. Мамардашвили. – М.: «Московская школа политических исследований», 2000. – 416 с.
15. Моисеев В.И. Философия и методология науки. Учебное пособие / В.И. Моисеев. – Воронеж: Центрально-Черноземное книжное издательство, 2004. – 239 с.

16. Моисеев В.И. Синергетические образы социального логоса / В.И. Моисеев // Синергетическая парадигма. Социальная синергетика. – Вып.6. – М.: Прогресс-Традиция, 2009. – 688 с.

17. Пушаев Ю.В. Диалектическая логика и философия Мераба Мамардашвили / Ю.В. Пушаев // Вопросы философии. – 2005. – № 12. – С. 39-64.

## СПІВВІДНОШЕННЯ СВОБОДИ ТА ЗАКОНУ У ФІЛОСОФІЇ М. МАМАРДАШВІЛІ

*А. Істомін*

*Північний (Арктичний) федеральний університет ім. М.В. Ломоносова,  
м. Архангельськ, Набережна Північної Двіни, 17,  
e-mail: istomin-1976@yandex.ru*

Метою даної роботи є розгляд співвідношення свободи і закону у філософії М.К. Мамардашвілі. Свобода і закон визначаються як дві сторони єдиного акта людського самовизначення. З точки зору автора, свобода і закон не суперечать одна одному у випадку співвідношення з феноменом особистості, яка утворюється під впливом і того, й іншого. Феномен особистості, яка самовизначається та бере участь у законодавчому процесі, уявляється таким, що заслуговує на увагу, з точки зору антропології права.

*Ключові слова:* свобода, закон, особу, самовизначення, діалектика, «герменевтичний коло», «аутопоетична система», законодавство; суспільство.

## THE RELATION BETWEEN FREEDOM AND LAW IN THE PHILOSOPHY OF M. MAMARDASHVILI

*A. Istomin*

*Northern (Arctic) Federal University named after M.V. Lomonosov,  
Arkhangelsk, Severnaya Dvina Emb., 17, e-mail: istomin-1976@yandex.ru*

The purpose of this study is to consider the relation between freedom and law in philosophy of M. Mamardashvili. We determine freedom and law as two parts (sides) of human self-determination. From the author's point of view freedom and law does not conflict with each other in case of reference to the phenomenon of personality, which is formed under the influence of the both. The phenomenon of self-determined person, taking part in a process of legislation, forces us to pay attention to it, from the point of view of anthropology of law.

*Keywords:* freedom; law; personality; self-determination; dialectics; «hermeneutic circle»; «autopoietic system»; legislation; society.

## МЕТОДОЛОГИЧЕСКОЕ ИЗМЕРЕНИЕ АНТРОПОЛОГИИ ПРАВА

*С. Калинин*

*Белорусский государственный университет,  
г. Минск, ул. Ленинградская, д. 8, к. 507, e-mail: kalinin@bsu.by*

Одной из основных характеристик современности является глобальный кризис, охвативший в различной степени все социальные системы и породивший состояние неадекватности существующих мировоззренческих и научных концепций объективным проблемам бытия. В частности, многие ранее казавшиеся устойчивыми социальные концепции и идеи (суверенитет государства, верховенство права и т.д.) утрачивают прогностические качества. Таким образом, сложившиеся на Западе в эпоху Модерна категории, выйдя на глобальный уровень, в принципе исчерпали свой ресурс и не могут дать адекватное понимание новых социальных феноменов, состояний и процессов. Это свидетельствует о необходимости пересмотра методологии социальных наук, которая включает мировоззренческие теоретико-познавательные парадигмы, философские основания науки, категориально-понятийный аппарат, методы, стандарты, закономерности, презумпции познания и т.д. При этом названные элементы могут выступать как результатами, так и методологическими принципами исследования [17, С.115-187].

Любая наука, в том числе и юриспруденция, базируется на определенных нерелефлексивных (воспринимаемых на веру) аксиомах, в том числе заимствуемых из иных систем познания либо находящихся на более высоком уровне абстракции. Одной из таких аксиоматически воспринимаемых юриспруденцией положений является антропология, то есть совокупность представлений о человеке, его цели и задачах, природе Добра и зла, вытекающих из них надлежащих и ненадлежащих норм, социальных и иных институтах и т.д.

Антропология сама по себе выступает многозначным феноменом, который неразрывно связан с мировоззрением и аксиологией. Аксиология как учение о ценностях, взятое в контексте мировоззренческого понимания человека, позволяет характеризовать сложившуюся применительно к конкретному мировоззрению и антропологии иерархию ценностей, описывать их содержание применительно к конкретной цивилизации, взятой в определенном историческом времени.

Антропологией преимущественно в англоязычных странах назы-

вают совокупность научных дисциплин, изучающих человечество на всех исторических этапах его развития с позиции «принципа холизма» (ориентация на целостный многоаспектный анализ изучаемых явлений), исследующих состояния и процессы биологической и культурной дифференциации различных социальных групп и интеграции их в единое целое [18]. В этом случае преимущественно изучаются эмпирические факты реальных обществ, требующие определенных теоретических концепций для своего отбора и осмысления [Напр.: 14; 16]. Для юриспруденции такой подход не является чем-то новым и активно используется со времен исторической школы [8; 9; 11; 22].

Иной подход к антропологии существует в рамках философии и богословия, когда исходным для понимания бытия являются не эмпирические факты, но доктринальные (догматические, мировоззренческие) представления о человеке. Под философской антропологией понимают специальную философскую дисциплину (посл. четверть XX в.), предмет которой сформировался путем интеграции представлений о человеке из общего философского дискурса. Философская антропология обобщает совокупность концепций неклассической и постклассической философии, провозгласивших человека исходным пунктом и конечной целью философии, может рассматриваться как методологический принцип, так как любой философский дискурс исходит из определенного понимания человека и порождаемых им структур специфического человеческого опыта. Так глобальный кризис современности, с точки зрения большинства представителей данного типа антропологии, есть проявление и результат кризиса личности [1].

Богословская антропология – это раздел богословия, раскрывающий учение Церкви о человеке<sup>1</sup>. Богословская антропология имеет конфессиональную окраску и включает ряд тем: человек и его отношение к Богу и миру, образ Божий в человеке, образ Логоса (Христа), человек-личность, «состав человека» (душа и тело), предназначение человека, грехопадение и его последствия, брак и пол, труд и творчество, восстановление человека [20; 12, Гл. 3; 21].

В этом контексте важно соотношение между богословской и

<sup>1</sup> Несомненно, что любая религия имеет собственную антропологическую составляющую. Однако мы сознательно сужаем предмет исследования в силу того, что государственность Беларуси и стран Восточной Европы сформировалась в рамках Христианства, сложных взаимодействий его конфессий.

философской антропологией. В настоящее время богословские представления о человеке не имеют широкого признания в научной среде, в которой доминируют различные, зачастую противоречивые и атеистические идеи. Для христианского богословия вопрос о человеке, его цели и предназначении всегда является ключевым, так как решение этих вопросов пронизывает все существо любой цивилизации. Так доминирующие сотериологические<sup>1</sup> представления определяют надлежащие политико-правовые институты [2; 3].

Современная философская антропология является исторически вторичной по отношению к богословской и возникает в результате сложных процессов секуляризации западного общества, в том числе путем насильственного исключения религиозного (точнее христианского) из социальной жизни. Богословская антропология всегда связана с конфессиональной догматикой, тогда как философская антропология охватывает разнородные и противоречивые воззрения. При этом богословская антропология, как и философская, также может рассматриваться как методологический принцип.

Представления о человеке лежат в основе любой цивилизации, культуры, общества и т.д. Различия в таких представлениях порождают различия цивилизаций и культур, обществ и государств, а их изменения обуславливают трансформацию общества<sup>2</sup>. В итоге мы можем констатировать антропологическую и мировоззренческую окрашенность *любого* права и государства<sup>3</sup>. Это требует при принятии публичной властью определенного управленческого решения учета и понимания заложенных в его основу антропологических, мировоззренческих и культурных принципов. В этом контексте следует согласиться с мнением Н.Я. Данилевского о вредности и нежелательности переноса цивилизационных стандартов на иную почву [7].

Следовательно, выявление доминирующей антропологии и ее

<sup>1</sup> Сотериология – в Христианстве учение о спасении человека, часто связано с аскетикой.

<sup>2</sup> Так свободный античный человек презирал труд, считая его уделом рабов, в то время как свободный человек должен был управлять полисом, то есть заниматься *политической* деятельностью. Христианство придало труду высокое социальное значение («если кто не хочет трудиться, тот и не ешь» 2 Фес. 3:10). Требование любви к ближнему (милосердие) способствовало возникновению системы социального обеспечения.

<sup>3</sup> Степень окрашенности может быть очевидной либо неочевидной, сильной либо слабой и т.д. См.: [19].

исходных положений является одним из важнейших внеправовых, но значимых для юриспруденции вопросов. Внешность и неререфлексируемая аксиоматичность антропологических установок по отношению к правовой системе требует использования метода системного анализа. Данный метод позволяет описывать право как сложносоставной феномен (внутренняя системность), а также как элемент систем более высокого уровня (внешняя системность). При этом закономерности большего уровня абстракции и системности обуславливают закономерности меньшего уровня, выступают по отношению к ним изначально заданными аксиомами и условиями. В то время как обратное влияние значительно слабее.

Достаточно традиционным для права является описание его в качестве формально замкнутой системы, обладающей собственной логикой развития с одновременным игнорированием внешних воздействий на право (позитивизм и его направления). При таком описании, на наш взгляд, следует учитывать теоремы К. Гёделя о неполноте формальных систем. Согласно указанным теоремам в любой достаточно сложной непротиворечивой теории существует аксиоматическое утверждение, которое средствами самой теории невозможно ни доказать, ни опровергнуть (первая теорема о неполноте). При этом непротиворечивость достаточно богатой теории не может быть доказана средствами этой теории (вторая теорема о неполноте) без привлечения другой более мощной формальной теории, что ставит проблему непротиворечивости уже этой теории.

Это также подтверждает вывод о том, что любая правовая система в этом контексте должна опираться на ряд неререфлексируемых в рамках юриспруденции внеправовых аксиом, в том числе антропологических. Именно антропология, перенесенная в политико-правовую сферу, задает мировоззренческие стандарты отношения к человеку, допустимости либо недопустимости применения к нему каких-либо мер и т.д. Одновременно признание права формально замкнутой системой возможно лишь при наличии *консенсуса* по поводу внешних по отношению к праву систем и характеризует перенос познавательных проблем на иной уровень.

Рассмотрение государства и права как открытых систем, в которых внешнее внесистемное воздействие влияет на их структуру и функции, позволяет изучать все проявления такого воздействия, описывать и учитывать процессы и состояния отражения государством и правом внешних феноменов. В таком ключе возможно изучение внеправовых

факторов, определяющих содержание и сущность государства и права, в том числе антропологии и мировоззрения.

С позиции антропологии как одного из системообразующих факторов государство и право являются сложными саморегулируемыми и саморазвивающимися системами, так как взаимодействие понимания человека с внешними хаотично изменяющимися условиями его бытия порождают требования к изменению, саморегулированию и саморазвитию государства и права. Таким образом, антропология выступает важнейшей составляющей юриспруденции, однако влияние антропологии на юриспруденцию неодинаково. С одной стороны, учение о человеке может быть, но может и не быть объектом общетеоретической юридической рефлексии. В последнем случае сложившиеся на уровне мировоззрения положения, характеризующие метафизический статус человека, просто заимствуются из иных сфер знания (богословие, философия и т.д.) на уровне внеюридических методологических аксиом и установок. Это характерно для стабильного развития истории и науки.

Антропология становится предметом, в том числе, юридической рефлексии в случае социальных трансформаций и соответствующих им «научных революций» (смен теоретико-методологических парадигм исследования), когда новое понимание человека требует изменения всех социальных систем<sup>1</sup>, либо когда изменившиеся социальные отношения для своей легитимации нуждаются в новом понимании человека<sup>2</sup>. Так доктрины ученых-энциклопедистов XVI – XVIII вв. (Г. Гроций, Б. Спиноза, Т. Гоббс, Дж. Локк, Ж.–Ж. Руссо и др.) включали в качестве неотъемлемой части учения о человеке и его природе. Данные антропологические идеи пронизывали всю доктрину, определяя ее сущность и направленность на регулирование общественных отношений. По мере широкого общественного признания таких идей они перестают быть объектом рефлексии на уровне юриспруденции и осмысливаются уже на философском уровне. Отметим, что разделение вышеназванных процессов является в большей степени методологической абстракцией, так как такие процессы связаны между собой.

В настоящее время проблемы антропологии как методологиче-

<sup>1</sup> Так признание Христианства (человек как «образ и подобие Божие» (Быт.1:27)) официальной религией в Риме приводит к христианизации и гуманизации права. См.: [13, С. 184-187].

<sup>2</sup> Развитие капитализма требует формального равенства всех перед законом и повышения роли договора.

ского принципа в юриспруденции вновь приобретают актуальность. С одной стороны, это вызвано доминированием концепции прав человека, западное понимание которой навязывается в качестве единственно правильного образца и общечеловеческого достояния. С другой стороны, современность характеризуется мировоззренческим антрополого-аксиологическим конфликтом, который разворачивается в рамках бескомпромиссной и жесткой борьбы либерализма и традиции [10; 15]. Ибо либеральная аксиология и антропология, будучи заложенными в основу глобализации и наиболее полно выраженными в Гуманистических манифестах [5; 6; 4], разрушают традиционную идентичность, весьма активно реализуясь на международном уровне.

Таким образом, вышесказанное свидетельствует о важности антропологических начал в современном праве и позволяет квалифицировать их в качестве методологического принципа в юриспруденции, актуальность которого обусловлена глобальным кризисом и глобальным мировоззренческим конфликтом. Данный принцип инструментально основывается на использовании юриспруденцией в качестве внешнего системообразующего фактора представлений о человеке, сложившихся в русле определенного мировоззрения (религии) как критерия понимания надлежащих либо ненадлежащих моделей социального поведения. При этом нами не затрагивается вопрос о содержательном измерении данного методологического принципа.

#### Список использованных источников:

1. Абушенко В.Л. Антропология философская / В.Л. Абушенко // Новейший философский словарь / [Гл. науч. ред. и сост. Грицанов А.А.]. – Минск: [Изд. В.М. Скакун], 1999. – С. 52.
2. Берман Г.Дж. Вера и закон: примирение права и религии / Г.Дж. Берман. – М.: Ad Marginem, 1999. – 431 с.
3. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г.Дж. Берман. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М – НОРМА, 1998. – 624 с.
4. Гуманистический манифест 2000. Призыв к новому планетарному гуманизму // Российское гуманитарное общество [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.humanism.ru/manifest>. – Дата доступа: 5.11.2011.
5. Гуманистический Манифест I // Российское гуманитарное общество

[Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.humanism.ru/gm1.htm>. – Дата доступа: 5.11.2011.

6. Гуманистический Манифест II // Российское гуманитарное общество [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.humanism.ru/gm2.htm>. – Дата доступа: 5.11.2011.

7. Данилевский Н.Я. Россия и Европа / Н.Я. Данилевский. – М.: Терра-Кн. клуб, 2008. – 702 с.

8. История первобытного общества: Общ. вопр. Пробл. антропосоциогенеза / А.И. Першиц, В.А. Шнирельман, Л.Е. Куббель [и др.]; Редкол.: Ю.В. Бромлей [и др.]. – М.: Наука, 1983 – 432 с.

9. Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы: учеб. пособие / Т.В. Кашанина. – М.: Юристъ, 1999. – 332 с.

10. Кирилл (Гундяев) митр. Смоленский и Калининградский. Норма веры как норма жизни. Проблема соотношения между традиционными и либеральными ценностями в выборе личности и общества / Кирилл (Гундяев), митр. Смоленский и Калининградский // Церковь и время. – 2000. – № 2 (11). // Церковь.ру [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lib.cerkov.ru/preview/1909>. – Дата доступа: 5.11.2011.

11. Ковлер А.И. Антропология права: учеб. для вузов / А.И. Ковлер; Ин-т государства и права РАН, Акад. правовой ун-т. – М.: НОРМА, 2002. – 467 с.

12. Компендиум социального учения Церкви. – М.: Паолине, 2006. – 623 с.

13. Максимович М.А. Право и Церковь / К.А. Максимович // Православная энциклопедия / Под ред. Патриарха Московского и всея Руси Алексия II. – М.: Церк.-науч. центр «Православная энциклопедия», 2004. – Т. VIII. «Вероучение – Владимир-Волынская Епархия». – С. 181-192.

14. Малиновский Б. Научная теория культуры / Б. Малиновский. – М.: ОГИ, 2005. – 184 с.

15. Ратцингер Й. (Бенедикт XVI) Ценности в эпоху перемен. О соответствии вызовам времени / Й. Ратцингер (Бенедикт XVI). – М.: Библиско-богословский институт св. апостола Андрея, 2007. – 163 с.

16. Рэдклифф-Браун А.Р. Метод в социальной антропологии / А.Р. Рэдклифф-Браун. – М.: Канон-Пресс-Ц, Кучково поле, 2001. – 416 с.

17. Степин В.С. Теоретическое знание / В.С. Степин. – М.: Прогресс-Традиция, 1999. – 472 с.

18. Терешкович П.В. Антропология / П.В. Терешкович // Новейший философский словарь / [Гл. науч. ред. и сост. Грицанов А.А.]. – Минск: [Изд. В.М. Скакун], 1999. – С. 51.

19. Тихомиров Л.А. Религиозно-философские основы истории /

Л.А. Тихомиров. – М.: Айрис-Пресс, Лагуна-Арт, 2004. – 688 с.

20. Филарет (Вахромеев) митр. Минский и Слуцкий. Человек как адресат богословия / Митр. Минский и Слуцкий Филарет (Вахромеев) // Человек в истории / Митр. Минский и Слуцкий Филарет (Вахромеев). – Минск: Св.-Елисаветинский монастырь, 2008. – С. 23-37.

21. Шмалий В. свящ. Православная антропология / свящ. Владимир Шмалий // Православная энциклопедия / Под ред. Патриарха Московского и всея Руси Алексия II. – М.: Церк.-науч. центр «Православная энциклопедия», 2001. – Т. II «Алексий, человек Божий – Анфим Анхиальский». – С. 700-704.

22. Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства / Ф. Энгельс. – М.: Прогресс, 1988. – 244 с.

## МЕТОДОЛОГІЧНИЙ ВИМІР АНТРОПОЛОГІЇ ПРАВА

*С. Калінін*

*Білоруський державний університет,*

*м. Мінськ, вул. Ленінградська, 8, к. 507, e-mail: kalinin@bsu.by*

У статті в постановочному ключі розглядаються можливості використання антропології права як методологічного підходу в юриспруденції. Пропонується розглядати домінуючі в рамках певного світогляду і культурно-цивілізаційного типу уявлення про людину як зовнішній методологічний принцип, що визначає системність права і держави. Таке прочитання антропології права вимагає розгляду права і держави в якості відкритих систем.

*Ключові слова:* антропология права, методология права, системный підхід, антропологічний підхід у методології права, конфлікт цінностей.

## METHODOLOGICAL DIMENSION OF LEGAL ANTHROPOLOGY

*S. Kalinin*

*Belarusian State University,*

*Minsk, Leningradskaya Str., 8, e-mail: kalinin@bsu.by*

The article considers the possibility of using anthropology of law as a methodological approach to jurisprudence. It is proposed to consider predominant within a particular worldview and cultural and civilizational type view of man as an external methodological principle that determines the systemacy of law and the state. Such a reading of anthropology of law requires an examination of law and the state as open systems.

*Keywords:* anthropology of law, the right methodology, systematic approach, anthropological approach to the methodology of law, conflict of values.



## ПРОБЛЕМА СЛЕДОВАНИЯ ПРАВИЛУ: ХАРТ И ВИТГЕНШТЕЙН

*С. Касаткин*

*Самарская гуманитарная академия,  
г. Самара, ул. Дыбенко, 21, e-mail: kasatka\_s@bk.ru*

Настоящая статья представляет собой опыт осмысления и реконструкции теоретико-правовых построений (прежде всего трактовки правовой нормы и ее применения) британского правоведа, одного из основателей современного юспозитивизма Герберта Лайонела Адольфа Харта (1907-1992) через призму философского учения выдающегося австро-британского мыслителя, основателя лингвистической аналитической философии Людвиг Витгенштейна (1889-1951), в контексте намеченного им видения языка, значения, правила. Цель подобного рассмотрения – анализ методологических (здесь, витгенштейнианских) истоков концепции Харта, выявление того, насколько последователен мыслитель в применении и развитии идей австрийского философа, каковы существенные отличия и нововведения концепции правоведа по сравнению с оригинальной методологической основой, какова философская и теоретико-правовая ценность подобных построений.

Предметом особого внимания в данной статье выступает сформулированный «поздним» Витгенштейном парадокс следования правилу, который образует одну из фундаментальных и широко обсуждаемых проблем в философии XX века и имеет серьезное значение для разработки состоятельных правовых концепций, сопряженных с вопросами понимания права, правовой нормы и юридического языка, полноты, определенности и регулятивных возможностей права, юридической аргументации и квалификации, юридического решения и др. (Последнее видится особенно важным для отечественной юриспруденции, по сути незнакомой с выше-названными идеями и, что более важно, основанной на представлениях о языке, значении, правиле, которые составляют центральный объект критики со стороны представителей философско-лингвистического анализа, бросающих ей серьезный вызов, требующий надлежащего ответа [См., напр.: 5, с. 10-14]). В этой связи представляется интересным рассмотреть обоснование данного парадокса у Л. Витгенштейна, а равно прояснить его (возможное) восприятие и осмысление Г. Хартом применительно к праву и соотнести позиции британского правоведа с существующими в философской литературе ключевыми его решениями.

Сообразно указанным целям в рамках настоящей работы мы сначала обратимся к общему изложению ряда ключевых идей «позднего» Витгенштейна, а затем перейдем к рассмотрению в этом контексте базовых положений правовой концепции правил Харта, следуя от констатации его витгенштейнианских заимствований / параллелей к разбору отличных / оригинальных элементов рассуждения, связанных с этим трудностей и к формулированию общей (философской, теоретико-правовой) оценки предложенной Хартом теории норм и нормосообразного поведения в свете парадокса следования правилу.

**Точка отсчета: учение Витгенштейна о языке, значении и следовании правилу.** Л. Витгенштейн не занимался специальной разработкой какой-либо теории правил: его видение последних является составляющей более общего философского учения о языке, логике и аргументации. В своих поздних трудах (в первую очередь, в «Философских исследованиях» (1953) [См.: 2]) Витгенштейн критикует трактовку языка как «непространственного и невременного фантома» [2, § 108], абстрактной унифицированной статичной описательной системы слов-указателей, имеющих фиксированное значение, предзаданное объективно существующими референтами, будь то какие-либо предметы (как в остенсивной теории значения) или ментальные образы (как в ментальной теории значения) и т.п. Сосредотачивая свой анализ в первую очередь на обыденной речи, он предлагает альтернативное видение языка, акцентирующее следующие его характеристики:

– рассмотрение языка как деятельности, игры, определенной формы жизни: «“Языковой игрой” я буду называть <...> единое целое: язык и действия, с которыми он переплетен» [2, § 7]. «Представить же себе какой-нибудь язык – значит представить некоторую форму жизни» [2, § 19]. «Термин “языковая игра” призван подчеркнуть, что *говорить* на языке – компонент деятельности или форма жизни» [2, § 23];

– полагание языка как набора инструментов для достижения различных целей: «Представь себе инструменты, лежащие в специальном ящике. Здесь есть молоток, клещи, пила, отвертка, масштабная линейка, банка с клеем, гвозди и винты. – Насколько различны функции этих предметов, настолько различны и функции слов (Но и там, и здесь имеются также сходства)» [2, § 11]. «Язык – это инструмент. Его понятия – инструменты» [2, § 569];

– осмысление языка как динамичной и гетерогенной множественности несводимых друг к другу речевых практик, «языковых игр»: «Сколько же существует типов предложения? Скажем, утверждение,

вопрос, повеление? – Имеется *бесчисленное* множество таких типов – бесконечно разнообразны виды употребления всего того, что мы называем “знаками”, “словами”, “предложениями”. И эта множественность не представляет собой чего-то устойчивого, раз и навсегда данного, наоборот, возникают новые типы языка, или, можно сказать, новые языковые игры, а другие устаревают и забываются» [2, § 23].

С этих позиций значение знака / лингвистической единицы полагается философом не естественной данностью – картинкой, производной от отражаемого референта, но практикой его употребления, сложившейся в сообществе, в рамках той или иной языковой игры. Иначе говоря, знак не имеет здесь собственного объективно и строго зафиксированного значения, диктующего свое понимание и использование, но наделяется таковым в рамках определенной социальной практики, «формы жизни» и усваивается членами сообщества в процессе обучения и употребления: «Указательное определение объясняет употребление – значение – слова, когда роль, которую это слово призвано играть в языке, в общем уже достаточно ясна. <...> Если кому-нибудь показывают фигуру шахматного короля и говорят “Это король”, то этим ему не разъясняют применения данной фигуры – разве что он уже знает правила игры. <...> Можно представить себе, что он изучил правила игры, но ему никогда не показывали реальной игровой фигуры. В этом случае форма шахматной фигуры соответствует звучанию или визуальному образу некоторого слова. Можно также представить себе, что кто-то освоил игру [путем наблюдения], не изучая или не формулируя ее правил. <...> Ему можно было бы дать пояснение “Это король”, показывая, например, шахматную фигуру непривычной для него формы. И опять-таки это объяснение учит его пользоваться данной фигурой лишь потому, что предназначенное ей место, можно сказать, уже подготовлено. Иначе говоря: мы только тогда скажем, что объяснение обучает его применению, когда почва для этого уже подготовлена <...> когда обучаемый уже “знает, что такое фигура в игре”. То есть когда он уже играл в другие игры или же “с пониманием” следил за играми других [и т.п.]. <...> О названии осмысленно спрашивает лишь тот, кто уже так или иначе знает, как к нему подступиться» [2, § 30-31. См. также: 7]. И далее: «<...> Именованье и описание находятся не на одном уровне: именованье – подготовка к описанию. Именованье – это еще не ход в языковой игре, как и расстановка фигур на шахматной доске – еще не ход в шахматной партии. Можно сказать: именованьем вещи еще *ничего* не сделано. Вне игры она не *имеет* и имени. Это подразумевал

и Фреге, говоря: слово имеет значение только в составе предложения» [2, § 49].

Языковая игра, Витгенштейну, предполагает определенные правила, образцы, а посему связь знака и референта имеет нормативный характер. При этом правила игры полностью не исчерпывают (и не могут исчерпать) всех возможных ситуаций употребления знака, лингвистической единицы, они призваны обеспечить достаточные ориентиры, необходимые для типичных, часто встречающихся ситуаций; при этом точность, определенность, полнота указаний – это элемент контекста, соразмерности практическим целям. Витгенштейн демонстрирует это на примере определения понятия «игра»: «<...> [Понятие может и не иметь строгих границ.] Именно так мы и употребляем слово “игра”. Ибо как ограничить понятие игры? Что еще остается игрой, а что перестает ею быть? Можно ли здесь указать четкие границы? Нет. Ты можешь провести какую-то границу, поскольку она еще не проведена (Но это никогда не мешало тебе пользоваться словом “игра”). – “Но тогда использование данного слова не регулируется; “игра”, в которую мы с ним играем, не имеет правил”. – Да, употребление этого слова не всецело определяется правилами, но ведь нет, например, и правил, на какую высоту и с какой силой можно бросить теннисный мяч, а теннис – это все-таки игра, и игра по правилам. – Как же тогда объяснить кому-нибудь, что такое игра? Я полагаю, что следует описать ему *игры*, добавив к этому: “Вот это и *подобное* ему называют “играми”. <...> Можно сказать, что понятие “игры” – понятие с расплывчатыми границами. – “Но является ли расплывчатое понятие понятием вообще?” – Является ли нечеткая фотография вообще изображением человека? Всегда ли целесообразно заменять нечеткое изображение четким? Разве неотчетливое не является часто как раз тем, что нам нужно? <...> Разве бессмысленно сказать [кому-то, стоящему вместе со мной на городской площади]: “Стань приблизительно там!”? <...> При этом я не очерчиваю какие-то границы, а всего лишь делаю указательное движение рукой, – показывая ему на определенное место. Вот так же можно объяснить кому-нибудь и что такое игра. Ему предлагают примеры и стараются, чтобы они были поняты в определенном смысле <...>» [2, § 68-71; см. также § 88, 98]. И далее: «Я говорил об употреблении слова: оно не всецело очерчено правилами. Но как выглядит игра, полностью ограниченная правилами, не допускающими ни тени сомнения, игра, которую всякое отклонение заклинивает? – Разве нельзя представить себе правило, регулирующее применение

данного правила? А также сомнение, снимающие *это* правило, – и так далее? <...> Правило выступает здесь как дорожный указатель. – Разве последний не оставляет никаких сомнений относительно пути, который я должен избрать? Разве он указывает, когда я прохожу мимо него, в каком направлении мне идти – по дороге ли, тропинкой или прямо через поле? А где обозначено, в каком смысле нужно следовать ему: в направлении ли его стрелки или же (например) в противоположном? – А если бы вместо одного дорожного указателя имелась замкнутая цепь путевых знаков или меловых меток на земле, – разве в этом случае проигрывалась лишь одна их интерпретация? – Итак, можно говорить, что дорожный знак все-таки не оставляет места сомнению. Или вернее: он иногда оставляет место сомнению, а иногда нет» [2, § 84-85].

Итак, регламентация словоупотребления, по Витгенштейну, ориентирована прежде всего на наиболее распространенные, привычные ситуации речи и действия, а посему именно они обеспечивают определенность: «Лишь в типичных случаях нам четко предписано определенное употребление слова; мы знаем, у нас нет никаких сомнений, что сказать в том или ином случае. Чем менее типичен случай, тем более сомнительно, что при этом следует сказать. Если бы вещи вели себя совсем иначе, чем они ведут себя в действительности (не существуй, например, характерных выражений для страха, боли, радости; стань правило исключением, а исключение – правилом; стань их частота приблизительно одинаковой), то наша привычная языковая игра потеряла бы свой смысл» [2, § 142].

Это же, с другой стороны, обуславливает изменчивый и открытый характер словоупотребления: «Если говорят “Моисей не существовал”, это может означать разное: у израильтян при исходе из Египта не было *одного* вождя или их вождя звали не Моисей, или вообще не было человека, совершившего все, что Библия приписывает Моисею, и т.д., и т.п. – Вслед за Расселом мы могли бы сказать: имя “Моисей” можно определить с помощью разных описаний [“человек, прошедший израильтян через пустыню”, “человек, живший в такое-то время и в таком-то месте и называвшийся Моисеем”, “человек, который в младенческом возрасте был выгнан из Нила дочерью фараона” и пр.]. И в зависимости от того, примем ли мы одно или другое определение, предложение “Моисей не существовал” приобретает разный смысл, как и любое иное предложение о Моисее. <...> – Ну, а всегда ли я готов, высказывая нечто о Моисее, заменить имя “Моисей” одним из этих описаний? Пожалуй, я скажу: под “Моисеем” я подразумеваю человека, содевшего то, что Библия приписывает Моисею, или же многое из того. Но сколь многое?

Решил ли я, сколь многое должно оказаться ложным, чтобы я признал мое предложение ложным? Иными словами, имеет ли для меня имя “Моисей” твердо установленное и однозначное употребление во всех возможных случаях? – Не обстоит ли дело так, что у меня в распоряжении как бы целый набор подпорок, так что, лишившись одной из них, я готов опереться на другую, и наоборот? <...> [можно сказать, что я пользуюсь именем «Моисей»] без фиксированного значения, что наносит его применению столь же малый ущерб, как и столу – то, что он стоит на четырех, а не трех ножках и потому иногда пошатывается» [2, § 79]. И далее: «Я говорю: “Там стоит стул”. А что, если я подхожу к нему, собираюсь его взять, а он вдруг исчезает из виду? – “Значит, это был не стул, а некая иллюзия”. Но через две секунды мы снова видим его и можем потрогать его рукой и т.д. – “Тогда все-таки это был стул, а обманчивым было его исчезновение”. – Но допустим, что спустя какое-то время он исчезает снова или же кажется исчезнувшим. Что тут скажешь? Есть ли у тебя готовые правила для подобных случаев, – правила, говорящие, можно ли все еще называть нечто “стулом”? Или же мы обходимся при употреблении слова “стул” без них; и должны говорить, что, по сути, не связываем с этим словом никакого значения, так как не располагаем правилами всех его возможных применений?» [2, § 80].

В русле названных положений Витгенштейн выстраивает и свое понимание правила, выступая с критикой целого ряда утверждений, нацеливающих на поиск скрытых истинных сущностей, механизмов, детерминант речевых практик:

– языковые правила могут быть сформулированы явно, четко и однозначно, так что в сущности они подобны четким и однозначным правилам логических либо математических исчислений, хотя их сущность маскируется в разнообразных формах функционирования естественного языка;

– овладеть правилом – значит быть в состоянии дать его четкую формулировку;

– следование правилу предполагает его понимание, т.е. специфическое состояние сознания, которое надо вычленишь и описать;

– следование правилу предполагает его адекватную интерпретацию; интерпретация «содержится в голове» участвующих в коммуникации людей;

– правило «содержит в себе» все случаи своего применения; подобно формуле оно детерминирует действия, составляющие следование данному правилу;

– если правила служат основой коммуникации, то и следование правилу должно иметь некую основу; чтобы не возникало логического круга, объяснение того, как люди следуют правилу, должно быть найдено вне коммуникации (например, в наличии особых психических механизмов в сознании участников коммуникации или в том, что правила являются отражением некоторой реальности);

– нарушение правил породит столкновение с реальностью, которая накажет за это (так, нарушение логических правил приведет к ошибочным выводам, а это, в свою очередь, – к ошибочным действиям) [См.: 8, с. 121-122].

Витгенштейн трактует правила в качестве элементов языковой практики, выполняющих различные функции: «Вспомним же, в каких случаях утверждают, что игра проводится по какому-то определенному правилу! Правило может быть инструкцией при обучении игре. Его сообщают учащемуся и обучают его применению правила. – Или же правило выступает как инструмент самой игры. – Или же его не применяют ни при обучении игре, ни в самой игре; не входит оно и в перечень правил игры. Игре обучаются, глядя на игру других. Но мы говорим, что в игре соблюдаются те или иные правила, так как наблюдатель может “вычитать” эти правила из практики самой игры – как некий закон природы, которому подчиняются действия играющих» [2, § 54].

Ключевым в анализе социальной нормативности для позднего Витгенштейна является вопрос о том, каким образом возможно предопределение правилом надлежащего поведения, идентификация того, что ему соответствует, и что – нет: что является надлежащим способом продолжения математического ряда [2, § 185-187], следования указаниям дорожного знака [2, § 85] и т.п. Философ рассматривает и последовательно отклоняет четыре варианта решения данного вопроса:

– *механицизм*: правило и его приложение не связаны каузально посредством механизма нервной системы (результат вычисления компьютера делает правильным не его внутренний электронный механизм);

– *ментализм*: когда говорящий имеет в виду, чтобы обучающийся продолжал так-то, а не так-то, его «ментальный акт» намерения предполагает, а не предопределяет сам по себе то, что считать соответствующим правилу;

– *платонизм*: правило не является странной абстрактной сущностью или разновидностью «логической машины», содержащей в себе набор действий, которые считаются согласующимися с ней;

– *интерпретицизм*: ошибочно предполагать, что то, что считается соответствующим правилу, всегда является толкованием, ибо это порождает бесконечный, порочный регресс [См.: 1, с. 16-17].

Предлагая свой вариант решения, философ формулирует знаменитый парадокс следования правилу, где такое следование идентифицируется через образцы и практики сообщества. Приведем пространную цитату из Витгенштейна:

«198. “Но как может какое-то правило подсказать мне, что нужно делать в *данный* момент игры? Ведь, что бы я ни делал, всегда можно – с помощью той или иной интерпретации – как-то согласовать это с таким правилом”. – Да речь должна идти не об этом, а вот о чем: все же любая интерпретация повисает в воздухе вместе с интерпретируемым; она не в состоянии служить ему опорой. Не интерпретации как таковые определяют значение. – “Выходит, что бы я ни сделал, все согласуемо с таким правилом?” Позволь поставить вопрос так: “Как возможно, чтобы определенное выражение правила – скажем, дорожный знак – влияло на мои действия? Какая связь имеет здесь место?” Да хотя бы такая: я приучен особым образом реагировать на этот знак и теперь реагирую на него именно так. – Но этим ты задал лишь причинную связь, лишь объяснение, как получилось, что наши движения теперь подчинены дорожным указателям. О том же, в чем, собственно, состоит это следование-указаниям-знака, ты ничего не сказал. Ну как же, я отметил еще и то, что движение человека регулируется дорожными указателями лишь постольку, поскольку существует регулярное их употребление, практика.

199. Является ли то, что мы называем “следованием правилу”, чем-то таким, что мог бы совершить лишь *один* человек, и только раз в жизни? <...> Невозможно, чтобы правилу следовал только один человек, и всего лишь однажды. Не может быть, чтобы лишь однажды делалось сообщение, давалось или понималось задание и т.д. Следовать правилу, делать сообщение, давать задание, играть партию в шахматы – все это *практики* (применения, институты). – Понимать предложение – значит понимать язык. Понимать язык – значит владеть некой техникой.

<...> 201. Наш парадокс был таким: ни один образ действий не мог бы определяться каким-то правилом, поскольку любой образ действий можно привести в соответствие с этим правилом. Ответом служило: если все можно привести в соответствие с данным правилом, то все может быть приведено и в противоречие с этим правилом. Поэтому тут не было бы ни соответствия, ни противоречия. – Мы здесь сталкива-

емся с определенным непониманием, и это видно уже из того, что по ходу рассуждения выдвигались одна за другой разные интерпретации, словно любая из них удовлетворяла нас лишь на то время, пока в голову не приходила другая, сменявшая прежнюю. А это свидетельствует о том, что существует такое понимание правила, которое является не *интерпретацией*, а обнаруживается в том, что мы называем “следованием правилу” и “действием вопреки” правилу в реальных случаях его применения. – Вот почему мы склонны говорить: каждое действие по правилу – интерпретация. Но “интерпретацией” следовало бы называть лишь замену одного выражения правила другим.

202. Стало быть, “следование правилу” – некая практика. *Полагать* же, что следуешь правилу, не значит следовать правилу. Выходит, правилу нельзя следовать лишь “приватно”; иначе думать, что следуешь правилу, и следовать правилу было бы одним и тем же» [2, § 198-199, 201-202].

Итак, согласно Витгенштейну, правило, по аналогии со знаком, также не имеет самодостаточного предзаданного значения и само по себе не может детерминировать способ своего применения. Его идентификация невозможна и через потенциально бесчисленные и ведущие к регрессу толкования, трактуемые как предоставление одних не обладающих определенностью формулировок и знаков взамен других. Важны не сами по себе толкования, а сложившаяся и действующая в обществе практика, в рамках которой формируется, воспроизводится, определяется и переопределяется фактическая система критериев дифференциации соблюдения и нарушения тех или иных стандартов, транслируются и закрепляются соответствующие им образцы / навыки суждения и поведения, а равно соответствующий им перечень оснований уместности речевых высказываний / квалификаций.

Таким образом, нейтрализуя традиционные теории значения и децентрируя знак / норму, Витгенштейн, с одной стороны, проблематизирует работу правил в повседневных, «типичных» ситуациях, с другой – намечает иное направление поиска оснований правилосообразного поведения: в совокупности практик и / или «точке зрения» сообщества.

В заключение параграфа отметим, что рассуждения Витгенштейна о следовании правилу породили острую полемику относительно существа его позиции – от весьма радикальной скептической формулировки и решения парадокса следования правилу у Сола Крипке до более умеренной исторической реконструкции воззрений философа у Гордона Бейкера и Питера Хакера:

– С. Крипке толкует данный парадокс в скептическом ключе: как демонстрацию невозможности нахождения факта, позволяющего предпочесть ту или иную интерпретацию знака / правила (отсутствие объективного факта, определяющего надлежащее следование правилу; отсутствие объективного факта, определяющего соответствие изначально предполагаемого правила и правила осуществленного; отсутствие объективного факта прошлого словоупотребления / применения правила, который бы предопределял будущие применения слова / правила). Отсюда, исследовательские акценты смещаются на анализ приписывания значений, его роли, оснований и механизмов. По мнению Крипке, связь знака и референта, правила и соответствующего действия учреждается конвенцией, позицией сообщества – в первую очередь его экспертов – и базируется на конечном числе прошлых образцов соблюдения правила. Правило и следование ему являются здесь необходимо и исключительно коллективными / социальными [См.: 6].

– Г. Бейкер и П. Хакер, в противовес этому, отстаивают существование (заданного грамматикой языка) «внутреннего отношения» между правилом и его соблюдением, не опосредованного каким-либо промежуточным элементом в виде интерпретации, позиции сообщества и пр.: именно правило определяет здесь свое корректное употребление, тогда как само существование правила возможно благодаря сложной человеческой практике. Здесь допускается индивидуальное следование правилу и ошибки сообщества в его надлежащей идентификации [См.: 1].

***Харт в координатах Витгенштейна: парадокс следования правилу и проблемы юридической нормативности.*** Идеи, предложенные Витгенштейном, принимаются на вооружение Г. Хартом и развиваются применительно к проблематике правовой теории, и в частности к проблеме судебного решения.

В западной (англо-американской) юриспруденции, еще начиная с рубежа XIX-XX веков, развернулись жаркие дебаты относительно роли правила в разрешении судебного дела, а также общей определенности и полноты права, которые непосредственно пересекались с описанным выше нормативным парадоксом [См.: 4]. Среди основных позиций в данных полемиках можно назвать следующие:

– *юридический формализм* (классический юспозитивизм), представлявший собой точку отсчета, а точнее основной объект критики, трактует право в качестве «закрытой системой» стандартов, содержащей в себе все ответы на правовые вопросы, которые судья механически, посредством логических средств выводит из официальных материалов

/ установлений и применяет к конкретным случаям. Правовые нормы обеспечивают здесь всеобъемлющее регулирование и исчерпывают / предопределяют решение по юридическому делу (проблема следования правилу является при таком подходе чужеродным элементом).

– *нормативный скептицизм* (американский правовой реализм) как главный оппонент формализма и инициатор спора указывает на (радикальную) неопределенность права, неспособность самих по себе официальных стандартов предопределять решение по делу («Общие положения не решают конкретных дел» (О.У. Холмс мл.)), подчеркивают доминирующую роль ненормативных / неправовых факторов. По мнению реалистов, судьи реагируют не на правила, а на конкретные фактические ситуации и действуют в их отношении согласно собственным психологическим особенностям и / или усвоенным стереотипам, принятым в их кругу, культуре, сообществе; правила же либо имеют подчиненное значение в юридическом решении, либо не играют вовсе никакой роли, выступая элементом официальной риторики и легитимации решения задним числом. Именно реалисты – правда, на иной идейно-методологической основе – сформулировали парадигму нормативного скептицизма, близкую последующему и более утонченному парадоксу следования правилу и именно вызову реалистов пытается противостоять Г. Харт в 7-й главе «Понятия права» [10].

– *юридический холизм / интерпретативизм* Рональда Дворкина – хронологически более поздняя (конец 60-х – начало 70-х гг. XX века) альтернатива позициям сторон в споре (включая далее и Г. Харта). Согласно Дворкину, право мыслится как институционализируемая совокупность практик толкования и аргументации, включающая разнообразие нормативных образцов – правил, принципов, целей и т.п. – и содержащая единственный правильный ответ на любой юридический вопрос (способная / обязанная гарантировать его нахождение). Здесь утверждается полнота и определенность права, отрицается судебское усмотрение как право судьи выходить за принятые нормативные стандарты, а образцовое решение связывается с построением / обоснованием судьей наилучшей теории права для разбираемого случая – теории, которая бы соответствовала институциональной истории системы (прошлым политическим решениям) и обеспечивали ей наилучшее оправдание. При том, что данная позиция видится вполне совместимой с нормативным парадоксом, она представляется прежде всего юрико-идеологической, выстраивая свои рассуждения на базе ценностей и конвенций права как института.

По отношению к заявленным здесь подходам, Харт стремится обосновать срединную точку зрения, отстаивая разделение ясных и пограничных случаев применения правила, а равно тезисы «открытой структуры / текстуры» (ограниченной неопределенности) юридического языка / права и связанного с этим судебское усмотрения [Подр. см.: 4, 3]. Основой для подобных построений выступает практическая теория правил Харта, где он, как представляется, во многом следует философской концепции позднего Витгенштейна. Так, британский правовед разделяет следующие позиции австрийского философа:

– общее восприятие языка как деятельности, центрирование его анализа в философском исследовании;

– рефлексия способов употребления, а также надлежащих оснований социального приписывания;

– трактовка значения как употребления, перенос стабильности значения с формулировки и толкования на практику и конвенцию.

– утверждение социального, контекстуального, конвенционального и нормативного характера связки знака и референта, правила и ситуации;

– рассмотрение правила в контексте человеческой деятельности, социальной речевой практики;

– признание незаданности правилом собственного способа применения, открытого и изменчивого характера употребления;

– разделение типичных и нетипичных ситуаций использования знака / применения правила, отсчет значения термина / стандарта от ясных случаев словоупотребления [Подр. см.: 11, 9, 10, а также 3, 4].

Необходимо отметить, что в работах Харта отсутствует непосредственный анализ построений Витгенштейна (как он отсутствует у Харта и в отношении иных своих философско-методологических оснований), нет и прямого провозглашения им себя в качестве витгенштейншланца. Нет у британского правоведа и четкой постановки и решения парадокса следования правилу (собственно говоря, активное обсуждение данного парадокса в философской литературе и исследованиях по Витгенштейну не было вплоть до работ Сола Крипке в начале 1980-х гг.). Вместе с тем, как показано выше, Харт во многом разделяет общую концепцию австрийского философа, элементом и следствием которой выступает нормативный парадокс, а его построения вполне совместимы с формулой парадокса.

Если далее пытаться определить воззрения Харта на языке Крипке (с учетом условностей подобной реконструкции), то британскому мыс-

лителю следует приписать скорее отрицание прямого решения парадокса: для него правила социальные, конвенциональны, заданы практиками и конвенциями сообщества, существующими в их рамках стандартами, и какие-либо указания на объективно заданный факт, способный предопределить истинность следования правилу, у Харта отсутствуют, да и кажутся весьма чужеродными для его взглядов. С другой стороны, сама постановка вопроса и скептический тезис Крипке представляется слишком радикальными для Харта, во многом следующего в русле более традиционных трактовок Витгенштейна: с этих позиций рассуждения правоведа о господствующих в правовой системе ясных, типичных случаях видятся вполне совместимыми с идеей Бейкера и Хакера о «внутреннем отношении» между правилом и его применением, где поставленные Крипке вопросы скептика просто не возникают, как не возникает здесь и потребность в приписывании соответствия правила и поведенческого акта *post factum*, уместным, по Харту, лишь в пограничных ситуациях (когда правило, по сути, отсутствует), да и то лишь в случае непризнания судейского усмотрения со стороны официального права.

Наряду с многочисленными точками пересечения позиций Витгенштейна и Харта необходимо указать и на ряд характерных отличий, присущих последнему.

*1. Трактовка правила. Проблема внутреннего аспекта.* Следует обратить внимание на отличия в формулировках понятия правила в работах двух мыслителей. Как уже отмечалось, Витгенштейн не дает сколько-нибудь четкого определения термина «правило», употребляя последнее ко всем случаям нормативных ограничений, применяемых к бесчисленному множеству случаев, к практикам / обыкновениям, когда уместно говорить о руководстве нашими действиями, к ситуациям, где можно обоснованно характеризовать действия в качестве правильных или неправильных. При этом подобные разработки значимы для Витгенштейна как часть более общей проблематики языка, логики, аргументации и строятся прежде всего на анализе обыденного языка. Для Харта же, наоборот, понятие правила является краеугольным камнем его юспозитивистской концепции, сориентировано на института права и формулируется в более узком ключе. Оно включает в себя как внешний аспект – единообразное социальное поведения, практику, так и внутренний аспект (существование которого у Витгенштейна проблематично) – социально признаваемый и практикуемый образец: поведенческое руководство, основа оценки (своего и чужого) поведения, оправдание порицания, принуждения и санкций в связи с

отклонениями от правила, нарушениями последнего [См.: 10, гл. 5 и др. Ср.: 1, с. 15-16 и др.]. Таким образом, получается, что, по мысли Харта, практики, обыкновения, привычки, взятые сами по себе, не составляют социального правила (что, как кажется, было бы вполне допустимым для Витгенштейна), требуя внутреннего аспекта – что, в свою очередь, по-видимому, вовсе не обязательно для Витгенштейна: следование правилу для него – это соответствие образцам, которые могут вовсе не быть рефлексивными формулами / схемами, имплицитными стандартами и пр. и скорее напоминают регулярности в социальном поведении, совокупно усвоенные членами сообщества в духе *habitus* Пьера Бурдьё. Если последнее верно, то это порождает вопросы о функциональности подхода австрийского философа и уместности его применения за пределами повседневного языка – по отношению к специализированным языковым играм, в том числе к праву.

Вместе с тем, с другой стороны, и отстаиваемый Хартом «внутренний аспект» правила видится проблемным в свете наработок аналитической лингвистической философии. «Внутреннее» – это то, что Витгенштейн (как и другие представители философско-лингвистического анализа) ставит под вопрос. Правило рассматривается им через наблюдаемые поведенческие проявления в тех или иных ситуациях, как реакции деятелей, соответствующие социальным ожиданиям / конвенциям (вне зависимости от того, чем именно такие реакции вызваны), а также через обоснованность высказываний о правилосообразном или правилонарушающем поведении, об обоснованности приписывания (характеристик) следования правилу конкретным поведенческим актам.

Харту в целом близка подобная логика: в своих более ранних работах он целенаправленно анализирует проблематику юридических высказываний, оснований вменения прав, ответственности, статуса и т.п., указывает на социальный, нормативный характер правовых понятий, выделяя в числе оснований приписывания социальные нормы, конвенции, а равно внешние проявления и наблюдаемые ситуации, которые *prima facie* трактуются как знаки той или иной социальной / юридически значимой фактичности и могут быть отменены при наличии свидетельств обратного. В этом плане ментальные состояния, не имея собственной референциальной основы, трактуются как элемент дискурса приписывания и / или его результат, но не в качестве его базового компонента такой атрибуции [Подр. см.: 3]. Подобные идеи – вполне в духе позднего Витгенштейна (как и его оксфордского коллеги, Дж.Л. Остина). Вместе с тем, в «Понятии права» Харт практически не

обращается к данной тематике и типу анализа, выстраивая изложение правовой реальности через призму системы социально признаваемых и воспроизводимых правил – стандартов поведения и оценки, имеющих внутренний аспект. Подобное «молчание» затрудняет ответ на вопрос, насколько совместимы позиции Харта, высказанные им в «Понятии права» и в более ранних работах. Неясным также остается то, насколько вообще можно идентифицировать следование правилу при такой «герменевтической» трактовке самого правила? (см. далее).

II. *Проблема пограничных случаев применения правила.* Витгенштейн, как представляется, сосредотачивается на анализе обыденных, типичных поведенческих случаев употребления языка / следования правилу. Подтачивая традиционную теорию языка, он предлагает альтернативный вариант стабильности значений и возможности социальной коммуникации, понимания, существования социальных норм и следования им – через обоснование социально-нормативного характера связи знака и референта, правила и действия (в таком истолковании Витгенштейна, по-видимому, сходятся и Крипке, и Бейкер с Хакером). Прошлые, устоявшиеся случаи применения знака / правила и образуют значение языковых единиц (это то, что Крипке называет «финитизмом» значения), и чем дальше мы уходим от традиционных случаев употребления, тем более неопределенным, по Витгенштейну, становится значение. В этой связи для учета градаций и пограничных случаев вполне уместно употребление идеи семейного сходства, которая, по мысли австрийского философа, лежит в основе связи понятий обыденного языка: «Рассмотрим процессы, которые мы называем “играми”. Я имею в виду игры на доске, игры в карты, с мячом, борьбу и т.д. Что общего у них всех? – Не говори “В них должно быть что-то общее, иначе их не называли бы “играми”, но *присмотрись*, нет ли чего-нибудь общего для них всех. – Ведь, глядя на них, ты не видишь чего-то общего, присущего им *всем*, но замечаешь подобия, родство, и притом целый ряд таких общих черт. <...> Мы видим сложную сеть подобий, накладывающихся друг на друга и переплетающихся друг с другом, сходств в большом и малом. <...> Я не могу охарактеризовать эти подобия лучше, чем назвав их “семейными сходствами”, ибо так же накладываются и переплетаются сходства, существующие у членов одной семьи: рост, черты лица, цвет глаз, походка, темперамент и т.д. и т.п. – И я скажу, что “игры” образуют семью» [2, § 66-67].

Вместе с тем, у Витгенштейна зачастую отсутствует анализ нетипичных ситуаций словоупотребления, описание действия в данных

ситуациях, механизмы их «преодоления», распространения прежних образцов на новые случаи, механизмы создания новых образцов (В рамках витгенштейнианской схемы появление нового остается за пределами анализа и составляет проблему, поскольку социальные правила, установления и смыслы действуют только в рамках практики, заданы последней. Здесь не исследуются ни механизмы изменения самих практик, ни возможности создания новых правил и изменения на их основе сложившихся обыкновений (что особенно значимо для права (феномен правотворчества)), ни иные механизмы обновления). В этом плане Харт идет дальше Витгенштейна: разбирая применение правила (включая и ситуации определения следования образцу, и содержания стандарта как такового), он вводит дифференциацию ясных и пограничных случаев и предлагает определенный вариант обхождения с ними.

Харт принимает логику Витгенштейна в объяснении ясных, типичных случаев: они характеризуются через автоматическое, несомненное применение стандарта / следование правилу, в основе которого лежит стабильность значения / употребления, заданное устоявшейся социальной практикой и существующей в ее рамках конвенцией. Такие ситуации часто и привычно встречаются и могут четко квалифицироваться как соответствующие или несоответствующие знаку, подпадающие или не подпадающие под конкретное правило. При этом здесь не возникает скептических вопросов Крипке и вполне можно говорить о «естественности» внутреннего отношения, сформулированного Бейкером и Хакером, а равно о предопределенности правилом (судебного) решения. Вместе с тем, в этом случае сомнительной представляется реальная ситуация парадокса, когда любое действие может квалифицироваться и как правилосообразное, и как правонарушающее: здесь это видится скорее абстрактным утверждением, апеллирующим к потенциалу толкования, неуместным в контексте сложившейся практики и конвенции).

Пограничный случай, далее, мыслится Хартом как ситуация, где представлена лишь часть признаков ясного / типичного случая, связанного с рассматриваемым по модели семейного сходства. В его отношении нет устоявшейся модели / практики обхождения и возможно приемлемое обоснование как минимум двух различных вариантов решения, что, в свою очередь, требует осуществления выбора / судейского усмотрения. Присущая данным ситуациям неопределенность полагается неустранимой через толкование: по аналогии с Витгенштейном, у Харта каноны толкования не дают абсолютного эффекта, поскольку являются правилами и могут быть в тех или иных



отношениях неопределенными. Так же как и у австрийского философа, философскообразность у Харта задается устоявшейся практикой. При этом (как потом у С. Крипке) усмотрение здесь реализуют эксперты, т.е. уполномоченные субъекты: судьи – на уровне обычного спора, высшие должностные лица, инстанции – на уровне правовой системы в целом, ее правила признания, критериев юридического. Сам механизм усмотрения может быть различным, однако зачастую, по мысли британского правоведа, нововведения выступают продолжениями значений, правил, схем рассуждения, уже сложившихся в сообществе: новое видится как продолжение прежних, устоявшихся схем и выстраивается, следуя от ясных случаев к анализу критериев их рассмотрения как надлежащих знаков правила, оценке соответствия этим критериям (в значимых отношениях) новых, нетипичных ситуаций, обоснованию возможности / уместности распространения прежнего знака / правила на данный случай [Подр. см.: 10, 4].

Представленная теория усмотрения Харта выступает определенным развитием взглядов Витгенштейна, а равно выступает юридически значимым обоснованием возможности действия в соответствии с правом / правилом в типичных случаях. Вместе с тем, следует упомянуть и проблемы / ограничения подобного подхода, оставляющего без серьезной разработки процессы возникновения новой нормы (в частности того, что происходит с рассмотренным случаем после применения судьей усмотрения) и разработанной методологии юридического решения / осуществления выбора (в частности, возможности вынесения решения вопреки ясному случаю).

*III. Основания приписывания следования правилу.* У Л. Витгенштейна в целом отсутствует общий анализ приписывания следования правилу. Скорее он обосновывает необходимость общего сдвига от метафизического / гипостазирующего теоретизирования к исследованию языковых игр (обыденной речи), оснований и практик употребления тех или иных слов и выражений, и в частности, проблематизирует наши речевые квалификации в плане возможности четких критериев определения «подлинного» следования правилу.

Что касается Харта, то, как отмечалось выше, проблематика приписывания, будучи представленной в его ранних работах, практически отсутствует в «Понятии права». Между тем, подобная постановка вопроса является одной из ключевых при принятии – значимой для британского правоведа – методологии Витгенштейна, а равно естественным образом следующей из более ранних построений самого

Харта, наконец, это вопрос, важный при оценке полемики Харта с правовым реализмом относительно состоятельности правила как основания судебного решения и ориентира судейской деятельности. Как уже говорилось, одним из серьезных вызовов юспозитивизму в данной полемике является утверждение о том, что судьи принимают решения скорее по интуиции и догадкам (и, видимо, по отличным от официально предусмотренных мотивам и основаниям), а к правилам обращаются лишь для самомаскировки и оправдания принятого решения задним числом. Что может противопоставить подобному утверждению британский философ? Каковы, с его точки зрения, надлежащие основания приписывания судьбе следования правилу? Как пишет Харт, «очень часто, когда человек принимает правило, <...> он может видеть то, что оно требует в данной ситуации, просто на уровне интуиции и делать это, не думая в первую очередь об этом правиле и о том, что оно требует. Когда мы двигаем шахматную фигуру в соответствии с правилами или останавливаемся на красный свет, наше подчиняющееся правилам поведение является прямой реакцией на ситуацию, не опосредованной подсчетами в категориях правил. Доказательством того, что такие действия являются подлинным применением правил, служит их ход в определенных обстоятельствах. Некоторые из них предшествуют тому или иному действию, другие следуют за ним, а некоторые из них устанавливаемы лишь в общих и гипотетических категориях. Наиболее важными из этих факторов, показывающих, что, действуя, мы приняли правило, является то, что *если* против нашего поведения возражают, мы склонны оправдывать его отсылкой к правилу; и подлинность нашего принятия правила может проявиться не только в прошлом и дальнейшем признании и следовании ему, но и по тому, что мы критикуем себя и других за отклонение от правила. На основании такого или подобного свидетельства мы действительно можем заключить, что если, до нашего “неосознанного” согласия с правилом, нас попросили бы сказать, как поступать правильно и почему, мы, если отвечали бы честно, указали бы на правило. Именно эта установка нашего поведения в таких обстоятельствах, а не сопровождение его явной мыслью о правилах, является необходимым для различения действия, являющегося подлинным соблюдением правила, от того, которое просто случайно было совершено в согласии с ним» [10, с. 142-143]. Но насколько такой ответ можно считать удовлетворительным, в том числе в свете вышеупомянутой концепции социального / юридического приписывания? Каким бы то ни было, он как минимум не является убедительным в качестве

контрдовода против правового реализма (С другой стороны, а что вообще следует считать надлежащими основаниями для такой атрибуции? Существуют ли таковые?).

В продолжение сказанного, Харт апеллирует, как кажется, к мнимой очевидности, утверждая, что зачастую судьи следуют существующим официальным стандартам: «Некоторые судебные решения могут быть [проявлениями притворства или очковтирательства], но в действительности очевидно, что по большей части решения, как ходы шахматиста, достигаются либо в результате подлинного стремления соответствовать правилам, сознательно взятым в качестве руководящих образцов принятия решений, либо, если они достигаются интуитивно, оправдываются правилами, которые судьи до этого были настроены соблюдать и чья релеванность рассматриваемому случаю, в общем, может быть обоснована» [10, с. 142-143]. Однако, во-первых, подобные утверждения вовсе не кажутся очевидными (например, применительно к постсоветскому пространству часто более убедительным видится обратное), а во-вторых, они не дают гарантий того, что правила, которым, по Харту, следуют судьи, – это обязательно стандарты официального права, а не, например, обыкновения того или иного круга, культуры, сообщества и т.п. (на что указывают некоторые представители правового реализма), которые к тому же могут существенно расходиться с официальными установлениями? Так или иначе, это также трудно считать аргументом против выпадов нормативного скептицизма.

\*\*\*

Резюмируя вышеизложенное, заметим, что при всех сомнениях и спорах относительно взаимосвязей концепций Харта и Витгенштейна, а равно достоинств собственных построений британского правоведа, нельзя не признать его ключевую роль в привнесение весьма плодотворных идей и проблематики аналитической лингвистической философии в современную правовую теорию. Во многих важных отношениях, разделяемых в современной философской мысли, Харт следует Витгенштейну. Вместе с тем, там, где он развивает (корректирует) построения австрийского философа, такое развитие можно оценить по-разному – от признания формирования достаточно весомой основы правовой (в том числе юспозитивистской) теории до проблематизации данного вклада как малозначительного с философской точки зрения и не отвечающего на важные фундаментальные и прикладные вопросы юридического характера.

## Список использованных источников:

1. Бейкер Г.П. Скептицизм, правила и язык / Г.П. Бейкер, П.М.С. Хакер ; [пер. с англ. В. Ладова и В. Суровцева]. – М.: Канон+, 2008. – 240 с.
2. Витгенштейн Л. Философские исследования // Витгенштейн Л. Философские работы. Ч. I. – М.: Гнозис, 1994. – С. 75-319.
3. Касаткин С.Н. На пересечении факта, нормы и языка: понятие действия в концепции Герберта Л.А. Харта / С.Н. Касаткин // Проблема правосубъектности: современные интерпретации: Материалы международной научно-практической конференции. Вып. 9. – Самара: Самарская гуманитарная академия, 2011. – С. 139-153.
4. Касаткин С.Н. Доктрина судейского усмотрения в концепции Герберта Л.А. Харта / С.Н. Касаткин // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Матеріали Міжнародного «круглого столу». – Львів: Галицький Друкар, 2010. – С. 261-278.
5. Касаткин С.Н. Юриспруденция и словопотребление. Проект юридической догматики / С.Н. Касаткин // Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов ; [под общ. ред. С.Н. Касаткина]. – Самара: СаГА, 2010. – С. 10-25.
6. Крипке С.А. Витгенштейн о правилах и индивидуальном языке / С.А. Крипке. – М.: Канон+, 2010. – 256 с.
7. Оглезнев В.В. Дескриптивный компонент понятия «действие» и его концептуализация в аналитической философии права / В.В. Оглезнев // Проблема правосубъектности: современные интерпретации: Материалы международной научно-практической конференции. Вып. 9. – Самара: Самарская гуманитарная академия, 2011. – С. 78-84.
8. Сокулер З.А. Проблема следования правилу // З.А. Сокулер. Людвиг Витгенштейн и его место в философии XX в.: Курс лекций. – Долгопрудный: АLEGRO-Пресс, 1994. – 172 с.
9. Харт Г.Л.А. Определение и теория в юриспруденции / Г.Л.А. Харт // Правоведение. – 2008. – № 5. – С. 6-32.
10. Харт Г.Л.А. Понятие права / Г.Л.А. Харт [под общ. ред. Е.В. Афонина и С.В. Моисеева]. – СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. – 302 с.
11. Харт Г.Л.А. Приписывание ответственности и прав / Г.Л.А. Харт // Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов ; [под общ. ред. С.Н. Касаткина]. – Самара: СаГА, 2010. – С. 242-270.

## ПРОБЛЕМА СЛІДУВАННЯ ПРАВИЛУ: ХАРТ І ВІТГЕНШТЕЙН

*S. Kasatkin*

*Самарська гуманітарна академія,  
м. Самара, вул. Дибенко, 21, e-mail: kasatka\_s@bk.ru*

Стаття присвячена аналізу теорії правил британського правознавця Герберта Харта через призму філософської концепції Людвіга Вітгенштейна. Особливим предметом дослідження став сформульований Вітгенштейном парадокс слідування правилу і реконструкція його можливого вирішення в «Понятті права» Харта.

*Ключові слова:* Г.Л.А. Харт, Л. Вітгенштейн, правило, слідування правилу, правова невизначеність.

## THE PROBLEM OF RULE-FOLLOWING: HART AND WITTGENSTEIN

*S. Kasatkin*

*Samara Academy of Humanities,  
Samara, Dybenko Str., 21, e-mail: kasatka\_s@bk.ru*

This article is devoted to an analysis of Herbert Hart's theory of rules through Ludwig Wittgenstein's philosophic conception. Special attention is paid to the paradox of rule-following, proposed by Wittgenstein, and to a reconstruction of its possible solution in Hart's «The Concept of Law».

*Keywords:* H.L.A. Hart, L. Wittgenstein, rule, rule-following, legal indeterminacy.

## ФУНКЦІЯ ЛЮДИНИ У КУЛЬТУРІ СПОЖИВАННЯ

*S. Kaspiak*

*Люблінський католицький університет імені Яна Павла II,  
м. Люблін, вул. Спокійна, 1, e-mail: instadm@kul.pl*

Людська спроможність до знання і навчання як раціонального мислення є однією з природних потенцій, надбаних у процесі творчої роботи. Після народження людина розвиває свої спроможності і починає взаємодіяти з світом навкруги і навколишньою природою, зокрема, з технічним світом, який видається полем для досліджень, на рівні чи багатьох рівнях винахідливості, що відбивається у формі покращення життя на землі. Найважливішими духовними рисами і талантами природної людини є такі: логіка, воля і совість. Совість є відповідний інструмент оцінки поведінки людини у кожній ситуації [1, р. 50-51; 2, р. 153, 208.]. Ці три згадані вище риси визначають комплексний розвиток людини як суспільної особи [3, р. 31].

Сучасна людина, особливо у розвинених країнах та країнах, що розвиваються, досягла чимало у багатьох вимірах (економіці, виробництві, сільському господарстві, технології, управлінні, банківській справі, домашньому господарстві, роботі ощадних банків, вивченні планети Земля та у сфері інформаційних технологій). Я вважаю, що для успішної реалізації цієї початкової характеристики людини на землі нам потрібно довести цю місію до усього людства як таку, що складається з постійної дії, винахідливості, покращення, самовдосконалення і кращого розуміння сутності і власного життя для досягнення щастя. Мисляча особа працює, заробляє на життя, будує власне життя, займається своїм життєвим покликанням, складає плани, здійснює різні вибори, ходить до супермаркетів на закупа. Людина, суцільно сьогодні, актуалізує, як ніколи раніше, багато споживчих товарів. Ми не можемо сказати одразу, що усе що стається у світі щодо формування вільної людини, має якісь ознаки зла або соціального гріха, тому що людина зростає. Так сказати не можна. Усе, що нам кажуть, це нормальна і творча дійсність вступу до реального життя з його сучасними вимогами.

Сучасний світ просунувся дуже далеко, розширив горизонти мислення у технічній сфері, сфері автоматизації і інформаційних технологій (персональні комп'ютери, мобільні телефони, Інтернет, плазмові телевізори та цифрове телебачення). Як я розумію, це чисте споживання, або відчуття щастя єдино від того, що людина має і використовує

такі предмети для зручного і ефективного спілкування і зв'язку з іншими людьми. Слід підкреслити, що сьогодні ми живемо в інформаційному суспільстві, і його прогрес не підлягає сумніву. Ми цього власними силами змінити не можемо. Ми маємо й надалі цікавитися новинами, користатися наявною інформацією, здобувати знання через навчання, і підвищувати свій освітній рівень як наймані працівники установ, підприємств та інших професійних організацій. Люди, що працюють у власній організації, компанії чи на робочому місці є суб'єктами знань, науки і винаходів, і застосування науки в громадській, політичній, економічній та фаховій сферах [3, р. 32].

Нам слід також поставити запитання. Коли стається щось таке, що лише можна назвати *споживанням* без покриття (забезпечення). Щось непропорційне, жадібне, деструктивне, щось таке, що призводить до фізичного в розумового виснаження.

Людина має право на розвиток і на те, щоб користатися товарами, які пропонуються у магазинах, на ярмарках, на фондовому ринку; вона може мати банківські рахунки, може керувати авто, може чесно накопичувати статки, однак усе це має ґрунтуватися на справедливості, верховенстві права і гідності закону. Етична відповідальність за це не знімається з заможних громадян, правителів і тих установ, що встановлюють правові норми. Результатами консумеризму (надмірного споживання) є такі: ставлення веде до еґоїзму, знецінення людського життя, а у сфері етики і моралі споживання призводить до різних відхилень, таких як надмірна сексуальність, гомосексуалізм, лесбійанство, перелюбство, розлучення, споживацький стиль життя у сімейному і приватному житті, готовність використовувати інших у власних інтересах, надмірна амбіційність у житті, необмежена свобода і недодержання жодних стандартів, лібералізм, вживання наркотиків, тютюнопаління, страх голоду і намагання збільшити матеріальну вартість активів, надмірне прагнення до власності, яке позначається на ставленні до життя, розцінювання природи шлюбу і сімейного життя як загрози, проти якого ми повинні захищатися (використання авта-назії, абортів, піклування про власні справи і інтереси, бездушне ставлення до потреб інших людей. Споживацьке ставлення до життя призводить до заперечення існування Бога, релігії, сенсу життя у вірі, відсутності поваги та руйнування таких традиційних елементів життя як культура, релігія, звичаї, манери, правдивість, добро і краса, в результаті чого суспільне життя супроводжується несправедливим розподілом багатства і фінансових ресурсів, алкоголізмом, кризою сім'ї та шлюбу, порнографією та різноманітними видами згубних звичок [4, kol. 741; 5, р. 14-17].

Консумеризм (надмірне споживання) є ставленням людини до максимальної вигоди від виробництв і торгівлі товарами. Використання і експлуатація товарів, їх здобування за будь-яку ціну є хворобою, так що можна назвати патологічним і хтивим споживанням ситуацію, коли людина хапає усе, що може, незалежно від того, потрібні чи не потрібні їй ці речі. Споживання – це коли людина бере якомога більше з доступних їй полиць, їсть, переїдає, дозволяє продуктам зіпсуватися, не робить заощаджень, не здатна використовувати вторинні продукти, деструктивна поведінка, небажання поділитися зайвим з тими, хто цього потребує, і з бідними. В такому разі це здається пасткою, невільним насиченням і споживанням. Слід зауважити, що споживання тісно пов'язане з економікою та її закономірностями, пропозицією і попитом, кінцем економічного буму, підйомом і поновленням економічної активності та процвітанням, що є вершиною економічної стійкості та економіки країни.

За визначенням «*Католицької енциклопедії*», споживання ґрунтується на житті з неправильним діагнозом людських потреб, що в кінцевому результаті обертається проти людини, яка формує згубні звички, звикання (алкоголь, тютюн тощо) та відповідний стиль життя, так що з цієї точки зору така мета є неприйнятною [4, kol. 741].

*Підкреслимо, що економіка базується на рахунках, а вони нездатні помітити людину у всій повноті її виявів. Економічна вигода може убити співчуття. Прагнення до прибутків руйнує людське мислення і притупляє совість. Економічна людина все розраховує і конвертує, а також втрачає через просту людську мораль і чесність.*

Вона перестає ставитися до інших справедливо і відповідально. Тому зовсім не дивно, що сьогоднішній і сучасний світ без здатності до співчуття до становища інших, а найголовніше, без такого стану ума (духу) і думки, світ бізнесу, економіка та придбання матеріальних благ стає менш людським.

На жаль, співчуття вимивається з відчуття пристойності і призводить до нестачі солідарності серед сусідів, хоча треба визнати, що вона виглядає красиво ззовні, оздоблена кольоровим фасадом [6, р. 32]. Ця нестача співчуття поширюється як на правлячий клас, так і на інші заможніші верстви населення. Коли говорять про людину як «людський *капітал*» або вживають поняття «*людські ресурси*», цим самим певною мірою живу особу зводять до економічного і виробничого виміру.

Треба слідкувати за соціальною етикою церкви, щоб пропонувати пояснення і інтерпретації та належним чином ідентифікувати особис-

тість людини як таку, що підлягає соціально-економічному впливу [6, р. 31].

Кожна людина у свій спосіб встановить, що вартість краси, яку ми знаходимо в інших людях, проявляється в їх ставленнях та діях. Найбільше правду, добро і красу можна спостерігати у діях, а характер людини проявляється у її рішеннях [7, р. 205-212]. Можна закінчити цей умовивід фразою, що кожна людина і всі люди мають у вимірі власного життя прагнути добра, правди і краси та розвиватися як вільні і мисляча особа. Час, в який ми живемо сьогодні, є епохою цивілізації споживання, винаходів і нової техніки. Ніколи раніше людина, суцця на землі, не мала таких величезних і *невпинних* можливостей для розвитку, управління натуральним світом і знаходження відповідей на питання хто вона є, аніж зараз [8, р.29].

Соціальне вчення Церкви не суперечить прагненню людини до покращення умов свого поточного життя та надбанню багатства і добробуту, однак воно не може погодитися і прийняти того, що стиль життя полягає більше в тому, щоб мати, ніж в тому, щоб жити. Ця позиція витікає з проповідей Іоанна Павла II (СА 36). У центрі етичного бачення споживання лежить перш за все право людини на життя і розвиток, особливо розвиток інтелектуальний і моральний.

А щодо ролі Церкви в оцінці поточного стану економічного зростання, ця роль усе ще залишається важливою, тому що в економічній системі наразі відсутні відповідні критерії для того, щоб розрізнити покращення через нормальний шлях задоволення базових людських потреб мислення і через тучний шлях, особливо сьогодні [4, kol. 741].

Відомо, що наслідками консумеризму є кілька ризиків соціальної природи, такі як нерівний розподіл багатства і надто велика розбіжність у рівні багатства між спільнотами на національному і міжнародному рівнях; а інші ризики – це неправильні концепції економічного розвитку та науково-технічного і технологічного прогресу, деградація навколишнього середовища і зміни у природі, зростаюча криза інституту шлюбу і сім'ї, коли споживання стає антитезою кохання, а також криза соціальна і демографічна [4, kol. 741, 742].

Основа розвитку є природний закон, згідно якого, на думку Святого Фоми, кожна людина є суб'єктом трьох прагнень: 1) право на життя, 2) право передавати життя та 3) право на розвиток у мирному суспільстві. Людина, незалежно від того, чи вона поважає і знає їх, приймає дар життя, розвивається у багатьох напрямках і передає життя. Першим проявом природного закону є бажання жити і зберегти життя,

власне існування. Людина повинна вести правильне життя і уникати зла. Бажання жити відповідає природному закону [9, р. 200].

Живі істоти у природі і людина як розумна істота прагнуть передати біологічне життя через *статеві стосунки*, розмноження і виховання дітей. Секс – природна риса, як для людей, чоловіків і жінок, так і для тварин у природі [9, р. 202]. Третій аспект природного закону є вираз соціального, біологічного і динамічного характеру природи. Право на розвиток у кожному напрямку є право обов'язок кожної людини у соціальній спільноті. Вона впливає на іншу особу, а інші люди створюють можливості для розвитку особистості і характеру особи.

Розвиток – це дії людини, які допомагають їй у процесі прийняття рішень, але вони не повинні позначатися на *загальному благополуччі* і обмежувати свободу інших людей [9, р. 205]. До сьогодні існує впевненість, що своїм впливом на природне середовище *стверджувани* суперечливості людини лише підривають її сили, природні ритми і заважають подолати складнощі, що виникли [10, р. 25].

Людина, як повелитель природи і владний творець, бажає встановити новий порядок у природному світі, однак забуває про незмінні закони природи, які управляють абсолютно, і не тільки космосом (*всесвітом*), але й *долею* людини. Людина, що живе у всесвіті, має боротися за своє існування і виживання, і бажає задовольнити свої зростаючі потреби. Часто говорять, що життя – це «боротьба за існування». Буддизм містить добру і благородну ідею щодо людських бажань і їх досягнення: «Тисяча бажань народжують тисячу страждань. Немає бажань – немає болю». По-справжньому творче посилення вашого духовного життя можливе лише стосовно матеріального життя [11, р. 14-17].

Економічне життя складає лише частку загальної архітектури людської культури, але цей напрям, оснований на поняттях природного закону і призначений для досягнення внутрішньої гармонії в усіх напрямках діяльності людини, вибудовує інфраструктуру міста, сприяючи прогресу цивілізації і відповідає природному порядку. Людина має підлягати природному ритму природи [12, р. 556, 557].

Загалом, можна сказати, що споживання є контрактною формою задоволення потреб людського життя. Ці потреби різні, вони можуть свідчити про надприродні, релігійні, етичні, естетичні, гуманістичні, практичні, економічні, фізичні, фізіологічні та інші обставини. Людина регулярно задовольняє свої потреби, якщо психологічна структура його особистості сформована належною освітою. Для належного поведжен-

ня і подальшого споживання людина повинна бути освіченою, хоча, не завжди на радість своїй сім'ї, вона готується до певного варварства і *першості* споживчих бажань, які у людини як мислячої особи виникають просто в думках.

Скорочення потреб у споживанні, які існуватимуть у подальшому житті, не може залежати лише від того, що у вас мають бути загальні хороші навички управління споживчими товарами, яким людина повинна добре володіти, щоб споживати ці товари [13, 251, 252].

Звичайно, таке добровільне зниження рівня споживання не може бути примусовим, однак з економічної точки зору це має велике значення для зростання вартості майна або бізнесу людини [13, 255-257].

Культура – це засіб сприйняття людиною навколишнього світу, реалізації базових цінностей і досягнення ідеалу. Це усе те, що винайдено людиною і вироблено його уміннями. Кожна справжня культура показує нам глибину спільного існування, породжуваного попереднім ресурсом. Культурним центром сімейного господарства у різних його формах і виявленнях, матеріальних, фізичних і духовних, є завжди людина, яка збагачує контекст його походження і життя. Людина створює культуру і середовище, одночасно оживляючи їх [14, р. 148-371; 15, р. 156-159].

Загалом, «культуру» слід завжди розуміти як власну культуру так званої нації або країни, тобто знайоме культурне коло, зрозуміле як спільне історичне надбання, мову, ментальність, мистецтво, знання та література, релігійні вірування і ритуали, звичаї, танці, музика, пісні, уклад життя, на відміну від розвитку технічної й промислової цивілізації й економіки, де, натомість, задіяні багато людей, для яких місцева культура невідома [16, р. 340-358 ; 17, р. 119-120].

В будь-якому випадку, це розмаїття моделей суспільного життя є перш за все часткою істини, присутньої у конкретній ситуації і культурі людей чи народів.

Етика і мораль як універсальна і абсолютно необхідна основа життя і соціальних реалій життя людини визначають напрямки відповідних стандартів поведінки на базі об'єктивної істини, що домотає людям допомогти одна одній справитися з зовнішніми і внутрішніми проблемами та подолати обмеження і недоліки суспільства [18, р. 193, 194; 19, р. 71]. «Людський капітал» може означати також здатність співчувати і розбудовувати соціальну спільноту, а у ширшому значенні – і суспільство. Співчуття (емпатія) – це стан єднання і розуміння інших людей, які живуть поруч з нами. Це одна з головних характеристик, базові ліки

стосовно соціальних мереж в *Інтернеті* і проти «агресивного і примусового споживання».

Ця риса емпатії і є суттю «емоційного інтелекту». Не всі володіють такою рисою, або мають, але неправильно розвинули. Якими б словами ми це не описали необхідність розуміти значення емпатії, висновок один – здатність проявляти співчуття щодо потреб своїх сусідів у більшості випадків на жаль, залишає бажати багато кращого [20, р. 31].

Слід пам'ятати, що надмірне споживання природних ресурсів допомагає природному середовищу, яке слід захищати, якщо ці ресурси просто тримати для майбутнього використання [13, р. 252]. Тут ми говоримо як про простих пересічних громадян, які споживають надто багато енергоресурсів, і тих державних службовців, хто ухвалює адміністративні рішення. Людина несе відповідальність не тільки за зменшення власного рівня споживання, але й за те, чи сприяє соціальному розвитку країни, в якій мешкає. Головним моральним обов'язком у широкій сфері соціально-економічного розвитку є пожертва, відмова від задоволення власних потреб, чутливість до альтруїзму інших, і відчуття солідарності і глобального людського виміру [12, р. 258, 259].

Споживання можна визначити в термінах 1) економіки і 2) етики. Згідно першого аспекту, це економічне значення споживання як використання або вичерпання економічних активів, створених виробничим процесом, наприклад, продукти харчування, предмети домашнього господарства, автомобілі, одяг, косметика, садовий інвентар тощо, зокрема: ковбасні вироби, м'ясо, риба, соки, фрукти, овочі, імпортовані фрукти і т. ін.

Усе, що людині потрібно для нормального існування, не може вважатися перевищенням максимального рівня споживання. Зловживанням споживчими товарами є *життя не за своїми можливостями*, розкішні банкети, вечірки для привілейованих і престижних осіб, безперервні *розваги* та нестача самоконтролю щодо витрати коштів на конкретні цілі без фінансового покриття. Людина має на все життя навчитися заощаджувати кошти і поважати гроші. Не усі мають гроші у кишені, інакше це б хворобливо позначалося на усьому, що купується, незалежно від того, потрібно це чи ні. Це позначається на людях і на тому, що вони купують і п'ють, – різні сорти горілки і взагалі алкогольних напоїв.

Ви можете запитати, а коли саме ми живемо нормально, і коли ми наше споживання стає неправильним? Кожен матиме свою відповідь, однак з певністю можна стверджувати одне, – заощадження приносять користь, оскільки дуже багатих людей не так багато.

Можна також відповісти, навівши ще одне спостереження, що звичайним людям, чесним, які прислухаються до своєї совісті, які ніколи нікого не дурять, дуже важко, їм дуже важко виплутатися з важкої ситуації, правдами чи не правдами, навіть якщо б уряд витягнув з кишені платника податків усе до останньої копійки, – успіх можливий, однак *це не той шлях, яким слід йти*, тому хтось завжди буде більш рівним, обіймаючи адміністративну посаду.

По-друге, поняття *етичного споживання* показує, що використання матеріальних товарів необхідно для задоволення реальних потреб людини, що необхідно для нормального життя, гідного людини.

Слід зауважити, що вартість нормального гармонійного розвитку людини – немала, розвиток людини коштує грошей, це потрібно для людського існування. У термінах етики існує тісний зв'язок між споживанням і реальними, справжніми потребами людини. Споживання – це неодмінний елемент суспільного життя у сучасному світі, в усіх куточках планети, хтось живе у бідніших країнах, хтось у багатих однак у багатьох країнах яскраво помітним є контраст між багатими і бідними.

Це є наслідком несправедливого розподілу багатства і грошей, що не дозволяє кожному мати достойне життя, маючи можливість заробити достатньо коштів, щоб утримувати себе і свою сім'ю [13, р. 258, 259].

Висновки і шляхи вирішення проблеми свободи споживання людиною:

1. Суспільство споживання уже створено практично скрізь, навіть у бідніших країнах.

2. Компетентні спеціалісти мають розрахувати вартість оптимального споживання окремою людиною і знайти можливість забезпечити кошти для задоволення основних потреб сім'ї в сучасному суспільстві.

3. Надмірне споживання не сприяє комплексному розвитку людини, маючи своїм корінням надмірне декадентство і виродження цивілізації.

4. Абсолютизування споживання призводить до того, що комфорт і так звана раціоналізація щоденного життя людини стає метою задля себе, яку можна вважати симптомом і виміром розвитку людини [13, р. 264, 265].

5. В аспектах етичного і морального краху можна зауважити неспроможність *надмірного* споживача йти на пожертви, орієнтація людей на комфорт, переїдання, потурання своїм бажанням та нездатність заплатити жертви або уникнення фізичних зусиль.

6. Витрачання великих сум на непотрібні інвестиції, від яких немає жодної користі.

7. Зловживання споживанням загрожує гармонії природного середовища і живої природи.

8. Внаслідок *надмірного споживання* покупці безповоротно витрачають гроші, зароблені тяжкою працею. Кожна людина має поважати гроші, ощадливо витрачаючи їх на життя.

9. Хто відповідає за споживання, так це будь-яка *пересічна особа*, громадянин як споживач, який має турбуватися про себе і своїх близьких, з чого слід зробити висновок про розвиток етики і необхідність *аскетизму в споживанні* та освіти, спрямований жертвування чимось у споживанні.

10. Слід сформувати групи спеціалістів і експертів для здійснення контрольних інспекцій і надання консультацій щодо споживання. Людина має звільнити себе від рабської залежності від споживання.

11. Завдання держави – створити *комплексну* систему інформування споживачів. Відправним пунктом і метою має бути “спільне добро”.

12. Підвищення статусу *соціальної справедливості* до рівня державного виміру і міжнародного аспекту цивілізації стає необхідною умовою виживання людства, особливо прийдешніх поколінь [13, р. 284-294].

Прагнення задовольнити матеріальні потреби, досягнути процвітання і економічної безпеки є неодмінним компонентом загального розвитку людської культури і включає реалізацію соціальних і індивідуальних цілей [12, р. 551, 552]. Людина ніколи не буває насправді задоволена тим, що придбала і що у неї є. Вона в різний спосіб отримує блага. Вона завжди здатна – *на відміну від тварин* – завдяки інтелектуальним здібностям і *винахідливості*, техніці і новим технологіям, отримати більше і більше благ.

Звідси можна зробити висновок, що людина не знає помірності у споживанні. Це є фактично основоположна істина про сучасну людину з світу практичного матеріалізму і ліберального капіталізму [21, р. 173].

Людина у певному сенсі є таким собі *паразитом*, який полює на представників власного виду. Зазвичай це призводить до того, що, оскільки кількість наявних продуктів і ресурсів є обмеженою, то коли у когось чогось багато, то і інших цього ресурсу менше, ніж їм фактично потрібно. Крім цього, соціальне визнання іноді реалізується у спосіб, що не завжди є справедливим і зваженим: деякі увялення є дуже важливими і першочерговими, а інші є менш важливими. Важливим виміром

є не лише просто споживання, а й бажання домінувати над іншими [11, р. 34, 35].

У такій оцінці сучасної культури, в якій живе і насолоджується соціальними багатствами людина, стає очевидним, що ці бажання і поведінка людей належать до ширшого шару соціальної патології. Ми можемо запитати, а де ж повага до людської гідності у такій боротьбі за життя і розвиток? Не можна забувати що свобода повинна мати місце у сучасній культурі як простір для розвитку кожної людини. Зрозуміло, що «кожна людина, яка здобула достойне місце у світі для себе, може мати відчуття унікальності своєї ролі своєї незамінності іншими людьми» [11, р. 37].

Людина живе у світі, де завжди існує можливість того, що хаос стане природним законом, а коли йдеться про порядок, то вважає його, на жаль, лише мрією людей. З точки зору Природи, ми завжди повинні підходити з великою обережністю до питання щодо її виправлення або вдосконалення [22, р. 29].

У цьому сенсі Природа, маючи власну вартість, вимагає від людини звільнитися від своїх деструктивних тенденцій і ставитися до неї згідно її природної вартості, а не з точки зору антропогенних умов [23, р. 80].

Культурна людина, безумовно, це людина з вищим рівнем поведінки, думки, вірувань, переконань, які існують у суспільстві і відповідають усім стандартам, що домінують у відповідному культурному контексті.

Виходячи з учення Святого Фоми Аквінського (1225-1274), до законів природи вищого рівня можна віднести наступні за класифікацією «Принципів» Бернгарда Сутора: 1) трансцендентність, свобода совісті і соціальні зобов'язання людини, 2) обов'язок справедливості у стосунках між людьми; 3) право на існування сім'ї у сучасному світі, 4) Політична орієнтація спільноти згідно принципу поваги до «спільного добра» солідарності й підпорядкування [24, р. 125, 126]. Це є певне відкриття для сучасних способів проявлення універсальних стандартів життя згідно релігійних і моральних норм.

Запитання в кінці: що сталося з нормами поведінки, гнучкістю мови, соціальною пристойністю і, співчуттям до інших, чому так багато людей купують і знищують товари, прагнуть отримати їх за всяку ціну, чому сьогодні ми не навчаємо усіх хорошим манерам, не повертаємося до витоків, чому одна людина топчеться по іншій, аби лише споживати і мати більше й більше речей, наступаючи один одному на душу брудним взуттям [21, р. 176]?

Сучасна людина повинна частіше звертатися до своєї совісті, щоб не втратити себе й інших, і щоб не наслідувати приклад егоїстів. Святий Павло, «Апостол язичників» пише у листі до Ефейців: «Поновить дух вашого розуму і вкладіть його у нову людину, створену Богом у правді і істинній святості» [25, р. 3-12]. У світі, який ще не є Царством Божим, християнська релігія не може ігнорувати жодного аспекту життя, який складає собою загальну реалізацію свободи, наданої Творцем людині від народження і є також її невіддільною гідністю [26, р. 8, 9]. Кожна спільнота людей на рівні держави чи у вимірі народу повинна відчувати відповідальність за усе людство.

Це особливо важливо у царині міжнародних зв'язків та політики стосовно боротьби з голодом, сприяння базовому розвитку у недостатньо розвинених країнах, де немає можливості забезпечити населенню базовий розвиток.

Багата людина повинна рахуватися з іншими людьми, особливо тими, хто не має доступу до нормального розвитку і живе у злиднях. Народи і країни світу, що розвиваються, можуть реалізуватися лише за умов наявності гарантованих прав свободи, та за наявності належних умов для соціально-економічного, політичного і культурного розвитку [21, р. 201].

#### Список використаних джерел:

1. Kisiel S. Problem sumienia «Roczniki Teologiczno-Kanoniczne» T. XXXII, z.3 – 1985. – P. 50-51;
2. Rosik S. Wezwania i wybory moralne, refleksje teologicznomoralne. – Lublin 1992.
3. Chojnacki G. Mniej kapitału więcej człowieczeństwa «Nasz głos» Miesięcznik katolickiego Stowarzyszenia „Civitas Cristiana”, Nr 4(169) kwiecień 2011.
4. Gocko J., Janowski P. Konsumpcjonizm, w: Encyklopedia Katolicka T. IX, red. Bogusław Migut i inni. – Lublin, 2002.
5. Grzegorzcyk A. Filozofia czasu próby. – Paryż, 1979.
6. Chojnacki G. Mniej kapitału więcej człowieczeństwa, „Nasz głos” Miesięcznik katolickiego Stowarzyszenia «Civitas Cristiana», Nr 4(169) kwiecień 2011.
7. Krąpiec M.A. Człowiek w kulturze. – Warszawa 1996.
8. Przybylski P. Stworzenie człowieka w Katechizmie Holenderskim w świetle współczesnej biblijki – Londyn, 1978.



9. Krąpiec M.A. Dzieła. Człowiek i prawo naturalne. – Lublin, 1993.
10. Klemm F. A history of Western technology. – Cambridge (mass.), 1964.
11. Grzegorzczak A. Filozofia czasu próby. – Paryż, 1979.
12. Strzeszewski Cz. Człowiek jako twórca rozwoju społeczno-gospodarczego, w: Z zagadnień kultury chrześcijańskiej, K. Wojtyła i inni. – Lublin, 1973.
13. Majka J., Etyka życia gospodarczego. – Warszawa, 1982. – P. 251-252.
14. Luzbetak L. J. Kościół a kultury, Nowe perspektywy w antropologii misyjnej. – Warszawa, 1998.
15. Popek S. Człowiek jako jednostka twórcza. – Lublin, 2001.
16. Kasprzak S. Inkulturacja jako metoda realizacji misyjnego posłania Kościoła, w: Ekonomiczno-Prawowyj czasopis, red. O. K. Marin i inni, Wypusk 2, Lwów 2011, P. 340-358.
17. Kasprzak S. Elementy misji ewangelizacyjnej Kościoła powszechnego. Studium teologiczno-kanoniczne. – Lublin, 2006.
18. Świątkiewicz W. Człowiek podmiotem życia społecznego (postacie społecznego przyzwolenia dla zniewolenia), «Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne», 29(1996).
19. Życiński J. Trzy kultury. – Poznań, 1990.
20. Chojnacki G. Mniej kapitału więcej człowieczeństwa, „Nasz głos” Miesięcznik katolickiego Stowarzyszenia „Civitas Cristiana”, Nr 4(169) kwiecień 2011, p. 31.
21. Kasprzak S. Normatywny wymiar ekologicznych i sozologicznych idei w systemie prawa państwowego i kościelnego. – Lublin, 2003.
22. Zięba St. Bioróżnorodność strategią organizacji biosfery, w: S. Kozłowski (red.), „Człowiek i Przyroda” Nr 10 Wiosna 1999.
23. Mazur A. Człowiek jako podmiot praw ekologicznych i przyroda jako „ubogi”, «Życie Katolickie» Rok VII 12(1988).
24. Sutor B. Etyka polityczna (tł. A. Marcol). – Warszawa, 1994. – P. 125-126.
25. List do Efezjan, 4, 23-24.
26. Kaczmarek L. Teologiczne podstawy praw człowieka, „Chrześcijanin w świecie” Rok XII Nr 6(90) 1980.

## ФУНКЦИЯ ЧЕЛОВЕКА В КУЛЬТУРЕ ПОТРЕБЛЕНИЯ

**C. Kaspiak**

*Люблинский католический университет имени Иоанна Павла II,  
г. Люблин, ул. Спокойная, 1, e-mail: instadm@kul.pl*

В статье исследуются актуальные аспекты проблемы потребления в современных развитых обществах. Рассматриваются морально-этические и религиозные аспекты консьюмеризма, их отображение в современной философской науке и связях с работами известных богословов, в частности Фомы Аквинского. Статья содержит целый ряд практических рекомендаций для современного человека в глобализованном мире.

*Ключевые слова:* консьюмеризм, естественный закон, чрезмерное потребление, экономика.

## HUMAN FUNCTION IN CONSUMER CULTURE

**S. Kasprzak**

*The John Paul II Catholic University of Lublin,  
Lublin, Spokojna Str., 1, e-mail: instadm@kul.pl*

The author addresses actual aspects of the problematic of the consumer culture in the contemporary developed societies. The author concentrates on the moral and ethic aspects of the consumer culture, their depiction in current philosophical studies and connection with the works of famous theologians. The article also includes practical recommendations for the contemporary citizen in the new globalized world.

*Keywords:* consumerism, nature law, oversized consumption, economics.

## ПЕРСПЕКТИВИ ГУМАНІТАРНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ПРАВА

*Д. Кобринський*

*Навчально-науковий інститут права та психології*

*Національної академії внутрішніх справ,*

*м. Київ, Солом'янська пл., 1, e-mail: dmitro.kobrinski@gmail.com*

На наш погляд, гуманітарна експертиза права, поєднуючи різні методології, може дозволити знайти шляхи для оптимізації юридичної комунікації, посісти місце важливої ланки у стосунках суспільства та правових інститутів держави, стати кроком вдосконалення правової культури українського суспільства.

Розглядаючи право через призму правової культури, викладач Одеського інституту Внутрішніх Справ П. Білий робить досить важливі для нашого дослідження висновки. «Питання права, його розвитку в сучасних умовах потрібно розглядати як невід'ємну складову сучасної правової культури. Остання охоплює ідею права, суть якої зводиться до того, що саме воно як узагальнююча міра свободи, рівності і справедливості у суспільстві повинно сприяти реальному здійсненню людських ідеалів, пов'язаних з людиною, особистістю як найважливішою соціальною цінністю не тільки з точки зору національних, а й світових реалій. Такий підхід, у свою чергу, потребує значної роботи щодо вдосконалення норм та інститутів чинного українського права, реформування його системи, деяких галузей права, вдосконалення структури і діяльності правничих органів». [1, с.76].

Разом з тим, оцінюючи з позицій сучасності стан правової культури, автор констатує, що реформування системи права наштовхується на стійкі стереотипи політичного та правового мислення, на звичні методи антидемократичного вирішення виникаючих ситуацій та проблем, що протирічать духу часу та суті змін, які здійснюються. Недоліки правової культури виявляються в правовому нігілізмі, нехтуванні правом, реальному збільшенні протиправних дій. Далі в статті одеського дослідника йдеться про те, що для українського суспільства одним із важливих питань є активний пошук вихідних позицій, які сприятимуть такому науковому розробленню і обґрунтуванню змісту правової культури, яка повністю була б ним сприйнята. Саме вона, на його думку, повинна стати орієнтиром того суспільства, яке ще треба побудувати.

П. Білий розвиває поняття ідеальної моделі держави. На його думку, права держава – це така, де існує і верховенствує закон, де

позитивний потенціал права проявляється повною мірою. При даному підході може виникнути ілюзія, що це якраз і є те, до чого треба прагнути, тобто певний ідеал держави. Але у теорії права існує позиція, згідно з якою найбільш високим рівнем розвитку права, котрий всебічно розкриває його потенціал, є не просто права держава, а її розвиток, продовження – праве суспільство, або суспільство права. Воно має відповідні ознаки і відрізняється від правової держави. (Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. – с.108). [1, с.77].

Таке праве суспільство передбачає, що володіючи правовою культурою, особистість не тільки знає та розуміє право, правові явища, але і оцінює їх з точки зору загальнолюдських правових цінностей і саме це стає чинником подальшого розвитку правової системи цього суспільства.

Концепція розвитку правової держави (суспільства права за Алексеевим) приводить нас до розуміння органічної цілісності і життєвості такого суспільства. За аналогією зі шпенглеровською опозицією «культура – цивілізація» можна сказати, що суспільство, якщо воно не утримується силою в певних омертвляючих межах, має вдосконалювати свою правову систему і правову культуру своїх громадян.

Таким чином, ми бачимо, що послідовний розгляд ідеї правової держави приводить нас до розуміння того, що ця ідея є лише певною часткою більш широкого філософського контексту. В межах цього підходу право може бути осмислене не як абсолютна цінність, а лише як та умова, що робить можливим подальший розвиток суспільства, або, скоріше, як умова утвердження в суспільстві більш глибоких цінностей. Одною з таких цінностей, а з другого боку вихідним пунктом правового розвитку суспільства – є ідея особистості, яка є носієм правової культури, свідомо причетним до світу цінностей, а також ініціатором змін, що відбуваються в правовій системі суспільства.

Одним з видів взаємодії суспільства, права та філософії, і ширше, гуманітарних наук в цілому може виступати саме соціальна чи гуманітарна експертиза як актів права так і певних механізмів та випадків правозастосування. Така експертиза надає можливості для виявлення узгодженості або невідповідності притаманних суспільству уявлень, моральних норм з одного боку та юридичних актів та механізмів з іншого, а також приводом для оптимізації законів та практики їх застосування.

Парламентські комітети, правозахисні організації, періодичні видання, окремі фахівці, вдаючись до аналізу конкретних законів та

норм права, тією або іншою мірою спираються на певне розуміння «людської складової» і певні філософські засади, на яких за їх думкою має будуватися суспільство, що є предметом гуманітарної експертизи. З іншого боку використання в праві різних видів експертних оцінок – балістичної, медичної, психіатричної та інших створює позитивні передумови для можливості долучення гуманітарної експертизи до аналізу правової сфери.

Значення експертизи як колективної комунікативної процедури обговорення та прийняття рішень полягає також і в тому, що вона моделює процес впровадження певних ідей у суспільство не як беззаперечних та безапеляційних наказів, а як принципово обговорюваних (і вже обговорених), що беззаперечно, більше відповідає сучасним суспільно-політичним пріоритетам. Гуманітарна експертиза – практика, яка успішно застосовується у інших галузях соціальних досліджень, в першу чергу в освіті, а також в екології, містобудуванні тощо.

Право в цьому контексті виступає дещо більш консервативним, зорієтованим на класичні зразки та традиції інститутом, але і в цій сфері відбуваються новації, і якраз вони, на відміну від усталених норм, потребують нових способів обґрунтування та адаптації щодо суспільного сприйняття. Крім цього конкретна позиція, думка, рішення, проходячи сам процес обговорення стає діалогічною і більш адаптованою до сприйняття різними категоріями зацікавлених осіб, соціальних груп чи верств населення.

Можна вважати, що перші експертні висновки належать Дельфійському оракулові. З тих часів види та методи експертизи множилися і розвивалися. На сьогоднішній день налічують біля 300 різновидів експертних оцінок. Експертні методи все більше використовуються в наукових дослідженнях, при застосуванні нових технологій, соціальній практиці.

Одне з визначень поняття «експертиза» – метод дослідження і вирішення (подолання) проблемних ситуацій спеціалістами, що володіють спеціальними знаннями шляхом знаходження рішень та аргументованого доведення їх ефективності.

У сучасному світі, в тому числі в Україні, відбувається суттєве розширення сфери впливу соціальної експертизи. Якщо раніше вона розглядалася як один із методів соціологічного опитування вузькогалузевих експертів з метою оцінки різних варіантів вирішення окремих завдань, то в новітньому контексті соціальна експертиза переростає у міждисциплінарний інтегруючий науковий підхід. Говорячи про спів-

відношення гуманітарної та соціальної експертиз, іноді зазначають, що обидва терміни адекватно відбивають мету і предмет досліджень у цій сфері.

На нашу думку на сьогоднішній день більш розробленим з цих двох понять є «гуманітарна експертиза». Тому ми, послуговуючись, насамперед, розробками С. Братченка та Ю. Іщенко спробуємо проаналізувати основні риси цієї процедури та можливості використання її для аналізу юридичної комунікації та, ширше, права.

С. Братченко, автор книги «Введення до гуманітарної експертизи освіти» стверджує, що гуманітарна експертиза – це особливий вид експертизи, яка здійснюється на основі гуманітарних методологій. Гуманітарність експертизи виявляється перш за все в цілях та засобах. Гуманітарність цілей – їх спрямованість на виявлення та підтримку “людського в людині” (і в будь-якій організації, яка має справу з людьми), а гуманітарність засобів – у використанні гуманітарної методології, критеріїв та методів дослідження.

За думкою С. Братченка гуманітарну експертизу можна вважати одною з базових форм експертизи, бо її зміст полягає в тому, щоб добувати критерії конкретних експертиз, ввести їх у загальнолюдський контекст. Надзадача гуманітарної експертизи – це гуманізація реальності, яка експортується. Якщо «конкретні експертизи» зазвичай проводять аналіз ситуації відносно до визначених замовником цілей, то гуманітарна експертиза здійснює «оцінку засобів та мети по відношенню до цінностей та життєвих сенсів» [2, с. 23].

Гуманітарна експертиза – це, згідно С. Братченка, експертиза глибинна та особистісно-орієтована, бо в центрі її уваги – людина як особистість, у найістотніших, найлюдяніших своїх проявах.

Ось у такій постановці питання можна помітити саме гуманістичний акцент у розумінні описуваної експертизи. На наш погляд, поняття гуманітарної експертизи ширше, воно передбачає не тільки використання різноманітних гуманітарних методів, притаманних психології, філософії, педагогіці, мистецтвознавства та іншим наукам, а й можливості різного «ідеологічного навантаження» такої експертизи. С. Братченко є свідомим прихильником гуманістичної психології (цей напрямок сучасної психологічної думки та консультативної практики пов'язаний з іменами К. Роджерса, Р. Мея та інших) і саме її надбання та “ідеологію” він намагається впровадити в суспільне життя з допомогою гуманітарної експертизи. Але розрізняючи гуманітарність та гуманістичність, важливо зазначити, що можливість іншої ідеологічної спрямованості не

позбавляє евристичності запропонованих у даній експертизі процедур. Навпаки, саме запропонована методологія дозволяє виявляти у досліджуваному явищі наявність певних “ідеологічних” нашарувань, проявів та мотивацій. І, з нашої точки зору, лише замовник експертного дослідження має визначати пріоритетну ідеологію, яка потребує захисту чи підсилення, чи ті явища, що визначаються як небажані, неприпустимі чи ганебні. Таким замовником може бути суспільство в цілому, держава чи окремі її інституції, або установи: правоохоронні, судові, пенітенціарні, освітні. Якщо мати на увазі наше суспільство з намаганням побудувати демократичні засади його життєдіяльності, то, безумовно, саме гуманістична традиція має певний пріоритет у цілях та задачах подібних досліджень, але в той же час слід мати на увазі претензії на гуманістичність багатьох філософсько-гуманірих традицій та орієнтацій: релігійного та атеїстичного екзистенціалізму, діалогізму, марксизму, персоналізму, комунікативної філософії, християнського гуманізму (в багатьох варіантах) та ін. Таким чином, навіть визнаючи “людиномірність” однією з важливих засад проведення експертизи та застосування її результатів, замовники не позбавляються необхідності у визначенні ідеологічних, а відтак і теоретичних пріоритетів, які в свою чергу вимагають певних методологій та відповідних конкретних методів.

Гуманітарна експертиза використовує набір специфічних методів. З одного боку, гуманітарна експертиза як специфічний вид діяльності має володіти певними особливими засобами проникнення до предмету і засобами оцінки, але з іншого боку, дослідники (наприклад, Хараш, Братченко) підкреслюють, що цей вид експертизи визначається низьким рівнем алгоритмізації і які методика обере експерт і чи буде він взагалі користуватися традиційною технікою – це його особиста справа.

Одна з істотних особливостей та переваг гуманітарної експертизи перед іншими способами досліджень полягає в можливості залучати до аналізу методи та фахівців різних дисциплін: соціології, психології, філософії, лінгвістики, мистецтвознавства, культурології, та інших.

Колектив експертів являє собою комунікативне середовище спеціалістів, що поєднані спільною задачею, але не спільним баченням проблем. Тому дослідження комунікації має значення і для формування самої експертизи, для знаходження та утвердження способів взаємодії досить різнопланових застосовуваних методів, що належать до різних дослідницьких традицій.

Але серед різних методів аналізу для гуманітарної експертизи є більш характерними “м’які”, якісні, неформалізовані, суб’єктивні

методи та процедури досліджень, однак “точні”, “об’єктивні”, кількісні методи, притаманні природничим наукам, за умов відповідного їх поєднання з якісними методами і разом з ними, можуть виступати «взаємодоповнюючими засобами» [2, с. 34].

С. Братченко вважає, що серед використовуваних методів найбільш відповідає духові та букві гуманітарної експертизи міжособовий діалог. І в теорії (С. Братченко посилається на М. Бахтіна та М. Бубера) і на практиці (він називає практичні розробки Коп’єва та Флоренської) продемонстровано, що людина в глибинних і найістотніших своїх проявах розкривається саме назустріч іншій людині, з якою вона вступає в глибоке і вільне спілкування.

Діалог – це методологічний принцип, який має філософським підґрунтям перш за все діалогічну філософію, а щодо преференцій С. Братченка, це екзистенціальна концепція діалогу М. Бубера.

Але також експертами можуть бути використані нестандартизоване інтерв’ю, фокусоване інтерв’ю, спостереження, самоспостереження, групова дискусія, фокус-групи, ігрові методи, імітаційні ігри, герменевтичні методи.

Підчас роботи з текстовими повідомленнями та документами може використовуватися контент-аналіз та семіотичний аналіз. Останній являє собою якісно-кількісний метод вивчення змісту текстів, який відрізняється достатньою простотою та технологічністю. Як стверджує російський автор Семенов, можливості контент-аналізу не обмежуються лише фіксацією поверхневого шару змісту, а у сполученні з іншими герменевтичними процедурами дозволяють проводити дослідження у трьох рівнях глибини осмислення матеріалу:

- вивчення змісту повідомлення (у цій методиці будь-який текст розглядається як повідомлення) без виходу за його межі;
- дослідження співвідношення повідомлення та його контексту (пов’язаних з текстом умов, явищ, інших факторів та даних);
- аналіз взаємозв’язку повідомлення з особливостями комунікаторів, впливу на них змісту повідомлення.

Важливе місце у організації гуманітарної експертизи відіграє вибір, підготовка та долучення експертів.

Особисті якості: особистісна зрілість, порядність, креативність, спостережливість, інтуїція та інші.

Методологічна та методична грамотність: знання методології експертування, вміння підбирати, модифікувати і розвивати методи досліджень відповідно до конкретних умов та задач експертизи.

Професійна підготовка: певний рівень гуманітарної освіти, знайомство з проблематикою права, освіченість у цій сфері, а також у галузях гуманітарних наук.

Практичний досвід: досвід у проведенні аналогічних експертних досліджень чи застосування конкретних методик (опитувань, фокус-груп, семантичного та контент-аналізу текстів та ін.).

Важливу роль для проведення має комунікативну компетентність експертів, до якої включаються:

- шанобливість та уважність до співбесідника, “безпристрасна зацікавленість”;
- вміння встановлювати та підтримувати контакт;
- навички емпатії;
- мистецтво допомоги співбесіднику у висловленні своєї думки;
- вміння слухати та чути;
- здатність адекватно висловлювати та обстоювати свою позицію;
- комунікативна гнучкість та конструктивність;
- вміння працювати в команді.

До проблеми критеріїв комунікативної компетентності зверталося багато дослідників, наприклад Т. Гордон визначив комунікативну компетентність як уміння вийти з будь-якої ситуації, не загубивши внутрішньої волі й у той же час, не давши втратити її партнерові по спілкуванню. Таким чином, критерієм компетентності є партнерська позиція. Т. Гордон протиставляє таку позицію («на рівних») позиції «прибудови зверху» або – «знизу». У роботах Ю.І. Ємельянова та Л.О. Петровської під комунікативною компетентністю розуміється «здатність встановлювати і підтримувати необхідні контакти з людьми. До складу компетентності включають певну сукупність знань і умінь, що забезпечують ефективне протікання комунікативного процесу.

Л.Д. Столяренко пропонує залучити до рис комунікативної компетентності «система внутрішніх ресурсів, необхідних для побудови ефективної комунікації у визначеному колі ситуацій між особою взаємодії».

Низька комунікативна компетентність характеризується таким рисами як замкнутість, нездатність отримувати інформацію у спілкуванні, адекватно демонструвати зворотній зв'язок, нездатність попросити про допомогу та невміння прийняти її.

Ще одним з аналізованих факторів має бути комунікативна компетентність учасників комунікації. Комунікативна компетентність спеціалістів може бути і об'єктом аналізу гуманітарної експертизи., особливо,

якщо йдеться про дослідження комунікації, наприклад, юридичної. Якщо визначити специфічні особливості комунікативної компетентності юриста, то вони полягають, перш за все в умінні та навичках долучити до комунікації в юридичній сфері партнера, який при цьому усвідомлював би свій правовий статус, свої права та обов'язки, можливості реалізувати свої прагнення, інтереси та бажання в межах права.

Отже, переходячи до можливостей застосування гуманітарної експертизи до досліджень правових актів, процедур та юридичної комунікації, зазначимо: проблеми та задачі, які можуть вирішуватися з допомогою такої експертизи – це психологічні, культурологічні, соціологічні, конфліктологічні, педагогічні наслідки певних правових рішень та процедур, відповідність цих наслідків намірам законодавців та тих, хто застосовує закони, а також корелятивність запропонованих новацій чи діючих законів певним ідеологічним засадам, що прийняті та проголошені суспільством у якості стратегій його існування та розвитку.

Гуманітарна експертиза – це експертиза глибинна та особистісно-орієнтована, бо в центрі її уваги – людина як особистість, у найістотніших, найлюдяніших своїх проявах. Саме гуманітарна експертиза права, правових актів, юридичної комунікації може дати оцінку відповідності тих або інших комунікативних стратегій та тактик учасників правовідносин онтологічним засадам певних філософських традицій, а також визначити відповідність цих традицій і системи цінностей суспільства та певних його груп. Така практика має оптимізувати процес законотворення та стосунки між право- і законотворенням та правосвідомістю громадян.

Використання гуманітарної експертизи для досліджень в юридичній сфері – це можливість нової позиції для філософії по відношенню до права. Це також можливість проведення аналізу комунікації у комунікативному середовищі із застосуванням різних дослідницьких методологій.

Ю. Іщенко у книзі «Гуманітарна експертиза: засадничі принципи, мета, завдання» саме комунікативні напрямки в філософії відіграли певну роль у формуванні концепції гуманітарної експертизи. Автор підкреслює важливість значення для даного методу запропоноване спершу К.-О. Апелем поняття «комунікативної спільноти». Воно розуміється як непересічне втілення інтерсуб'єктивності, що лежить у підґрунті всіх людських думок і вчинків. І така комунікативна спільнота корелює з колективом експертів, що беруть участь в аналізі та оцінюванні проектів та програм.

У концепції Т. Парсонса, запропоновано вісьовий аналіз, тобто досліджувана американським вченим соціальна дія може бути структурована уздовж двох вісей експресивність – інструментальність, підкорення-владність. Аналогічний аналіз можна запропонувати і для досліджень комунікації у межах гуманітарної експертизи. Назвемо певні діхотомічні пари понять, що можуть утворюють подібні вісі:

- діалогічність – монологічність;
- самопрезентативність – скерованість на «іншого» ;
- усвідомлення наміру – дія без наявності наміру;
- раціональність – ірраціональність;
- врахування «третього» – не врахування;
- стратегічність – комунікативність;
- нормативність (етикетність, традиційність) – не нормативність;
- творчий характер – відповідність стандартам;
- деонтологічність – автономія;
- консенсус – конфронтація;
- передача інформація – сприйняття інформації;
- образність (значення образу іншого) – дискурсивність;
- спрямованість на розуміння – донесення смислу;
- наказовість – обґрунтованість;
- емоційність врівноваженість;
- предикативність – допредикативність;
- індивідуальність – масовість;
- гуманістичність – технократичність;
- маніпулятивність – антиманіпулятивність;
- екологічність – технологічність;
- ігровий характер – серйозність;
- однозначність інтерпретації (смислу) – багатозначність;
- перевага вербальної або невербальної складової у передачі смислу.

А також назвемо поодинокі критерії оцінювання комунікативних актів, тактик та стратегій : фатичність, трансцендентальність, інтерсуб'єктивність, автокомунікативність, посткомунікативність, акомунікативність, естетичність, терапевтичність, установка на «іншого», комунікативна компетентність учасників.

Роль філософії у гуманітарній експертизі права перш за все методологічна, саме філософське осмислення методів конкретних наук, залучених до даної процедури має визначити набір цих методів для конкретної експертизи та її етапів. Також філософський підхід має уможливити синтетичне поєднання як використовуваних методів так і

отримуваних результатів. Психологічні експерименти, текстологічний аналіз правових документів, міждисциплінарні дослідження юридичних комунікативних актів лише тоді можуть бути включені до цілісного системного дослідження і набути статусу певних знань, коли вони набудуть пов'язаності та осмисленості через філософію.

Сама процедура експертизи передбачає певні стосунки між дескриптивним та нормативним підходом до аналізованих явищ. Експертні оцінки можуть бути використані замовником, яким може виступати держава, інституція, організація чи суспільство, задля унормування певної проблемної ситуації, а експертиза має бути комплексом скоріше дескриптивних а не нормативних текстів, які мають по-новому представити для замовника ситуацію. Нормативність може також бути об'єктом дослідження, але ознакою експертизи як методу є намагання саме проаналізувати та описати ситуацію таким чином, щоб замовники могли прийняти низку рішень задля вирішення проблеми чи покращення ситуації. Розрізнення дескриптивного та нормативного підходів – це також є проблемою, яка може бути вирішеною у межах саме філософського дискурсу.

Необхідність появи інституту, який би переймався гуманітарним дослідженням, обговоренням та оцінкою різних процесів, що мають місце у суспільстві, в тому числі управління державою та правовій системі зазначають і філософи з країн, де врахування суспільної думки має давні традиції. Наприклад, Поль Рікьор у книзі «Справедливе» пише про свої мрії і зазначає: «виникнення інстанції, де відбувалися б дебати з метою попередження або виправлення негараздів, що виникають від поганого управління. Необхідно створити дещо на зразок громадянського суду, відкритого для критики з боку громадянського суспільства, де б чільне місце надавалося б ... цінностям публічності на противагу непрозорості, швидкості замість зволікання, по можливості ще перспективності проти поглинутості минулим, яке не бажає відходити». Треба зазначити, що дані слова були виголошені філософом на суді, куди Рікьор був викликаний у якості свідка справі, що мала політичний вимір, і завершуючи свою промову, він пропонує Верховному Суду Франції взяти на себе виконання місії поєднання політичної сфери та сфери карного права, створивши зазначену інстанцію. Ще одним важливим наслідком утворення такої інституції він називає можливість почути голос потерпілих від дій або помилок політиків. «Чому необхідно вислуховувати потерпілих? Тому що, коли вони звертаються до суду, ми чуємо не тільки зміст позову, ми також чуємо воляння: “Це несправедливо!”. І у цьому волянні звучить декілька вимог. Перш за все вимога зрозуміти, вислухати роз-

повідь про те, що відбулося» [4, с. 279]. По-друге, на думку Рікьора, має бути врахований голос жертв щодо відшкодування, як матеріального так і морального нанесених збитків (йдеться про рішення та дії політиків). Тобто обговорюється необхідність встановлення нової форми комунікативних стосунків у сфері, що поєднує політику та право у їх відносинах з суспільством. Саме можливість почути голос “іншого” є однією з задач і гуманітарної експертизи.

Наведений приклад з одного боку демонструє певну методу розв’язання проблеми, а з іншого – ставить низку інших питань, в тому числі і перед філософією права. Зупинимся лише на одній, що пов’язана з юридичною комунікацією.

Не переповідаючи Рікьора зазначимо, що правопорушниця, на захист якої виступав філософ, ініціює новий етап комунікації, причому протягом цієї комунікації з різними юридичними інстанціями, отримує відповіді, які її не задовольняють. Отже маємо ситуацію, яку можна характеризувати з допомогою термінів Б. Вандельфельса *answer* та *response*. Тобто, ці дві форми відповіді, які мають місце у комунікативних ситуаціях, відрізняються тим, що одна є лише за формою реагуванням на запит “іншого”, а друга – є відповіддю, яка передбачає розуміння сенсу питання та того, хто запитує і є намаганням допомогти “іншому” знайти значиму для нього інформацію.

У розглянутій ситуації важливо не стільки те, що очікувана відповідь була отримана, а те, що правова система країни розглядом цього питання засвідчила, що вона намагається в якості комунікативної системи бути системою, що дає «розуміючі» відповіді. Гуманітарна експертиза права може, на наш погляд, допомагати правовій системі рухатися саме в такому напрямку.

Важливо, що система суспільних комунікацій певним чином пов’язує між собою різні сфери суспільного життя і розгляд комунікативних стратегій та тактик, притаманних іншим сферам стає в нагоді для розуміння юридичної комунікації, як це демонструє, наприклад, компаративний аналіз медичного та судового актів П. Рікьор.

Саме гуманітарна експертиза права, правових актів, юридичної комунікації може дати оцінку відповідності тих або інших комунікативних стратегій та тактик учасників правовідносин онтологічним засадам певних філософських традицій, а також визначити відповідність цих традицій і системи цінностей суспільства та певних його груп. Така практика має оптимізувати процес законотворення та стосунки між право- і законотворенням та правосвідомістю громадян.

## Список використаних джерел:

1. Білий П.М. Правова держава і правова культура працівників міліції: взаємопорядок та результативність / П.М. Білий // Право України. – 1997. – № 12. – С. 75-78.
2. Братченко С.Л. Введение в гуманитарную экспертизу образования / С.Л. Братченко. – М.: Смысл, 1999. – 144 с.
3. Іщенко Ю.А. Гуманітарна експертиза: засадничі принципи, мета, завдання : (метод. матеріали) / Ю.А. Іщенко ; НАН України. Центр гуманітарної освіти. – К.: [б.в.], 2004. – 59 с.
4. Рикер П. Справедливое / П. Рикер ; [пер. Б. Скуратова, П. Хицкого]. – М.: Логос, Гнозис, 2005. – 304 с.

## ПЕРСПЕКТИВЫ ГУМАНИТАРНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ ПРАВА

*Д. Кобринский*

*Учебно-научный институт права и психологии  
Национальной академии внутренних дел Украины,  
г. Киев, Соломенская пл., 1, e-mail: dmitro.kobrinski@gmail.com*

В статье анализируется понятие гуманитарной экспертизы и рассматриваются перспективы применения различных методов гуманитарной экспертизы в правовой сфере. Обосновывается перспективность данного подхода в контексте необходимости гуманизации права и повышения правовой культуры общества.

*Ключевые слова:* правовая культура, гуманитарная экспертиза, коммуникативная компетентность, социальный диалог

## PROSPECTS OF HUMANITARIAN EXAMINATION OF LAW

**D. Kobrinski**

*Educational and Scientific Institute of Law and Psychology  
of the National Academy of Internal Affairs,  
Kyiv, Solomyanska sq., 1, e-mail: dmitro.kobrinski@gmail.com*

In the article the concept of humanitarian examination is analysed and the prospects of application of different methods of humanitarian examination in the law sphere are examined. Perspective of this approach is grounded in the context of necessity of humanizing of law and increasing of legal culture of society.

*Key-words:* legal culture, humanitarian examination, communicative competence, social dialogue.

## ОТВЕТСТВЕННОСТЬ И ИДЕНТИЧНОСТЬ СУБЪЕКТА

**Е. Лисанюк**

*Санкт-Петербургский государственный университет,  
г. Санкт-Петербург, Менделеевская линия, 5,  
e-mail: elenalisanjuk@yandex.ru*

**Введение.** Полномасштабное изучение феномена ответственности в философском и логическом ракурсах началось в XX веке [2, с. 6-10; 16, с. 45].<sup>1</sup> В области правопедания дискурсы ответственности, как правило, соотносятся с санкциями и нормативными кодексами [16, с. 42-60]. Понимание специфики ответственности в праве производно от его философского осмысления [Тархов 1973, 13-16].<sup>2</sup> Вместе с тем в силу практических соображений истоки систематического рассмотрения ответственности как социального феномена находим именно в сфере правового регулирования социальных взаимоотношений.

Идея изучения особого отношения, возникающего в социуме в связи с действиями и обязанностями его членов, уходит корнями в наследие Аристотеля [1, 1110a1-3, 1165a15-20] [24, с. 5-15].<sup>3</sup> В философском контексте одним из первых обратил внимание на различие между ответственным отношением чиновника и политика к своему делу М. Вебер [11, с. 644-706]. В известном докладе «Политика как призвание и профессия» он выделил два вида ответственности, личную, или политическую ответственность политического лидера, и должностную, или функциональную ответственность исполнителя.

В дальнейшем проблематика ответственности получила развитие в нескольких областях философского знания. В области философии права Г.Харт разграничил четыре вида ответственности:

<sup>1</sup> Понятие ответственности в философском смысле встречается у некоторых мыслителей XIX века.

<sup>2</sup> В монографиях *Тархова В.А.* Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973, и *Гражданские права и ответственность.* Уфа, 1993 подробно обсуждаются вопросы ответственности и принуждения, и показано, что несмотря на распространенность среди правоведов точки зрения о связи ответственности и принуждения, однако эти понятия, как и понятия об ответственности и наказании не совпадают.

<sup>3</sup> Аристотель обсуждал вопросы, связанные с воздаянием за сознательное или неосознанное деяния в отношении кого-либо или чего-либо, а также в связи со свободой воли и проблемой детерминизма.



(X1) каузальную ответственность (за действие или бездействие);

(X2) ответственность за действия, совершенные или планируемые к реализации (ответственность за что-либо);

(X3) должностную, или ролевую ответственность (ответственность перед кем-то или чем-то);

(X4) ответственность в силу долга (компетентностную ответственность) [26], [10, с. 86-95].

Известный исследователь философии техники Х. Ленк помимо функциональных аспектов ответственности как особый вид выделил моральную ответственность перед абстрактным партнером, проистекающую, по его мнению, из необъяснимого, по И. Канту, факта существования морального разума [12, с. 373].

Опубликованная в 1979 году книга Г. Йонаса «Принцип ответственности» [13], отразила три обстоятельства в проекте теоретического осмысления феномена ответственности. Во-первых, Г. Йонас подвел своеобразный промежуточный итог, предложив базовые различия и определения. Во-вторых, он придал принципу ответственности императивный характер, то есть предложил понимать его прескриптивно, и тем самым, сформулировав норму ответственности как таковую, окончательно перевел проблематику обсуждения ответственности из практически-прикладной сферы правоповедения в философскую и отчасти социологическую область. В-третьих, императив ответственности Йонаса, расширенный им до глобальных масштабов, как следствие, выступил основанием прикладных исследований ответственности в социально-практическом ключе [23].

Не стремясь к созданию некоей общей классификации видов ответственности, Йонас выделил несколько ее видов сообразно тому, какими он видел отношения, устанавливающиеся между индивидами в связи с требованиями ответственности. По его мнению, «долженствование бытия в объекте» есть суть (Й1) правовой, или каузальной ответственности, тогда как «долженствование деяния призванного к распоряжению делом субъекта» составляет сущность (Й2) морально-нравственной ответственности [13, с. 172]. Кроме этого, Йонас выделил (Й3) естественную, или постоянную, естественную ответственность (родителя за ребенка) и (Й4) договорную, временную ответственность (должностного лица, политика).

Влиятельный за рубежом, в СССР труд Харта [26] был недоступен, а своеобразным интеллектуальным стимулом к исследованию философских оснований ответственности стала секция, посвященная этой

тематике, на XIV Международном Конгрессе по философии, состоявшемся в 1968 году в Вене, где событием стал доклад Р. Ингардена «Об онтических основаниях ответственности». Впоследствии сам доклад был опубликован отдельно, а идеи, изложенные в нем, стали частью философско-антропологической концепции польского ученого [21]. Р. Ингарден указывал, что определяющими факторами специфики отношения ответственности выступают ее субъект и объект, т.к. ответственность есть реализация некоторого ценностного полагания в поступке [21, с. 105]. По мысли Ингардена, только творческий субъект способен к реализации в действии своего отношения к тому, что ему представляется существующим [14]. При этом онтическое понимание ценностей есть ключ к пониманию ответственного отношения [24, с. 313]. В этом смысле, полагал Ингарден, имеется четыре возможных ракурса отношения ответственности:

(И1) некто несет ответственность за что-либо;

(И2) некто берет на себя ответственность за что-либо,

(И3) кого-то привлекают к ответственности,

(И4) некто действует ответственным образом [21, с. 71], [15, с. 186].

В 70-80-ые годы отечественные исследования в области философских оснований ответственности дали весомые результаты. В частности, В.Е. Тархов предпринял попытку сформулировать философскую концепцию ответственности проспективного характера с тем, чтобы создать производную от нее теорию юридической ответственности, которая сама себе является ретроспективной [22, с. 23]. А.Ф. Плахотный пришел к выводу о том, что «ответственность – это общественно-необходимое отношение к ценностям» [2, с. 26]. Он полагал, что «поскольку она есть «результат осуществления, во-первых, необходимости должного, и, во-вторых, возможности выбора путей и средств ее реализации, постольку наиболее важным является вопрос о субъективном отношении к объективным – «возможному» и «должному», т.е. вопрос о границах и степени свободы человека» [2, с. 46]. А.И. Ореховский предложил объективирующий подход к социальной ответственности, он считал, что «ответственность субъекта действия предполагает реальную свободу выбора в спектре представляющихся возможностей... Позитивный аспект ответственности – мера свободы эффективного выбора социальными субъектами наиболее рациональных организационных и управленческих форм и средств освоения общенародных ценностей, достигнутых цивилизацией» [15, с. 31]. Особенности морально-нравственного подхода к ответственности рас-

смотрены А.В. Прокофьевым Он считает, что «в общем виде ответственность есть особое личностное преломление морального долга». [19, с. 111 и далее] В проблематике свободы и необходимости выдел суть феномена ответственности и М. Мамардашвили: «Именно потому, что мы не можем быть богами, мы можем быть нравственными, именно потому, что есть полнота вины, мы можем быть ответственными, т. е. свободными» [6, с. 45].

### **1. Определение и структура отношения ответственности.**

#### *1.1. Что такое ответственность?*

В обыденном представлении ответственным поступком ( а также человеком, решением и пр.) считают такой, для которого можно указать рациональную мотивацию, причем не произвольную, но сочетающуюся с некоторыми нормами или правилами или приемлемую для других (большинства) случаев. Соответственно, безответственным назовут действие (или бездействие), если объяснение причин его реализации либо вовсе отсутствует, либо не согласуется с установленными нормами и правилами или не может служить обоснованием для других случаев аналогичного рода. Следствием признания поступка безответственным, как правило, служит формулирование каких-либо возможных мотивов из спектра требующихся для признания его ответственным, и наложение санкций на исполнителя поступка, вытекающих из такого предположения о мотивах. После этого можно говорить о том, что на лицо, совершившее безответственный поступок, была возложена ответственность.

Получается, что ответственность в общем виде есть требование или обязательство действующего лица быть рациональным в своем поведении, потому что, с одной стороны, это своего рода требование рационального обоснования своих действий, а с другой, – готовность и способность действующего лица такое обоснование представить. При этом вопросы о том, когда было сформулировано это обоснование, до поступка или после него, кто его сформулировал, тот, кто совершил поступок, или кто-то другой, что выступило основанием оценки предложенного обоснования поступка, некая норма или правило, а может, инстанция или другой человек, – все эти вопросы являются вторичными по отношению к сути ответственности как обобщенной нормы рациональности, а спектр ответов на них формирует разновидности ответственности.

Таким образом, ответственность – это интеллектуальная и физическая готовность субъекта к реализации (воздержания от) совокупности

действий, могущих потребоваться вследствие выполнения (невыполнения) данным субъектом некоторых других действий. Под совокупностью действий, могущих потребоваться от субъекта, и которые он готов и способен осуществить, можно понимать как представление рационального объяснения (отчета), так и совершение иных действий (возмещение ущерба, получение награды и пр.) В этическом и философском смысле важными аспектами отношения ответственности являются цели осуществленных и требуемых действий, связи между ними, а также способность субъекта к осознанию необходимости последних и к принятию решения о реализации соответствующего сценария поведения.

#### *1.2. Структура отношения ответственности.*

В структуре отношения ответственности воплощены два полюса, субъектный и объектный. Первый выражает субъективную сторону отношения ответственности, а именно, (1) (когнитивные) представления субъекта о некотором наступившем положении дел, являющемся (потенциально) результатом, действий данного субъекта в том числе; а также (2) избрание субъектом из ряда рассматриваемых им возможных линий своего поведения некоторой одной линии, наиболее адекватно отражающей его позицию касательно нормативного характера связи между (1) и объектным полюсом отношения ответственности в целом. Последний есть (3) совокупность норм и правил различного свойства, действующих в среде обитания субъекта (обществе, социальной группе и пр.), а также (4) авторитет, наделенный полномочиями устанавливать новые нормы и отменять старые, и назначать санкции и поощрения за их нарушение или, наоборот, выполнение.

Будем считать некоторое действие субъективно ответственным, если агент, совершающий его, принимает решение о его реализации на основе установления им связи между, по крайней мере, (1) и (2), и, быть может, также с учетом (3) или (4). Иначе говоря, субъективно ответственное действие предполагает наличие у агента некоторого представления об ответственности, выраженного в понимании им характера связи (1) и (2) как нормативного. В силу этого субъективно ответственное действие можно назвать автономным. Субъективно ответственным, или автономным, например, является решение Антигоны из трагедии Софокла «Антигона» покончить собой, дабы не подвергнуться унижительной казни.

Объективно ответственным будем называть действие, решение о выполнении которого принимается (агентом) в силу (3) и (4). Реше-

ние о реализации такого действия, разумеется, не может быть принято агентом вне создания некоторых (1) и (2), однако в этом случае формулирование мотивации (2) и основания для нее (1) производно от представлений агента о (3) и (4). Так, погребение Антигоной тела ее погибшего брата Полиника можно считать объективно ответственным поступком, потому что мотивацией к нему послужил обычай, возлагающий на родственников обязанность заботиться о погребении умерших.

Субъективно и объективно ответственные действия являются также и субъектно ответственными, потому что, во-первых, всегда осуществляются неким агентом, и, во-вторых, предполагают готовность этого агента к реализации других действий, вытекающих из первых. Обратное же, строго говоря, неверно. Субъектно ответственное действие как выполненное неким агентом может быть в равной степени как субъективно, так и объективно ответственным.

Аспекты (1) и (2) сопряжены с личностными характеристиками субъекта действия, вследствие чего на практике, т.е. при реализации (2), выступают как субъективные. В самом деле, решение о необходимости реализации (2), равно как мотивация для его принятия и последующего осуществления, носят когнитивный характер, и доступны для исследования лишь в той мере, в какой сам субъект решения (сознательно или нет) сообщает о них. Именно в силу этих обстоятельства – субъективного характера решения и непрозрачности мотивации – можно говорить об ответственной личности, чувстве долга и пр. Вместе с тем, с точки зрения логико-философского анализа, принять субъективный аспект отношения ответственности как основополагающий означало бы свести такой анализ преимущественно к изучению психологических вопросов поведения личности. В силу этого, я буду считать аспекты (1) и (2) субъектными как это принято в логических проектах, оставляя проблематику субъективности этих аспектов для другого исследования. Тем самым, субъектом, или агентом, действия, а также отношения ответственности, будет выступать некое абстрактное лицо (или группа), обладающее определенными личностными характеристиками, которыми в рамках данного исследования я сознательно пренебрегаю, хотя они и будут далее общо упоминаться.

С точки зрения логического анализа существенными моментами отношения ответственности выступают (а) процедура создания списка требуемых действий, или (2), и (б) способ идентификации субъекта данной процедуры, т.е. поиск ответа на вопрос о том, кто принимает решения о выборе (2) и кто реализует это решение. В части (а) пред-

полагается, что субъект действия формулирует варианты своего поведения (2) рациональным образом на основе (1), и в этом отношении можно говорить об использовании им логических процедур для получения (2) из (1).

Таким образом, ответственность есть четырехстороннее отношение между двумя субъектными и двумя объектными аспектами. К субъектным относятся

(1) каузальный сценарий событий, а также, возможно, действия субъекта, включаемые в данный сценарий, и эпистемическая установка (представление) субъекта о последующем развитии событий;

(2) потенциальные действия субъекта, которые он готов (должен) осуществить (или воздержаться от них) в целях предотвращения нежелательных сценариев развития событий или способствования развитию желательных, а также избрание им конкретной линии поведения из совокупности возможных.

К объектным относятся:

(3) нормы, институты и правила, наличествующие в обществе, где действует данный агент;

(4) авторитет легитимации норм или санкций.

Авторитет инстанции, т.е. норм и общественных установлений (4), помимо функции легитимации, выступает также и инстанцией оценки мотивации и действий агента, причем не только в аксиологическом смысле – наложения санкций или поощрений, но и в смысле квалификации линии поведения как ответственной или, наоборот, безответственной. Иными словами, функция института оценки, составляющая существенную роль (4), направлена на достижение двух взаимосвязанных целей. Во-первых, (внешнее) сопоставление (3) и (2), и, во-вторых, – выявление специфики (1) и соотнесение ее с результатами сопоставления (3) и (2). Реализуя в своем поступке отношение ответственности, агент А прямо или опосредованно вступает в общение с другим агентом Б, в котором последний явно или неявно ставит перед собой задачу не столько раскрытие мотивации агента А к действию, но формулирование абдуктивных гипотез об особенностях такой мотивации на основании (2) и (3), а также использование подобных гипотез, почерпнутых в том числе из разнообразного предшествующего опыта, в качестве презумпций для дальнейших действий. Институты (3) и (4) как структурные элементы отношения ответственности, вовлекаются в оценивание связи (1) и (2) только при условии реализации агентом некоей линии поведения. Вне такой реализации оценка невозможна.

Указание на модус возможности в (1) сделано с целью охватить случаи, когда субъект действия (сознательно или нет) несет личную ответственность за действия, совершенные не им самим, но группой, членом которой он является. Примером такого рода ответственности является субститутивная ответственность в праве, когда за халатность работника отвечает его наниматель.

## **2. Виды ответственности.**

### *2.1. Основания классификации видов ответственности.*

Классификации видов ответственности, предложенные Г. Хартом, Г. Йонасом и Р. Ингарденом,<sup>1</sup> произведены по разным основаниям. Детальное обсуждение проблем классификации видов ответственности – дело специального исследования, и в рамках данного исследования ограничусь указанием на ряд оснований, по которым представляется разумным проводить такую классификацию. Далее будет показано, что, во-первых, виды ответственности, выделенные Г. Хартом, Г. Йонасом и Р. Ингарденом, являются результатами использования сразу нескольких критериев классификации, и, во-вторых, выделение того или иного вида ответственности есть результат абстрагирования от не менее, чем от одного критерия классификации.

Введем следующие критерии классификации отношений ответственности:

а) темпоральный, увязывающий время совершения действия с формулированием мотивации для его совершения или его легитимацией;

б) прагматический, указывающий на основание возникновения отношения ответственности;

в) субъектный, специфицирующий границы универсализации отношения ответственности;

г) агентный, определяющий основной коррелят мотивации агента к совершению поступка.

### *2.2. Объектные критерии классификации.*

В качестве объектных критериев используем (а) время поступка и (б) основание возникновения отношения ответственности у совершившего некое действие агента. Будем считать критерии (а) и (б) объектными, потому что они соотносят некоторый поступок как реальное событие, изменяющее положение дел в мире, с особенностями оценки данного поступка и мотивации к его совершению, т.е. действие, вне-

положенное структуре отношения ответственности с элементами этой структуры. С помощью этих критериев можем различить проспективную и ретроспективную ответственность,<sup>1</sup> а также каузальную и компенсирующую.

Проспективная ответственность есть отношение между (1) и (2) и имеет место, если мотивация агента обращена, как правило, в будущее, хотя может распространяться и на настоящее и прошлое; ретроспективная – если она обращена в прошлое, это отношение между (2) и событием поступка агента. Пример проспективной ответственности – заключение договора страхования, ретроспективной – принесение извинений за оскорбление. Ретроспективная ответственность есть также каузальная по классификации Г. Харта и правовая, по Г. Йонасу, потому что она направлена от свершившегося факта поступка к обстоятельству, вызванному этим поступком: нанесение оскорбления – поступок, моральные или иные страдания оскорбленного – следствие нанесенного оскорбления, требующее компенсации со стороны совершившего оскорбляющий поступок. Ретроспективная ответственность есть также ответственность типа (И1) или (И3) по Р. Ингардену.

Проспективная ответственность, в отличие от ретроспективной, есть морально-нравственная – в смысле Г. Йонаса.<sup>2</sup> Это есть «предупреждающая» ответственность, проистекающая из некоторой эпистемической установки действующего агента. Проспективная ответственность соответствует всем, кроме (Х1), видам по Г. Харту, а также (И2) и (И4) по Р. Ингардену. Проспективную и ретроспективную ответственность часто называют позитивной и негативной соответственно.

Каузальная ответственность возникает в момент совершения некоторого поступка, поэтому она всегда ретроспективна. Дескриптивное понимание отношения ответственности не позволяет выделить каузальную проспективную ответственность, т.к. планируемые поступки не могут быть причиной ущерба, страдания и т.п., возникающих как результат совершения поступка. Компенсирующая, или предвосхищающая, ответственность может быть как проспективной, так и ретроспективной, потому что она является неким постоянным отношением

<sup>1</sup> В [19, с. 112] содержится обзор библиографии в связи с данным различием.

<sup>2</sup> По Г.Йонасу, морально-нравственная ответственность может быть также и правовой, однако обратное, строго говоря, неверно.

<sup>1</sup> В [12] имеется указание на дополнительный вид ответственности по Г.Харту, который, однако сам Х.Ленк не принимает. См. [12, с. 372-3].

между (1) и (2). В случае совершения поступка она может стать каузальной, но необязательно. Каузальная же ответственность как отношение между (2) и (3) и, быть может, (4) не является компенсирующей.

### *2.3. Субъектные критерии ответственности.*

Субъектные критерии ответственности – это собственно субъектность, а также агентность. Субъектность ответственности есть способ универсализации отношения ответственности, которое может быть абсолютным, или полностью универсализуемым, и относительным, или универсализуемым с ограничениями. Субъектность ответственности – это отношение между (2) и (3). Большинство социальных обязательств людей являются относительными в смысле субъектности. Так, водитель автобуса несет ответственность за безопасность пассажиров, и такого рода ответственность несут все водители автобусов, и только они. Субъектность ответственности может быть ограничена не только профессионально, как в случае с водителями автобусов, но и по возрасту, социальному статусу и пр. Примером абсолютной ответственности может служить обязанность оплачивать счета за потребленные услуги и товары, по крайней мере, в большинстве экономик.

Агентность ответственности – доминирование в структуре ответственности либо связи между (1) и (2), либо между (2) и (3) или (2) и (4). Моноагентная, или автономная ответственность имеет место, когда мотивацией к совершению поступка выступает (1). В этом случае агент, совершая (2), принимает во внимание только собственные представления о месте и роли планируемого им поступка в текущем развитии событий и положении дел. При этом общественные и иные правила и установления, если и учитываются им вообще, то не имеют определяющего характера. Такова, как правило, моральная ответственность. Автономная ответственность – это (И2), а также (Х4).

Полиагентная, или гетерономная ответственность, имеет место, когда в ходе планирования поступка (или его последующего оправдания) агент исходит из (3) или из (4), а, возможно, из этих обеих позиций. Иными словами, совершение гетерономно ответственного поступка мотивировано на основе общественных норм и правил или из страха (благоговения) перед кем-либо или чем-либо, за исключением самого агента. Например, поступок, совершенный из страха понести наказание, согласно действующему закону, или из чувства долга перед вождем или Родиной.

Таким образом, классификация видов ответственности есть определение того, какой из структурных элементов этого отношение

признается превалирующим в связи с (2), т.е. оказывает наибольшее влияние на мотивацию поступка, или же принимается за ключевой при установлении таковой. Кроме этого, различные классификации видов ответственности можно получить, используя спецификацию (3) и (4). Так, если под (3) понимать правовые нормы, получим правовую ответственность, если моральные – то моральную.

### **3. Легитимация и обоснование ответственности.**

#### *3.1. Определение легитимации и обоснования.*

Вернемся к определению отношения ответственности и введем новые разграничения. Условимся считать мотивацию агента к совершению действия, сформулированную и, возможно, представленную другим агентом, обоснованием данного действия. Иными словами, отношение обусловливания (2) при помощи (1), выраженное как некая причинно-следственная зависимость и есть обоснование. В обыденной жизни мы склонны называть данное отношение объяснением своих действий или предоставлением отчета по поводу своих действий.

Легитимацией назовем оценку совершенного агентом действия, а также оценку обоснования (или объяснения), предложенного агентом по поводу совершенного им действия. Легитимацией будет и соотнесение (с целью оценки) самого поступка и его обоснования с (3) – нормами и правилами различного рода, действующими на момент совершения поступка.

Таким образом, обоснование есть установление автономной ответственности, а легитимация – гетерономной.

Поскольку легитимация есть оценка (2) или собственно поступка при помощи неких общественно-значимых норм и правил, которые, являясь таковыми, носят общий характер, постольку легитимация представляет собой замену субъективного обоснования некой объективирующей связью между (2) и нормами или (2) и инстанцией<sup>1</sup>.

Отмечу, что разграничение обоснования и легитимации ответственности, предложенное здесь, есть философское различие, и, как таковое, может предполагать дальнейшее юридическое вменение поступка и последующее воздаяние или возмещение (санкции и пр.), но, строго говоря, второе необязательно вытекает из первого.

<sup>1</sup> Наиболее ярким примером замещения субъективного обоснования обобщенной легитимацией могут служить правовые нормы, важнейшим признаком которых является их всеобщий характер, о чем говорит большинство учебников по теории права. См., например, [7, с. 611], [18, с.698-702].

### 3.2. Власть как право и обязанность легитимации.

В правовой системе государства право на легитимацию ответственности, т.е. право требовать от агентов обоснований своих действий, равно как и право оценивать эти действия, в том числе с истребованием мотивации к их совершению, – есть выражение власти. Инстанция оценки и истребования объяснений либо сама устанавливает при этом критерии такой оценки, либо применяет уже установленные (например, законы страны). Реализуется такая власть в правовой системе данного государства.

Моральная легитимация, как выше указывалось в п. 2.3, есть установление соответствия действия моральным нормам и правилам, действующим в данном обществе.<sup>1</sup>

Ключевым моментом обоснования выступает наличие свободы воли и ее рациональная реализация в действии в том смысле, что из потенциальных линий поведения агент избирает одну путем создания отношения «предпочтения» между (1) и (2). При этом не столь важно, делается ли это до совершения действия или же после этого.

Более того, вполне возможно, что обоснование агентом своего действия при его планировании не совпадет с обоснованием после его совершения или же с легитимацией данного действия, которая, в свою очередь, тоже может быть ретроспективной и проспективной.

В случае несовпадения легитимации и обоснования, а также конкурирующих обоснований, властные полномочия проявляются в том, что именно, первое или второе обоснование, или же легитимация, становится окончательной оценкой поступка и основанием для применения санкций, если это необходимо.

Рассмотрим это подробнее на примере. На оживленной городской дороге случилось ДТП. По результатам разбирательства, виновником ДТП признан один из его участников, – агент А. Агент А, входящий в руководящее звено крупной корпорации, находясь за рулем служебного автомобиля, для объезда пробки выехал на разделительную полосу, где и произошло столкновение его автомобиля с автомобилем агента Б. Агент Б, известный бизнесмен, управляя своим автомобилем, по той

<sup>1</sup> Оценка (3) очевидным образом предполагает некоторое представление о ценности, поэтому ценностное измерение социальной реальности стало предметом философского рассмотрения уже давно. См., например, [17]. Более свежо звучит идея о том, что полагание ценностей является проявлением власти [20], стало быть и использование ценностей для идентификации отношения ответственности есть следствие их полагания вообще.

же разделительной полосе объезжал аварийный автомобиль, находившийся в крайнем левом ряду движения, в том самом, где двигался Б. При этом все правые полосы движения в направлении, в котором двигался Б, были заняты. Выезжать на разделительную полосу правилами дорожного движения запрещено, и если хотя бы один из водителей А и Б или же оба, оставались бы в отведенных им полосах движения, ДТП не случилось бы. Каждый из участников ДТП объяснял свои действия крайней необходимостью: А торопился на важное совещание и считал свой статус и статус совещания достаточными причинами для выезда на разделительную полосу. Аналогичным образом оправдывал свои действия и Б. Таким образом, обосновывая свое поведение, и А, и Б, снимали ответственность с себя и возлагали ее на другую сторону. Дорожная инспекция, т.е. инстанция (4) сочла действия обоих водителей нарушением правил дорожного движения, которые выступили в качестве (3). Вместе с тем определяя А как виновника ДТП, инспекция оценила наличие препятствия в виде аварийного автомобиля в полосе движения смягчающим обстоятельством для Б. Таким образом право легитимации, возложенное на дорожную инспекцию, играет более важную роль, нежели право обоснования, имеющееся у каждого из участников.

Рассмотрим эту же ситуацию в императивном аспекте. Так, дорожная инспекция обладает не только правом на легитимацию в пределах отведенных ей полномочий, эта легитимация есть возложенная на нее обязанность. В то же время каждый из участников дорожного движения, становясь таковым, не только имеет право руководствоваться правилами дорожного движения, но обязан это делать. Стало быть, обязанностью всякого участника дорожного движения является обоснование своих действий на дороге, исходя из правил дорожного движения. Как видим, каждая из трех сторон выяснения вопроса об ответственности за совершение ДТП, реализовывала свои обязанности, однако обязанность легитимации дорожной инспекции признается в государстве более весомой, нежели обязанность обоснования участника дорожного движения.

Вопрос о том, кто определяет, что признать более весомым – легитимацию или обоснование, это и есть вопрос о власти. В самом деле, если допустить в приведенном выше примере, что обоснование агента А было признано более весомым, нежели легитимация ДТП дорожной инспекцией, это означало бы, что инстанцией в данном случае выступает не (4), или государство в лице дорожной инспекции, но (1), или

сам А. Следовательно, реальной властью обладал бы именно А, а не дорожная инспекция или агент Б<sup>1</sup>.

### 3.3. Идентичность и легитимация.

Процедура легитимации есть установление связи каузального характера между мотивацией к действию, или (2), со стороны (3) и, возможно, (4), либо оценка его обоснования (1) при помощи (3) или (4).

Как было показано в п. 2.3 субъектность отношения ответственности обеспечивается обоснованием, или установлением связи каузального характера между (1) и (2). Эта связь, как говорилось выше, может быть как автономным отношением ответственности, так и гетерономным. В первом случае важным вопросом становится проблема индивидуации, или, как называет ее П. Рикер, следуя П. Стросону, проблема аскрипции [Рикер 2005, 51-52]. Не умаляя ее важности, ограничусь здесь замечанием о том, что вне зависимости от того, признается ли в смысле субъектности связь между (1) и (2) полностью универсализуемой или универсализуемой с ограничением, легитимация ее универсализует в любом случае.

Получается, что замещение всякого обоснования легитимацией означает замещение всякой субъективности (но не субъектности!) идентичностью, и в этом смысле все возможные варианты обусловливания (2) при помощи (1) оказываются идентичны – перед лицом их замещения легитимацией, или обусловливанием все того же (2) при помощи (3) или (4). Таким образом, всякая легитимация есть не только установление каузального отношения между (3) или (4), с одной стороны, и (2), с другой, но также и уравнивание всех возможных обоснований, – пока только в негативном смысле.

В примере с ДТП, обсуждавшемся в п. 3.2, легитимация ответственности агента А была также и установлением того, что обоснование А, равно как обоснование Б, не были приняты дорожной инспекцией, и следовательно, признаны идентичными в этом неприятии. Тем самым автономное обоснование ответственности каждого из участников ДТП, было отменено и вместо него принято гетерономное.

Суть легитимации в том и состоит, чтобы вместо субъективной мотивации использовать некий объективированный критерий оценки действий. В этом отношении применение любой общей нормы, правовой, моральной или какой-либо иной, для оценки двух и более поступков есть признание этих поступков аналогичными, т.е. есть

установление их идентичности, по крайней мере, в каком-то отношении. Так, можно вслед за Г. Йонасом счесть несущественными различия между оцениванием уже происшедших и еще только планируемых поступков, тем самым признавая темпорально различные поступки идентичными. Схожим образом можно не учитывать прагматический критерий выделения видов ответственности, агентный и т.д.

Итак, всякая легитимация ответственности путем апелляции к норме или к инстанции есть, во-первых, отмена всякого обоснования как установления конкурирующего с легитимацией отношения ответственности, и, во-вторых, установление идентичности действий, а стало быть, и ответственности в связи с их планированием или реализацией, в каком-либо отношении путем отмены некоторых различий между этими действиями.

**Заключение.** Итак, отношение ответственности носит нормативный характер, потому что с точки зрения субъекта (действия) выступает как обязательство рационально обосновать мотивацию к действию, а с позиции инстанции (общества, авторитета и пр) есть требование такое обоснование предоставить. Таким образом, ответственность есть интеллектуальная и физическая готовность субъекта к реализации (воздержания от) совокупности действий, могущих потребоваться вследствие выполнения (невыполнения) данным субъектом некоторых других действий.

Отношение ответственности есть четырехстороннее отношение между

- (1) представлением агента о сценарии событий, в который, включены действия субъекта, и предположения о дальнейшем его развитии;
- (2) избранием агентом конкретной линии поведения из совокупности возможных;
- (3) нормами и правилами в обществе, где действует данный агент;
- (4) авторитетной инстанцией оценки действий (легитимации норм или санкций).

К необходимым условиям возникновения отношения ответственности относятся (1) и (2). Сочетание выделенных элементов структуры с учетом потенциального доминирования одной или нескольких дает классификации видов ответственности. Классификация может быть получена и путем указания специфики норм в (3) или особенностей инстанции (4), времени совершения действия, и т.п.

В результате рассмотрения различных видов ответственности, а также особенностей установления зависимостей между элементами

<sup>1</sup> Ср. дело д'Амато [9, с. 75-87], а также обсуждение его в связи с обоснованием юридических решений в праве [3, с. 492].

структуры этого отношения получены следующие выводы. Всякая универсализация отношения ответственности имеет тенденцию к созданию презумпции идентичности и отказу от презумпции субъективности. В связи с реализацией отношения ответственности право и обязанность создания презумпции идентичности в противовес презумпции субъективности есть следствие права и обязанности легитимации.

#### Список использованных источников:

1. Аристотель. Никомахова этика 1110a1-3, 1165a15-20 и др. // Аристотель. Соч. в 4х тт. Т.4. – М., 1983.
2. Плахотный А.Ф. Свобода и ответственность / А.Ф. Плахотный. – Харьков, 1972.
3. Лисанюк Е.Н. Обоснование в праве с точки зрения логики / Е.Н. Лисанюк // Миссия интеллектуала в современном обществе. – Спб, 2008. – С. 486-500.
4. Лисанюк Е.Н. Развитие представлений о нормах в деонтической логике / Е.Н. Лисанюк // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия Философия. Том 8 (2010). Выпуск 1. – С. 147-152.
5. Лисанюк Е.Н. «Нормативные системы» К. Альчуррона, Е. Бульгина сегодня. (вступит. ст.) / Е.Н. Лисанюк // Российский ежегодник теории права. №3 (2010). «Юридическая книга». – СПб. 2011. – С. 234-268.
6. Мамардашвили М. Кантианские вариации / Мамардашвили М. – М., 2002.
7. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права / М.Н. Марченко. – М., 2006.
8. Миков А.И. Формализация целей и задач ИТС средствами деонтической логики [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.sci-innov.ru/icalog\\_new/entry\\_68351.htm](http://www.sci-innov.ru/icalog_new/entry_68351.htm) Дата обращения 10.10.2009.
9. Моисеев С.В. Философия права / С.В. Моисеев. – Новосибирск, 2004.
10. Харт Г. Понятие права / Г. Харт. – СПб, 2003.
11. Вебер М. Избранные произведения / М. Вебер. – М., 1990.
12. Ленк Х. *Ответственность в технике, за технику, с помощью техники* / Х. Ленк // Философия техники в ФРГ. – М.: Прогресс.
13. Йонас Г. Принцип ответственности / Г. Йонас. – М., 2004.
14. Свидерский Э.М. Между смыслом и ценностью: проблема единства культуры у Романа Ингардена. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://anthropology.rinet.ru/old/6/swider.htm>. Дата обращения 23.10.2010.

15. Ореховский А.И. Ответственность и ее социальная природа / А.И. Ореховский. – Томск, 1978.
16. Рикер П. Справедливое / П. Рикер. – М., 2005.
17. Риккерт Г. Науки о природе и науки о культуре / Г. Риккерт // Культурология, век XX. – М., 1995.
18. Поляков А.В. Общая теория права / А.В. Поляков. – СПб, 2004.
19. Прокофьев А.В. Справедливость и ответственность / А.В. Прокофьев. – М., 2006.
20. Хайдеггер М. Европейский нигилизм / М. Хайдеггер // Бытие и время. – М., 1993.
21. Ингарден Р. Об ответственности и ее онтических основаниях // Ингарден Р. Книжечка о человеке. Сост., пер., вступ.ст. Е. Твердисловой. – М., МГУ, 2010.
22. Тархов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву / В.А. Тархов. – Саратов, 1973.
23. Auhagen A.E., Bierhoff H.W. Responsibility: the many faces of a social phenomenon. – Routledge NY, 2001.
24. Glover J. Responsibility. – London, 1970.
25. Папа Иоанн Павел II, Тыменецка 1979 – John Paul II, Anna-Teresa Tymieniecka. The acting person. *Analecta Husserliana*, v. 10. – Reidel Dordrecht 1979.
26. Hart H.L.A.. Punishment and Responsibility. – Oxford UP, 1968.
27. Harty J. F., Agency and Deontic logic. Oxford University Press. – Oxford, 2001



## ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ТА ІДЕНТИЧНІСТЬ СУБ'ЄКТА

**О. Лисанюк**

*Санкт-Петербурзький державний університет,  
м. Санкт-Петербург, Менделєєвська лінія, 5,  
e-mail: elenalisanyuk@yandex.ru*

У статті сформульовано визначення відповідальності як особливого чотиристороннього відношення суб'єктної легітимації між уявленнями суб'єкта про вчинені або заплановані дії і уявленнями про відмінні від них дії, які можуть знадобитися внаслідок виконання (невиконання) дій першої групи. У статті робляться висновки, про те, що легітимація і нормативний характер відносин відповідальності роблять необхідним універсалізацію цього відношення (агентно, прагматично, темпорально тощо), яка має тенденцію до створення презумпції ідентичності та відмови від презумпції суб'єктивності.

*Ключові слова:* відповідальність, види відповідальності, суб'єктивність, ідентичність, суб'єктивність, легітимація, обґрунтування, універсалізація.

## RESPONSIBILITY AND SUBJECT'S IDENTITY

**H. Lisanyuk**

*Saint Petersburg State University,  
Saint Petersburg, Mendeleevskaya liniya, 5,  
e-mail: elenalisanyuk@yandex.ru*

In the paper, responsibility is defined as an agent's readiness to perform (a series of) actions that may come to be considered as necessary because of some other agent's actions. On the basis of the definition I outline a 4-component structure of the responsibility relation and argue that imperative character of responsibility relation and its legitimation make it necessary to universalise this relation over agents, temporally or pragmatically. Every responsibility relation universalisation tends to impose identity relation instead of original subjectivity on those universalized.

*Keywords:* responsibility, kinds of responsibility, subjectivity, identity, subject of action, legitimation, substantiation, universalisation.

## УКРАЇНА: СВІТ ПОВСЯКДЕННОСТІ ЯК ОСНОВА ПРАВОРОЗУМІННЯ (ЩОДО ФЕНОМЕНОЛОГІЧНИХ ПІДМУРКІВ АНТРОПОЛОГІЇ ПРАВА)

**О. Литвинов**

*Луганський державний університет внутрішніх справ  
імені Е.О. Дідоренка,  
м. Луганськ, с. Ювілейне, вул. Генерала Дідоренка, 4,  
e-mail: llittvnn@mail.ru*

Філософсько-правовий «антропологічний бум» у вітчизняному правознавстві є однозначно позитивною ознакою подолання і позитивістського обмеження праворозуміння радянських часів, і, певною мірою, «технологічних дрібниць» та загальної дріб'язковості наукових й наукообразних досліджень у галузевих юридичних науках, широкий потік яких стрімко біжить приблизно останнє десятиліття, але кількість яких аж ніяк не є адекватною якості. Те, що проблематика «людиноримірності права» та ще й із запровадженням дієвого методологічного інструментарію, що його було вироблено у ХХ столітті, стає для української правничої думки домінуючою, є наслідком і щирого бажання вирішити реальні проблеми суспільного розвитку, і кон'юнктурної позиції ідеологічного характеру, пов'язаної з декларованим владою курсом на євроінтеграцію. Тішить те, що перше починає переважати друге, тобто традиційно притаманне нашій соціальній науці, юридичній зокрема, сервільне обслуговування владних гасел поступається місцем суто науковим пошукам у відповідних сферах знання. Тому важко переоцінити багаторічну кропітку працю співробітників Львівської лабораторії прав людини і громадянина під керівництвом академіка НАПрНУ П.М. Рабиновича, який відстоює позицію стосовно того, що філософія права є насамперед філософією прав людини. Зважаючи на значущість навіть постановки питань в антропологічній площині, насамперед у напрямку гуманізації законодавства в нашій країні, уявляється *актуальним* дослідження світу повсякденного життя і пересічного громадянина України, і носія владних повноважень з точки зору впливу поточних справ та подій на формування тих уявлень та понять, які стають основою праворозуміння, а ширше – і правосвідомості та правової культури. Звісно, права людини є не тільки предметом розгляду вповноважених інстанцій, включаючи спеціальні суди, вони є тією культурно-онтологічною даністю самого правового буття, яка значною

мірою зумовлює крокування людини по життю й принципи взаємовідносин з установами та іншими людьми. Тобто, йдеться не тільки про якісь окремі конкретні зіткнення, конфліктні ситуації тощо, а про багатогранну тотальну фактичність існування людини в соціумі за певних умов, які створюють її загальнокультурне середовище.

Цей підхід не є тільки даниною методології та здобуткам відомої французької історичної школи «Анналів», представники якої М. Блок, Л. Февр, Ф. Бордель та інші зробили предметом своїх досліджень світ повсякденного життя людини різних часів, насамперед середньовіччя [Див., напр.: 1; ін.] (сюди слід долучити й нідерландського історика і культуролога Й. Гьойзінгу [2; ін.]), а й загальній тенденції розвитку гуманітарного знання, частиною якого можна вважати й названу школу. Йдеться про феноменологічні студії німецьких філософів Е. Гуссерля [3; ін.] та його послідовників, включаючи найвидатнішого з них М. Гайдегера [4; ін.]<sup>1\*</sup>, а також російських мислителів М.М. Бахтіна [5] та О.Ф. Лосєва [6; див. також: 7], праці яких опосередковано, але втім досить потужно впливають на розуміння значення буденних проявів життєдіяльності як онтологічних основ буття. Звичайно, ефектне вираження ця світоглядна тенденція отримала в екзистенціалізмі, від художніх творів Ф. Достоевського та Ф. Кафки до філософських (а також і художніх) А. Камю та Ж.-П. Сартра. Маємо ще багато прикладів надзвичайно потужної тенденції розвитку людської думки та форм існування, яку можна б було умовно назвати гуманізацією антропології, серед витоків якої споглядаємо два таких головних. Перший, що спирався на людський розум і втілювався в ідеї прав людини як *кожної* людини, що стало найвидатнішим досягненням правової думки Нового часу (добі Модерну). Другий, що спирався на людське почуття і втілювався у романтичній ідеї цінності життя, включаючи її життя внутрішнє, духовне звичайної людини, тобто йдеться знов про цінність людини *кожної*, або, як пишуть у підручниках, особливо з історії літератури, «простої людини».

Перший у сталій термінології спирається на раціоналізм, другий – на романтизм, які одне за одним (спочатку в XVII-XVIII століттях, потім на початку XIX століття) створили багато прикладів різноманітного симбіозу, світоглядного і політичного. У праві ж перший, як відомо, найбільш

<sup>1</sup> Постійне намагання М. Гайдегера подолати обмеженість повсякденної (звичайно ж, німецької) мови багато в чому допомогло краще розуміти й сам світ повсякденності. Для нас важливо зрозуміти урок усвідомлення тиску інерції повсякденного мислення на сутнісні смисли, у даному випадку – правових процесів і явищ.

яскраво втілювався в теоріях природного права, другий – у відомій німецькій «Історичній школі права» (Г. Гуго, К.Ф. фон Савиньї, Г. Пухта).

Здійснений історичний екскурс є коротеньким, але достатнім для розуміння необхідності виокремлення зазначеної постановки питання, хоча для її доведення можна б було навести ще досить багато аргументів, наприклад, у вигляді звернення до класичних, на кшталт теорії інтересів Р. Ієринга, чи то політично впливових, на кшталт класової теорії К. Маркса. Або розгорнути пошук за допомогою загальнонаукових методів, як то сьогодні досить результативно використовують українські філософи права, наприклад В.С. Бігун [8]. Втім саме повсякденне життя людини з її буденними проблемами є водночас і результатом, і причиною процесів, що характеризують правову реальність на всіх її структурних рівнях. Тому серед багатьох питань, які можуть бути поставленими в цій площині, слід виокремити два наступних. Перше стосується впливу буттєвого рівня існування людини та повсякденності взагалі на стан та розвиток праворозуміння громадян. Друге стосується впливу факторів та стереотипів повсякденного життя на правовідносини та їх правове регулювання. Звідси *метою* цієї статті можна вважати спробу обґрунтування визначального значення світу повсякденності для формування праворозуміння за допомогою феноменологічного підходу до осмислення сучасного положення людини в Україні, спираючись насамперед на категорію прав людини.

За роки незалежності ми маємо досить багатий доробок щодо аналізу ситуації в країні, перш за все з точки зору завдань та перспектив розбудови правової та соціальної держави. Це праці відомих учених, насамперед філософів та теоретиків права (а також спеціалістів з конституційного права та кримінального права) О.О. Бандури [9], О.В. Гришук [10], М.М. Гуренко-Вайцман [11], М.І. Козюбри [12], О.М. Костенка [13], С.І. Максимова [14; 15], В.М. Селіванова [16], І.Д. Сліденка [17; 18], О.В. Петришина [19], П.М. Рабіновича [20; 21], О.В. Скрипнюка [22; 23], В.Я. Тація [24], В.В. Шкоди [25] та ін. Але з точки зору впливу повсякденності на праворозуміння спеціально питання не ставилося, лише іноді дослідники торкалися деяких його аспектів, що зумовлює *новизну* теми цієї статі.

Відразу ж зазначимо таке. Звернення до шару повсякденності не означає відмову від складного теоретико-методологічного апарату, напрацьованого правознавством, на користь понять та образів буденної свідомості, однак гносеологічна домінанта соціальних наук, притаманна насамперед з ідеологічних мотивів ще радянським часам, досить повільно дола-

ється у правознавстві, що, до речі, особливо відчувається у навчальній літературі. Іншими словами, традиція «еквілібристики поняттями», яка створювала наукообразний «камуфляж» навколо реальних проблем юридичного характеру, є досить сталою і постійно відроджується під тиском заорганізованості та над-бюрократизованості державного та наукового життя. Втім ще за радянських часів саме в українській філософській думці ми маємо суттєві досягнення у напрямку осмислення соціального життя у феноменологічній площині: дослідження онтологічних підмурків категорій філософії призвело до висновків щодо їхньої культурної, точніше культурно-історичної обумовленості, зануреної в глибинні шари буття і свідомості [Див.: 26; 27; 28; ін.]. Цей методологічний підхід продемонстрував неабиякі евристичні можливості не тільки у вітчизняній культурології [Див.: 29; 30; ін.], а й у політології [Див.: 31; ін.]<sup>1</sup>, причому за надзвичайно складних часів перших років становлення незалежності України: коли політична та економічна еліти інтенсивно грабувала свій народ, еліта юридична розділилася на тих, хто обслуговував це пограбування й приєднався до нього, і на тих, хто намагався вказати цивілізований шлях до гідного життя народу (у відповідній термінології – «розбудова правової та соціальної держави»), еліта філософська (звичайно ж, за винятком представників одіозних спеціальностей «науковий комунізм» та «науковий атеїзм»<sup>2</sup>) разом з представниками інших гуманітарних спеціальностей намагалася відродити та зберегти справжні й споконвічні цінності. Щодо ж того методологічного досягнення, про яке йдеться, то воно (якщо гранично коротко) полягає у доведенні положення (як висновку доволі тривалої роботи досить численного та потужного колективу відділу філософії культури Інституту філософії ім. Г.С. Сковороди НАН України<sup>3</sup>) про таке: «...вузлові категорії світогляду: людина і світ, буття

<sup>1</sup> Було також створено часопис «Політична думка», неабияку якість якого в науковому плані підтверджується, наприклад, участю в ньому таких авторів, як К.-О. Апель, З. Бжезинський, Дж. Мейс та ін.

<sup>2</sup> Правда, чудернацьким чином перші, разом з «істориками КППС» миттєво стали «політологами» та «істориками України», другі – «релігієзнавцями»: стосовно цих процесів – по comments, хоча вони є досить красномовними і в контексті теми цього тексту.

<sup>3</sup> Завідувач відділу – доктор філософських наук, професор Є.К. Бистрицький, який є також директором Фонду «Відродження», відомого своєю інтенсивною підтримкою гуманітарних проектів та науковців-гуманітаріїв, у тому числі фінансування перекладів та видань творів західних мислителів, зокрема філософів права [див., напр.: 32; 33; ін.].

і небуття, простір і час, життя і смерть, свобода і необхідність та ін., які традиційно вважаються філософськими, наявні в людській свідомості до виникнення філософії і функціонують до засвоєння філософії. ... І в своїй першопочатковості є категоріями не філософії, а культури» [29, с.6]. Звичайно, ми можемо вказати на вплив світової філософської думки на ці висновки, але ж неможливо заперечувати новачність таких положень в системі гуманітарного знання, що складає й сьогодні той запас положень, на яких ґрунтуються його визначальні витoki. А на запитання стосовно необхідності звернення до такого підходу, який в контексті сталих традицій переважання часткового, хоча й домінуючого (панівний клас за всіх умов соціальної статусності логічно залишається частиною), відповідь набуває ваги у напрямку переважання тієї більшості, яка в політичній термінології визначається як демократія. Відбиття вкорінених у буття процесів, явищ, подій тощо, що дозволяє надібати їхнє сутнісне значення в культурі як способі існування людини [Див.: 28, с.6] дозволяє з великою часткою достовірності припустити наступне. Якщо категорії філософії, якісною ознакою яких є надзвичайна абстрактність, в основі своїй є категоріями культури (у тому розумінні, яке щойно надане), то світ повсякденності стає формуючим вигляд самого себе, включаючи смислові аберації різного рівня абстракції. Прикладом може бути найсуттєвіша в системі юридичного знання категорія справедливості, яка в системі абстрактної вченості є насамперед категорією морально-філософською, важливу роль відіграє в теології, але її статус категорії правової не викликає сумнівів, оскільки через неї визначалося право багато століть. Сформулюємо попередній висновок: є всі підстави вважати категорії права як такими, які сформувалися передусім як категорії культури, і як такі є онтологічно вкоріненими в буття на кшталт категорій філософії. Тобто, йдеться і про культурологічну спорідненість категорій права і категорій філософії, і про їхню загальну буттєву основу в повсякденному світі існування людини. Можна додати й таке, що ми іноді краще знаємо та розуміємо те, що стосується міфологічної свідомості стародавньої людини, ніж свідомості людини сучасної, оскільки остання: а) не так добре вивчена; та б) набагато складніша, оскільки кумулятивно включає в себе попередні типи та способи мислення. У сучасній українській філософії права онтологічно орієнтовану позицію відстоює О.В. Стовба [Див.: 34, с.104], який звертає увагу на загальний процес переосмислення категорій права як укорінених у буття, наводячи й думки інших сучасних дослідників. Так, німецький філософ права А. Кауфман стверджує, що хто мислить буття, той мислить і право [Див.:

35, S.131], а відомий вітчизняний вчений А.А. Козловський, досліджуючи насамперед гносеологічні проблеми права, втім, доходить висновку, що право є правом, коли воно пов'язане з буттям [Див.: 36, с.207].

Наведені міркування є спробою доведення важливості та реальної значущості зазначеної проблеми, а також точки зору в теоретичній площині, де матеріалом розсуду та висновків стає поле взаємодії людини з іншими людьми та соціумом взагалі як загальнокультурологічна проблема. Апеляція лише до законодавчих актів як основи аргументації та висновків багатьох досліджень у порівнянні з фактичним станом у тій чи іншій сфері діяльності дозволяє навести аналогію з рекламною характеристикою якогось товару у порівнянні з його реальною якістю, яка часто зворотно пропорційна інтенсивності та яскравості реклами. Звичайно, такий підхід має досить вагомий соціологічний складову, але, як здається, метою будь-якого дослідження має бути досягнення певного результату у вигляді висновків, а не підкорення його предметному полю будь-якої науки (до речі, останнє саме по собі є постійною проблемою). Удається слухним нагадати, що «будь-яка наука є наукою про смисли або про осмислені факти, що і означає, що кожна наука – в словах і про слова» [6, с.33], що дозволило видатному мислителю ХХ століття О.Ф. Лосеву зробити висновок про «перевагу феноменології серед інших наук» [6, с.32]. Тут ми можемо споглядати вельми цікаві речі у суспільному житті нашої країни, які демонструють розбіжності смислів та слів, неточність або навіть невідповідність слів смислам, які навіть сформувавши те чи інше слово. Такі приклади є завжди і всюди, але тотальним це становище буває за певних умов, які дозволяють не тільки їм проявлятися, а й сприйматися відповідним чином, тобто свідомість «налаштовується» на умовність, що стає основою конкретних дій. Ці умови не декларуються і не декретуються, вони є тим станом культури («культурного рівня», «якості культури»), який у романтичній термінології представників «історичної школи юристів» (К. Савіні та ін.) є «народним духом» або «національним духом». Такий стан, який породжує ту систему умовностей, що пронизує життя людини з повсякденних забот до вирішення найвагоміших для неї проблем, і є тією данністю, яка залишає наслідки, що впливають на життя. Тотальність існування людини, яку відбиває поняття культури, репрезентує різні боки або роди буття, що отримали в класичній філософській традиції назву феноменів, тобто того, що «показує само себе, що маніфестує свою самобутню сутність у самому своєму існуванні» [29, с.4]. Саме в цьому сенсі право являє собою феномен культури, поєднуючи всі його інтерпретації на основі можливостей волеви-

явлення та примусу та відносно існуючих уявлень про справедливість і свободу. Як регулятор соціального життя воно може не співпадати або співпадати (частково чи цілком) з іншими регуляторами, які також мають нормативне втілення, насамперед релігією та мораллю. Кожна людина як свідомо істота є втіленням праворозуміння і носієм правосвідомості і правової культури як конкретного аспекту свого способу буття, тобто культури взагалі або загальної культури. Останнє є необхідною тавтологією [Див.: 37, с.30], яка має прояснити: а) цілісність і тотальність культури, втілені в людині (у цьому сенсі Людина то є Культура, і Культура то є Людина); б) залежність і похідність будь-якого роду буття (феномену) від Людини, включаючи його гносеологічні, аксіологічні та, звичайно, онтологічні аспекти. Показником зануреності людини у буття є повсякденність її існування, його реакція і вираження, оцінка і пристосування. За великим рахунком повсякденність і є саме життя, а ступінь буденного та небуденного, тобто того, що є за межами необхідних умов існування (того, що часто називають культурою «в узькому смислі слова» або культурою не як філософською категорією), тобто, що більше характеризується як свобода і свободне волевиявлення, визначається безліччю соціальних меж та індивідуальним їх сприйняттям.

Останнє робить визначальником життєдіяльності людини смисли речей, дій і процесів, які стають виразниками і буттєвої необхідності, і культурної (творчої) свободи водночас. Вербальне втілення смислів (як цього визначальника) надзвичайно ускладнює і їхнє вираження, і їхнє сприйняття, але, оскільки він є домінуючим, саме на нього покладено левову частку суто «антропо-логічного», що як буттєве для нього є культурним (включаючи «окультурені» біологічні функції людського організму). Тому наведена вище думка О.Ф. Лосева стосовно значення слів у науці (будь-якій науці, навіть максимально формалізованій) стосується й повсякденного життя людини, включаючи її суто буденний шар. Іншими словами, важливим є не тільки те, що людина визначає (як у науці, і не тільки), а й означає, що стосується й сфери необхідності (буденності). І тут загальнокультурні підмурки її буття набувають значущості як вираження єдності свідомості, яку лише умовно-теоретично можна розподіляти на буденну та небуденну: людина одна і мислить вона однаково стосовно лише різних речей. Тоді головним стає питання відповідності смислу, вираженому вербально, реальному смислу дій або явищ, що їх означають.

І тут, поринувши у світ повсякденного життя сучасного українця, ми стикаємося з безліччю невідповідностей смислових, якісних,

кількісних тощо, які створюють світ, що ще більше нагадує культурну зануреність форм мислення у дивовижні примари історично минулих часів, незважаючи на іноді сучасний вигляд та технічне озброєння. Невідповідність вербального втілення існуючого зазначеному переслідує людину від банальних речей (продуктів харчування, одягу та взуття тощо<sup>1\*</sup> до форм спілкування та взаємовідносин: всюди вона стикається з відсутністю або підміною чогось – чи то речей, чи то понять. Світ повсякденного життя пронизують міфи та образи, які часто мають екзальтований вигляд, більш притаманний середньовічним імітаціям і вимогам віри в щось, що пропонує насамперед влада. Інформаційно-комуникативні засоби й знаряддя багаторазово скорочують час і посилюють вплив тих культурних кодів, які визначаються інтересами панівної верстви, що взагалі-то завжди так було, але сьогодні ж вербальне втілення спирається на поняття демократії й відповідної супроводжуючої риторики. Така фіктивність смислів є то взагалі результатом природної якості свідомості, яку можна назвати прагненням до спрощення з метою запобігання зайвої напруги, але це породжує й неадекватність реагування на реальні ситуації. Знову слід наголосити на притаманності такого становища історично минулим часам, наприклад, Й. Гьойзінга відзначає розповсюдженість такої «рицарської фікції», як виклики на дуель з усвідомленням того, що вона не відбудеться, але це було формою політичних змагань держав, які (змагання) у ті часи сприймалися як втілення амбіцій певних персон – володарів [Див.: 2, с.104-106]. Змагання сьогоднішніх володарів у нашій країні можна назвати також фікціями, які демонструють «смысловий зсув» у різних сферах вирішення проблем, природних і таких, що створені штучно. Це стосується й сфери права, тобто, правові проблеми вирішуються в інший спосіб, наприклад, політичний або економічний, політичні проблеми вирішуються в спосіб, що має вигляд чи то правовий, чи то

<sup>1</sup> Нещодавнє скасування служби державного контролю за якістю продуктів у нашій країні є вельми яскравим свідченням над-знищення раціональних (розумних, доречних) складових діяльності державних установ, в історико-культурологічному сенсі це можна оцінити як приєднання самої держави до карнавальних – неофіційних, стихійно-народних, площадно-сміхових – (М.М. Бахтін) форм, які протистояли узаконеному державою (та церквою) офіціозу, тобто рівень смислової диференціації таких рішень та дій у своїй еkleктичній основі не досягає навіть того, що було в середньовіччі, а залишається мов би в синкретичному середовищі архаїчних зразків людських спільнот.

якийсь інший, економічні проблеми – у спосіб адміністративний, адміністративні – у спосіб теж інший, тобто неадміністративний тощо. Така «гра смислоутворенням», до того ж, надто часто має вельми відчутну кримінальну складову, починаючи з того, що ця «гра» відбувається не за одних правил для всіх: хтось завжди має «фору», втім це не може бути висловленим вербально, або вербально висловлюється у формулюваннях суто правових (юридичній термінології). Форми таких «ігор» досить різноманітні, від надання податкових пільг без законних підстав, але юридично оформлених, до рейдерства чи аж до прийняття Верховною Радою законів під конкретну ситуацію або людину (корпорацію). Тут відзначимо як мінімуми два суттєвих аспекти. Перший. Сприйняття такого стану речей як нормального (тобто нормою стає порушення принципів та навіть норм права). Друге. Використання сил та установ правопорядку в не-правових, іноді анти-правових діях. Конкретне втілення таких «смыслових зсувів» у вигляді чи то зловживання владою, чи то корупційних дій, чи то в будь-який інший спосіб, у свою чергу породжує аналогічні наслідки на іншому рівні, частковому відносно загальнокультурної обумовленості, наприклад, у системних утвореннях: правоохоронній системі, системі освіти тощо.

У суто культурологічній площині завдяки своїй евристичній ефективності набув поширення культурно-цивілізаційний підхід, який значною мірою відбиває проблематику, що тут розглядається. У найзагальнішому плані він втілюється в поняттях культурних ареалів, відомих як Схід і Захід, і до такого підходу звертаються й вітчизняні правознавці – представники галузевих юридичних наук, наприклад, цивільного права [38]. Щодо філософів права, то, на нашу думку, слід погодитися з висловленою Д.А. Гудимою думку стосовно малоперспективності «прививання культурі Сходу західних цінностей, у т.ч. західної ідеології прав людини» [39, с.149], і не підтримати оцінку цієї позиції як надто категоричної С.І. Максимовим [Див.: 40]. Погодитися на превеликий жаль, оскільки осмислення онтологічної укоріненості підмурків права як феномена культури примушує дійти висновків стосовно природності для більшої частини наших співгромадян цінностей та орієнтацій, які характеризують східний ареал культур. Додамо: «на превеликий жаль» саме з точки зору ідеї або ідеології прав людини як кожної людини, оскільки вона залишається надто чужою для Сходу. Це витікає з характерних рис культур Сходу і Заходу, які іноді доходять до протилежності і які стосуються насамперед повсякденного світу буття людини. Ми пропонуємо такі формулювання цих характерних рис, які

вже неодноразово обговорювалися і в цілому визнавалися адекватними на різних конференціях правознавців і філософів [Див., напр.: 41, с.60].

Для Сходу характерними є: 1) статичність розвитку (причому про деякі форми повсякденного життя йдеться про тисячолітні незмінні традиції); 2) колективність, тобто превалювання колективних видів соціальної та буденної дії (а також маленька цінність окремого індивіда); 3) пасивність індивіда; 4) головні цінності – рекреаційні; 5) нероздільність понять влади і власності («Влада-власність» як одне поняття у термінології видатного російського сходознавця Л.С. Васильєва [42], тобто принципова налаштованість на використання владних повноважень на присвоєння результатів чужої праці); 6) ірраціонально-міфологічний спосіб мислення як такий, що домінує.

Для Заходу характерними є: 1) динамічність розвитку; 2) індивідуалізм (роль індивіда, що постійно зростає); 3) активність (індивіда); 4) трудові цінності як головні; 5) власність як окрема категорія (власність «священна»); 6) раціонально-юридичний спосіб мислення як такий, що домінує. Відносно останнього відомий вітчизняний методолог історії культури Ю.В. Павленко пише: «На відміну від грекомовного Сходу, основу духовної культури якого складала платонівсько-неоплатонічна традиція, в культурі Заходу домінувала юридично-правова установка. Індивід усвідомлювався насамперед як суб'єкт права, суспільне місце якого визначається існуючою законодавчою базою» [43, с.304]. Який ареал культур більше впливав і впливає на більшу частину населення нашої країни – питання риторичне.

До такого культурно-історичного впливу додається й досвід повсякденного існування, яке для пересічного громадянина майже кожен день надає уроки смислової невідповідності: речі, процеси, відносини тощо набувають характеристик небуття у різних виглядах, від трагічних до комічних і гротескних. Тому й прояви волі до свободи та демократичних основ життя на такому ґрунті мають переважно заперечний і протестний характер, який здебільшого відбиває зовнішній вплив, а не вимоги внутрішнього розвитку. Це створює досить складний і водночас майже типовий загальний вид взаємовідносин, який постійно репрезентує опір (і свідомості окремої людини, і такого соціуму в цілому) ускладненню форм буття і діяльності, якщо вони виходять за межі споживання. Світові тенденції розвитку від простих (примітивних) форм буття політичного до форм більш складних (що спираються на повній відповідальності – свідомій і бажаній – людини за свої дії) втілює позитивний потенціал для людства і в історії філософсько-пра-

вової думки знайшов втілення, зокрема, в теоріях природного права та договірних теоріях виникнення держави. Ці плідні абстракції, як і поняття природного стану як стану додержавного, сконцентрували «антропологічнобіжні» намагання осмислити світ у культуротворчому вимірі, долаючи споконвічний стан «війни всіх проти всіх». Однак цей потенціал мінімально використовується народами, що мають слабкий досвід відповідальності і не культивують її в індивідуальному плані, оскільки головні його інтенції не спираються на повагу до свободи й додержання прав *кожної* людини. Безвідповідальність та екзистенціальний страх, який є постійно присутнім, можна вважати культурно-психологічною характеристикою народів, які доречно назвати представниками «вторинних» культур, оскільки їхній творчий потенціал у масштабах людства надзвичайно маленький. Такі народи переважно споживають, насамперед ідеї, які формували поняття «сучасність», власні ж ідеї – для людства – продукувати невзможливо з причин закоружлості мислення й загального споживацького настрою. Подолання домінанти цього споживацького духу й надання можливості діяти й приймати рішення людям, які мислять відповідально й творчо – головна проблема цих народів, що представляють ту більшість культур світу, які є «вторинними». Для країн пост-радянського простору рішення такої проблеми ускладнює ситуація, коли вирішувати повинні ті, хто і є головними, причому найбільш впливовими носіями споживацького, а не творчого духу, і хто різноманітними засобами, включаючи відверто кримінальні, привласнив результати праці багатьох мільйонів своїх громадян. Іншими словами, навіть теоретично завдання переходу до більш складних і сучасних форм організації соціуму (громадянське суспільство і права та соціальна держава) виглядає як таке, яке неможливо вирішити, у всякому разі в найближчому майбутньому. До того ж, є ще один антропологічний чинник, постійно присутній у повсякденному житті, який дозволяє дотримуватися цієї неоптимістичної думки. Це сформований в суспільствах «вторинних» культур підхід до відбору та формального визначення «кращих» (або, використовуючи модний у вітчизняному політикумі та соціальній публіцистиці термін – «еліти»), які реально не є такими, що дозволяє його – цей підхід – визначити як «негативну селекцію». Основою цього процесу стають переважно кривдо-родинні зв'язки (ознака первісно-архаїчного суспільства) та об'єднання доступу до матеріальних благ та різних послуг за правилами, неоднаковими для всіх (ознака середньовічно-феодалного суспільства, включаючи, також, для нас, і тоталітарно-радянський його варіант [Див. більш

докл.: 44]). Соціальними наслідками цього є постійне й наперед відоме не-краще вирішення суспільно значущих проблем, оскільки, як правило, ті, хто повинен приймати рішення, не здатен на адекватне реагування на визови часу. Таке становище є переважаючим на всіх рівнях повсякденного життя і шаблях життя державного. Указана нездатність якісного вирішення проблем, а часто й елементарне небажання займатися загальним (а не частковим, у суспільному житті – приватним), навіть якщо це і належить до функціональних обов'язків згідно вимог професійної діяльності є фактично результатом відсутності реального змагання за чесними (однаковими для всіх) правилами гри, надто часто просто принципової відсутності того, що в німецькій комунікативній філософії (К.-О. Апел, Ю. Габермас та ін.) називають «перевагою кращого аргументу». Тотальний і системний характер цих смислових збочень і фальсифікацій (від життя повсякденного до державного) впливає навіть на сфери діяльності, які за своєю сутністю є демонстрацією переваг таланту: мистецтво, спорт і значною мірою наука. Тут особлива роль в соціумі, та, відповідно, у світі повсякденності, належить системі освіти, де, від початкових класів загальноосвітньої школи до аспірантур і докторантур, постійно відбувається «корекція» результатів оцінки знань та здібностей під впливом позанавчальних та позатворчих чинників, серед яких переважаючими стають вплив посад та розміри гаманців батьків або близьких родичів, що стає вирішальними факторами подальшої долі молодих людей [Див. більш докл.: 45; 46]. Це стає банальною характеристикою повсякденного життя і звідси, оскільки ці процеси набули очевидного, постійно повторюваного і масового характеру, вони фактично мають реальний статус нормативності, а праворозуміння формується на основі вже цієї нової нормативності як більш ефективної у справі досягнення життєвого успіху, про що свідчить насамперед цей досвід повсякденності. Тут додатково можна констатувати й таке: традиційні загальнолюдські моральні цінності, включаючи уявлення про справедливість тощо, що має безпосереднє відношення до праворозуміння й правової свідомості та культури, потерпають фіаско під тиском нескінченних прикладів несправедливості, що стає однією з найвагоміших причин деградації як моральної, так і правової свідомості, зокрема молоді [Див. більш докл.: 47].

Ще одним наслідком або «пасивним» боком негативної селекції, що домінує у вторинних культурах, є соціальний паразитизм, що виражається у створенні й постійному існуванні фіктивних суспільних та державних функцій. Сутність цих «соціальних фікцій» полягає в імітації суспіль-

но необхідної діяльності, що особливо яскраво і потужно проявлялося в структурі державних, партійних і каральних (під назвою правоохоронних) органів СРСР, коли, наприклад, тільки так званих ідеологічних працівників (штатних, а була ще й ціла армія позаштатних, зокрема з викладачів ВНЗ) за підрахунками соціологів за часів «перебудови» (1985-1991) налічувалося більше двох мільонів. Значення соціальних фікцій у житті сучасної України є надзвичайно великим, прикладом цього можуть бути і кількість службових автомобілів з водіями для можновладців, які утримуються за рахунок платників податків, і ще багато чого, чим особливо вирізняються державні установи, насамперед у столиці. Усі ці фікції це є, повторимо, «пасивним боком» або якимось «зворотним боком Місяця», тобто «соціального паразитизму», а «активний бік» його проявляється в постійному порушенні соціальних норм (включаючи норми правові), що стає, за спогляданням персичного громадянина (платника податків, носія влади – за Конституцією України тощо) обов'язковою умовою індивідуального успіху. В моральному плані результатом такого становища стає цинізм, який починає переважати на різних рівнях життя: від буденного до громадянського та державного. У правовому плані результатом цього стає не просто криміналізація всіх рівней життя, а певна легімізація криміналу через указані фактори моральні, через естетизацію, через риторику орвеловського типу. Однак суть соціального паразитизму – в існуванні величезного шару споживачів суспільного продукту й суспільного блага, який для самого суспільства своєї праці фактично не використовував [Див. більш докл.: 48]. Значна частина над-бюрократизованої держави, тобто привігилегізованого чиновництва (у наших умовах – сталінського зразку), постійно руйнує життя своїх народів, вимушуючи співгромадян задовольняти свої потреби, нераціональні як з точки зору суспільної необхідності, так і з точки зору можливостей самого суспільства. У марксистській термінології йдеться про над-експлуатацію, однак фактично вона є реальним продовженням практики тоталітаризму. Красномовним доказом цього може бути й різке скорочення кількості населення в нашій країні, але не як наслідок масових розстрілів тощо, а як результат інших процесів. Логіка соціального паразитизму не може не втілюватися в заперечення й обмеження можливостей та свободи спільноти, іншими словами, протидіяти праву в тому його розумінні, яке стало досягненням західнохристиянської культури Нового часу, тобто праву як свободі кожної людини. Соціальний паразитизм в інших своїх проявах заперечує й чине законодавство, включаючи конституційні норми, перетворюючи їх на декларативний антураж.

Ще одним аспектом соціального паразитизму є те, що він стає вираженням панування буденної свідомості, яке спирається на елементарні (рослинні та тваринні – за Аристотелем) потреби людей. Його визначальний вплив багаторазово помножується можливостями мас-медіа, де вказаним та іншим орієнтирам обивательського споживацького характеру підкорені практично всі жанри: від реклами до художніх фільмів. Таким чином культура як спосіб буття нашої людини виявляється зануреною в атмосферу переважаючої буденної, примітивної свідомості, створену частково штучно, частково в межах традицій попередніх часів. І ця свідомість не має потреби в творчій напрузі, сама ж указана атмосфера сприяє формуванню стану, де а-моральні та анти-правові форми життя набувають якостей закономірності і частина з них уже досягла значення суспільної нормативності. Ситуація ускладнюється ще й зведенням їх до рівня повсякденності, а це стає вже визначальним фактором життя, тобто культурного існування в цілому. Але скоріше слід говорити про якийсь новий – «пост-радянський»<sup>1</sup> – вид «латиноамериканського варіанту» розвитку, який ми пропонуємо термінологічно визначити як «негатив-патерналізм» [Див.: 49; 50; 41]. Тому залишається ще багато проблем, вирішення яких є обов'язковим для розвороту напрямку нашого руху в бік цивілізованого світу (тобто справді правових та соціальних держав), наприклад, проблема злочинної державності, яка природним чином витікає з викладеного в цих рядках<sup>2\*\*</sup>. Інтерес для дослідника – представника суспільних наук – уявляє той факт, що в ситуації, яку тут описано, ми бачимо ту «фізіогноміку культури» (О. Шпенглер), яка через світ повсякденності презентує її сутність у цілому, оскільки фальсифіковані продукти й фальсифіковані вибори, неякісне обслуговування й неякісні шляхи, фіктивні дипломи й фіктивні вироки, тобто те, з чим постійно стикається громадянин, усе це і є «спосіб його буття», культура, тільки різні її аспекти або боки

<sup>1</sup> Термін «пост-тоталітарний» тут не може бути використаний, оскільки Німеччина (з причин насамперед культурно-історичного характеру) спромоглася позбавитися від спадщини націонал-соціалізму, у будь-якому разі «ветеранів гестапо» було притягнуто до кримінальної відповідальності, на відміну від, зокрема, України, де «ветерани НКВС» отримували й отримують персональні пенсії.

<sup>2</sup> Злочинна державність – це поняття, що визначає державу як суб'єкта права, який є порушником правових норм [Більш докладно див.: 51, с.413-415].

Вітер свободи часів незалежності приніс не тільки свіже повітря, що зробило дихання мільйонів людей значно легшим, але й гори сміття, які не дозволяють їм зробити навіть крок у той бік, до якого вони хочуть прямувати. Ціна культурно-історичного імперативу безвідповідальності й міфологічно-іраціонального способу мислення є надзвичайно високою. А поки що ми впродовж десятиліть констатуємо наявність одних і тих же проблем, у тому числі і в сфері правовій. Так, в юридичній літературі звичайно говориться про «низький рівень» правосвідомості і правової культури населення, «корумпованості влади» і центральної і на місцях [Див., напр.: 52], але така констатація не є чимось новим, про це писав ще сто років тому наш видатний філософ права Б.О. Кістяківський, а головне – не відповідає на питання, відповідь на яке може прояснити сутність такої проблеми: «чому?».

Як уявляється, запропонований у цьому тексті підхід допоможе прояснити хоча б невелику частину питань, які складають зміст комплексу проблем, що їх ми торкалися. У будь-якому разі чим ближчим до реального стану хворого є визначений і сформульований діагноз, тим більше у нього шансів на видужання, а те, що назвати нас здоровими в соціальному плані неможна, навряд чи хто буде оспорювати.

Оскільки про це красномовно свідчить світ повсякденності.

### Список використаних джерел:

1. Бродель Ф. Материальная цивилизация, экономика и капитализм. XV-XVIII вв. Т.1. Структуры повседневности: возможное и невозможное; [пер. с фр. Л.Е. Куббеля]. – М.: Прогресс, 1986. – 624 с.
2. Хейзинга Й. Осень средневековья. Исследование форм жизненного уклада и форм мышления в XIV и XV веках во Франции и Нидерландах; [пер. с нидер. Д.В. Сильвестрова]. – М.: Наука, 1988. – 540 с.
3. Гуссерль Э. Идеи к чистой феноменологии и феноменологической философии / Э. Гуссерль. – М.: Дом интеллектуальной книги, 1999. – 336 с.
4. Хайдеггер М. Бытие и время / М. Хайдеггер. – М.: Ad Marginem, 1997. – 452 с.
5. Бахтин М.М. Творчество Франсуа Рабле и народная культура средневековья и Ренессанса / М.М. Бахтин. – М.: Худож. лит., 1990. – 543 с.
6. Лосев А.Ф. Философия имени / А.Ф. Лосев. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1990. – 269 с.
7. Лосев А.Ф. Эстетика Возрождения / А.Ф. Лосев. – М.: Мысль, 1978. – 623 с.



8. Бігун В. Людина в праві та науках про право: три загальнонаукові підходи до дефініції / В. Бігун // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Матеріали Першого всеукраїнського круглого столу (м. Львів, 16-17 вересня 2005 року). – Львів: Край, 2006. – С. 37-42.

9. Бандура О.О. Правознавство у системі наукового знання: Аксиологічно-гносеологічний підхід / О.О. Бандура. – К.: Київ. нац. ун-т внутр. справ, 2010. – 272 с.

10. Гришук О.В. Людська гідність у праві: філософські проблеми / О.В. Гришук. – К.: Атика, 2007. – 432 с.

11. Гуренко М.М. Розвиток політико-правової думки про гарантії прав і свобод людини та громадянина / М.М. Гуренко. – К.: Логос, 2002. – 252 с.

12. Козюбра М. Конституційний ідеалізм та конституційний нігілізм як прояви дефіциту правової культури / М. Козюбра // Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки. – К.: Вид. дім „Кисво-Могилянська академія”, 2006. – Т. 53. – С. 3-7.

13. Костенко О.М. Культура і закон – у протидії злу / О.М. Костенко. – К.: Атика, 2008. – 352 с.

14. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С.И. Максимов. – Х.: Право, 2002. – 328 с.

15. Максимов С.І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибрані праці: статті, аналітичні огляди, переклади (2003-2010) / С.І. Максимов. – Х.: Право, 2010. – 336 с.

16. Селіванов В.М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти / В.М. Селіванов. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. – 724 с.

17. Сліденко І. Проблеми співвідношення юридичної і фактичної Конституції України з позицій світового конституційного виміру / І. Сліденко // Конституція і конституціоналізм в Україні: вибіркові проблеми. Збірник наукових праць членів Товариства конституційного права з нагоди десятої річниці Конституції України, Конституційного Суду України та самого Товариства / Відп. ред. проф. Мартиненко П.Ф. та доц. Кампо В.М. – К.: „Купріянова”, 2007. – С. 9-32.

18. Сліденко І.Д. Феноменологія конституційного контролю. Генеза, природа і позиціонування в контексті аксіологічних, епістемологічних, праксіологічних, синергетичних аспектів / І.Д. Сліденко. – К.: Істина, 2010. – 624 с.

19. Петришин О. Право як соціально-юридичне явище: до постановки проблеми / О. Петришин // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – №4 (51). – С. 3-18.

20. Рабінович П.М. Верховенство права з позицій європейсько-міжнародного та українсько-конституційного судочинства / П.М. Рабінович //

Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – №3 (53). – С. 12-14.

21. Рабінович П. Сучасне європейське праворозуміння: соціально-антропологічні начала / П. Рабінович // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Матеріали Першого всеукраїнського круглого столу (м. Львів, 16-17 вересня 2005 року). – Львів: Край, 2006. – С. 258-264.

22. Скрипнюк О.В. Демократія: Україна і світовий вимір (концепції, моделі та суспільна практика) / О.В. Скрипнюк. – К.: Логос, 2006. – 368 с.

23. Скрипнюк О.В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики / О.В. Скрипнюк. – К.: Ін-т держ. і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2000. – 600 с.

24. Тацій В. Людина і правова держава: проблеми взаємовідносин і взаємодії / В. Тацій // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – №2 (53). – С. 3-12.

25. Шкода В. Вступ до правової філософії / В. Шкода. – Х.: Фоліо, 1997. – 223 с.

26. Категории философии и категории культуры / Отв. ред. М.А. Булатов, В.Г. Табачковский. – К.: Наук. думка, 1983. – 344 с.

27. Культура и развитие человека: (очерк философско-методологических проблем) / В.П. Иванов, В.П. Козловский, Е.К. Быстрицкий и др.; Отв. ред. В.П. Иванов. – К.: Наук. думка, 1989. – 320 с.

28. Бытие человека в культуре (опыт онтологического подхода) / Быстрицкий Е.К., Козловский В.П., Пролеев С.В. [та ін.] ; Отв. ред. Е.К. Быстрицкий. – К.: Наук. думка, 1991. – 176 с.

29. Феномен української культури: методологічні засади осмислення / Відп. ред. В. Шинкарук, Є. Бистрицький. – К.: Фенікс, 1996. – 478 с.

30. Бистрицький Є.К. Ідея культури: виклики сучасної цивілізації / Є.К. Бистрицький, С.В. Пролеєв, Р.В. Кобець [та ін.]. – К.: Альтерпрес, 2003. – 192 с.

31. Малахов В.А. Етика і політика: проблеми взаємозв'язку / В.А. Малахов, А.М. Єрмоленко, О.О. Кисельова [та ін.]. – К.: Стилос, 2000. – 216 с.

32. Гьофе Отфрід. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу / Отфрід Гьофе ; [пер. з нім. Л.А. Ситніченко, М.Д. Култаєвої]. – К.: Альтерпрес, 2003. – 264 с.

33. Циппеліус, Райнгольд. Філософія права: Підручник / [пер. з нім. Є. Причепія, Л. Ситніченко, С. Пролеєва] ; під ред. проф. Є. Причепія. – К.: Тандем, 2000. – 300 с.

34. Стомба А.В. Правовая ситуация как исток бытия права / А.В. Стомба. – Х.: ФО-П Лисяк Л.С., 2006. – 176 с.

35. Kaufmann A. Ontologische Struktur des Rechts / A. Kaufmann // Rechtsphilosophie im Wandel. – F. a/M.: Stationeneines Weges, 1972. – S. 104-134.

36. Козловський А.А. Право як пізнання. Вступ до гносеології права / А.А. Козловський. – Чернівці: Рута, 1999. – 295 с.

37. Мамардашвили М.К. Быть философом – это судьба // М.К. Мамардашвили. Как я понимаю философию. – М.: Прогресс, 1990. – С. 27-40.

38. Харитонов Є.О. Формування сучасного цивільного права України: вплив західної та східної традиції права / Є.О. Харитонов // Правова система України: історія, стан та перспективи: У п'яти томах. – Х.: Право, 2008. – Т. 3. Цивільно-правові науки. Приватне право. – С. 79-121.

39. Гудима Д.А. Права людини: антрополого-методологічні засади дослідження / Д.А. Гудима. – Львів: Край, 2009. – 164 с.

40. Максимов С.І. Антрополого-методологічний дискурс з прав людини в сучасній Україні (на прикладі концепції Д.А. Гудими) / С.І. Максимов // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка: Спеціальний випуск №7: Культура – Право – Держава: сучасні проблеми державотворення. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 8-17.

41. Литвинов А.Н. К обоснованию понятия «негатив-патернализм», или о вкладе восточнославянских народов в практику государственного строительства / А.Н. Литвинов // Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави: Збірник наукових праць Міжнародної науково-практичної конференції. – Черкаси: Видавець Чабаненко Ю.А., 2010. – С. 57-61.

42. Васильев Л.С. История Востока: В 2-х т. / Л.С. Васильев. – М.: Наука, 1993. – Т.1. – 478 с.

43. Павленко Ю.В. Історія світової цивілізації: Соціокультурний розвиток людства / Ю.В. Павленко. – К.: Либідь, 1996. – 360 с.

44. Литвинов О. Про культурно-світоглядні чинники деформацій правової держави / О. Литвинов // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 2 (65). – С. 86-95.

45. Литвинов О.М. Місце освіти в здійсненні негативної селекції в соціальному та державному житті України (до постановки питання про визначення аморальних норм як чинників формування буденної свідомості) / О.М. Литвинов // Традиція і культура. Моральна традиція: інваріантність і поліфонічність: Матеріали Міжнародної наукової конференції. – К.: Асоціація „Новий Акрополь”, 2007. – Ч. 2. – С. 25-26.

46. Литвинов О.М. Освіта в Україні як соціокультурна фікція, або про системну деформацію культурних смислів / О.М. Литвинов // Українська освіта у світовому часопросторі: Матеріали Другого міжнародного Конгресу. – К.: Укравентство інформації та друку „Рада”, 2007. – Кн. 1. – С. 318-319.

47. Литвинов О.М. До питання формування нової етики бездуховності у сучасній молоді, або про феноменологічно-правовий аспект освітянських

процесів / О.М. Литвинов // Філософсько-світоглядні аспекти становлення і розвитку духовної культури студентської та курсантської молоді: матеріали регіонального круглого столу. – Донецьк: Донецький юридичний інститут, 2011. – С. 46-50.

48. Литвинов О.М. Соціальний паразитизм як культурна характеристика суспільства та його вплив на діяльність правоохоронних органів / О.М. Литвинов // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка: Спеціальний випуск №2: Оперативна обстановка, її аналіз та оцінка у сфері діяльності підрозділів карного розшуку ОВС України: У двох частинах. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – Ч.1. – С. 157-167.

49. Литвинов О.М. Народження негатив-патернализму: щодо біди, що насувається на нашу країну, або про принципи навчання по-українськи / О.М. Литвинов // Вісник Дніпропетровського університету: Філософія. Соціологія. Політологія. – 2007. – Вип.15. – С. 285-292.

50. Литвинов О.М. Про негатив-патернализм як вид державного устрою України, що формується / О.М. Литвинов // Сьома міжвузівська наукова конференція з актуальних питань вітчизняної, всесвітньої та історії держави і права: Матеріали. – Луганськ: СНУ ім. В. Даля; ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2009. – С. 37-38.

51. Соловьев Э.Ю. Личность и право // Соловьев Э.Ю. Прошлое толкует нас: Очерки по истории философии и культуры. – М.: Политиздат, 1991. – С. 403-431.

52. Тацій В. Проблеми реформування конституційних засад державного ладу України / В. Тацій // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – №3. – С. 3-10.

## **УКРАИНА: МИР ПОВСЕДНЕВНОСТИ КАК ОСНОВА ПРАВОПОНИМАНИЯ (О ФЕНОМЕНОЛОГИЧЕСКИХ ОСНОВАНИЯХ АНТРОПОЛОГИИ ПРАВА)**

*А. Литвинов*

*Луганский государственный университет внутренних дел*

*имени Э.А. Дидоренко,*

*г. Луганск, п. Юбилейный, ул. Генерала Дидоренко, 4,*

*e-mail: llitvnn@mail.ru*

Предпринята попытка постановки вопроса о феноменологических основаниях антропологии права как выражении тенденций гуманизации и персонификации общественной жизни в Новое время и отраже-

нии этого процесса в социальных науках, включая философию права и юриспруденцию в целом. Исходя из этого обосновывается ключевое значение категории культуры как способа человеческого бытия и ее эвристический потенциал для правоведения и, соответственно, роль повседневности как основы правопонимания. Материал излагается прежде всего в контексте актуальных для Украины проблем формирования правосознания и правовой культуры западного (европейского) типа, которые представляются нерешаемыми в связи с традиционным давлением несоответствия смыслов понятий их вербальному воплощению во всех сферах жизни.

*Ключевые слова:* философия права, антропология права, феноменология, права человека, культура, правопонимание, Восток, Запад, «вторичные культуры», «негативная селекция».

### **UKRAINE: EVERYDAY LIFE AS A BASIS OF LAW UNDERSTANDING (ON PHENOMENOLOGICAL GROUNDS OF ANTHROPOLOGY OF LAW)**

***O. Lytvynov***

*Lugansk State University of Internal Affairs named after E.O. Didorenko  
Lugansk, Jubileyny vil., General Didorenko Str., 4,  
e-mail: llitvvn@mail.ru*

An attempt is made to raise a question about phenomenological grounds of anthropology of law as an expression of tendencies of humanization and personification of social life in New Age and reflection of this process in social sciences, including philosophy of law and jurisprudence entirely. It is based the key meaning of category of culture as a way of objective reality and its heuristic potential for legal sciences and the role of everyday life as a basis of law understanding. The material is given in the context of actual for Ukraine problems of formation of legal consciousness and legal culture of Western (European) type, which can not be decided because of traditional press of disparity of essence of notions to their verbal embodiment in all spheres of life.

*Keywords:* philosophy of law, anthropology of law, phenomenology, human rights, culture, law understanding, East, West, “secondary cultures”, “negative selection”.

### **ДИСКУРСИВНО-ЭКЗИСТЕНЦИАЛЬНАЯ ПРИРОДА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА**

***С. Максимов***

*Национальный университет*

*«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»,  
г. Харьков, ул. Пушкинская, 77, e-mail: s\_maximov@ukr.net*

Характерной чертой современного общества является признание прав человека в качестве его важнейшей ценностной основы. Это обстоятельство обусловило появление многочисленных и разнообразных исследований прав человека, включая и такой их пласт, как философия прав человека. Основными направлениями в рамках философской рефлексии прав человека традиционно являются: а) проблемы природы и философского смысла прав человека; б) их статуса, выявляемого в рамках как внутрикультурного (внутригосударственного), так и межкультурного дискурса; и самое главное – в) проблема обоснования прав человека. Целью данной статьи является проблематизация указанных предметных областей философии прав человека сквозь призму реализации коммуникативно-антропологического методологического подхода.

Права человека как такие субъективные права, на обладание которыми может претендовать каждый человек вне зависимости от обстоятельств, находятся в центре политического проекта современности (проекта модерна), суть которого выражается в изначальной и исключительной связи власти и справедливости.

Идея прав человека имеет нормативно-критический характер. Представляя собой «опосредующие принципы справедливости» и «нравственные критерии, которыми должен руководствоваться правопорядок» [1, с. 293], права человека не могут рассматриваться в качестве лишь одного из юридических понятий. Они оказываются в кругу основных концептов современной практической философии.

По своему смысловому содержанию права человека очерчивают пространство, которое обеспечивает каждому человеку условия его самореализации, т.е. пространство его личностной автономии. Напомним, что концепт автономии занимает центральное место в практической философии И.Канта и означает «способность быть господином себе самому», т.е. жить не по чужим, извне заданным правилам и инструкциям, а по своим собственным принципам. В форме *мораль-*

ной и утилитарной автономии он противостоит патерналистским идеям «принудительного совершенствования» и «принудительного осчастливливания» подданных», а в форме *гражданской* автономии утверждает свободу участия в выработке общих решений [2, с. 9-10]. Взамен «принудительности» благодаря понятию автономии отстаивается «нестесненность» развития, т.е. свобода как безусловная ценность и «одно-единственное приращенное право» [3, с. 291].

Традиционно, в либеральной перспективе права человека понимаются как такие права индивидов, которые дают им возможность защищаться от посягательств на их свободу со стороны структур государственной власти. В формуле «гражданин против власти» выражается антиавторитарный смысл прав человека, т.е., по сути, *негативный смысл*, как выражение «свободы от», и их строгое обеспечение является безусловным требованием современной эпохи.

Однако, права человека и право в целом приобретают еще и *позитивный смысл*, они сами выступают в качестве силы, которая наполняет смыслом общественное пространство. Только благодаря праву как правам человека возможно включение людей как атомов в определенную систему отношений. Благодаря правам человека право выступает как условие открытости дверей для всех, условие участия каждого в общественных делах. Следовательно, права человека служат необходимыми условиями человеческого существования и коммуникации, причем как во внутригосударственных масштабах, так и в масштабах межгосударственных отношений.

*Смысл* прав человека определяет их особый *статус*: как до-политических, безусловно значимых и неотъемлемых оснований современной государственности, или принципов легитимации, с одной стороны, и как условий возможности сосуществования и сотрудничества различных культур в рамках мирового сообщества – с другой. Иными словами, они выступают предметом как внутрикультурного, так и межкультурного дискурса.

В рамках характерного для правовых государств *внутрикультурного дискурса* права человека рассматриваются в качестве независимых *стандартов*, благодаря которым могут критиковаться законы, деятельность правительства и иных политико-правовых институтов, т.е. в качестве *критериев легитимации*.

Основными легитимационными принципами современной цивилизации являются *суверенитет народа* и *права человека*, действующие в неразрывном единстве. Права человека как принцип легитимации

выражаются в классических правах человека, гарантирующих гражданам жизнь и свободу, обеспечивающих их личную (или моральную) автономию, суверенитет народа – в правах коммуникации и участия в общественной жизни, которые обеспечивают публичную (или гражданскую) автономию членов правового сообщества. Вместе они обосновывают собой легитимное господство законов. С этих обеих нормативных точек зрения установленное, т.е. изменчивое, право оказывается легитимным как средство равной гарантии личной и гражданской автономии индивида.

Однако между принципами суверенитета народа и прав человека существует напряженность. Различные политические теории по-разному стремились снять это напряжение. Республиканизм, берущий начало от Аристотеля, отдавал преимущество публичной автономии граждан перед неполитическими свободами частных лиц. Либерализм, берущий начало от Локка, постулирует преимущество прав человека перед народной волей, указывая на опасность тирании большинства.

Современный дискурс легитимации обосновывает сочетание действия народного суверенитета с системой прав человека. Смысл последних заключается в том, что они институционализируют коммуникативные условия для формирования разумной политической воли. Это значит, что легитимными признаются лишь те регулятивы, которые могли бы быть приняты всеми возможными заинтересованными лицами. В целом, личная и публичная (гражданская) автономии взаимно дополняют друг друга, однако при этом нормативный приоритет находится на стороне личных прав.

В рамках *межкультурного дискурса* основным оказывается вопрос о мере универсальности идеи прав человека: является она фундаментальным ценностным основанием всей современной цивилизации или всего лишь «экспортной статьёй западной культуры».

На универсальности идеи прав человека, ее единства для всех культур настаивают представители универсалистского либерализма (Р. Дворкин, У. Кимлика, Дж. Роулз). Отрицание универсальности прав человека исходит от различных форм партикуляристского коммунизма (А. Макинтайр, Р. Рорти, М. Сэндел).

Попытку объединения противоположных позиций универсализма и партикуляризма предлагают представители коммуникативной философии (К.-О. Апель, Ю. Хабермас). Они исходят из того, что универсальные принципы справедливости, с одной стороны, и ценности того

или иного сообщества — с другого, дополняют друг друга при нормативном приоритете первого над вторым [4, с. 85].

Права человека как конкретизация универсальных моральных принципов проявляют себя теми нормами, на основании которых возможно мирное сосуществование индивидов и различных культур, и даже их сотрудничество в условиях возникновения глобальных проблем. Такая постановка вопроса позволяет решить, казалось бы, непримиримое противоречие между позициями универсализма прав человека и плюрализма культурного своеобразия, а именно, право на культурную идентичность может быть рассмотрено как значимое для *всех* людей индивидуальное право.

В споре с представителями различных форм партикуляризма Ю. Хабермас подчеркивает, что права человека во взаимосвязи с народным суверенитетом не являются выражением лишь западных стандартов легитимации. Своим возникновением эти стандарты обязаны не столько особому культурному фону западной цивилизации, сколько попытке дать ответ на специфические требования той общественной ситуации, которая получила наименование ситуации модерна. Эти требования получили глобальное распространение, и они встают перед другими культурами точно также, как в свое время встали перед Европой, когда были «изобретены» права человека и демократическое конституционное государство [5, с. 56].

Для каждой культурной традиции признается право отстаивать любые интересы и стремления к хорошей жизни, в том числе и интересы, которые относятся к вопросам духовной идентичности и своеобразия, но в той мере, пока уважается и соблюдается главная норма такого дискурса. Именно поэтому универсализм справедливости, который проявляется через идею прав человека, накладывает определенные ограничения на все случаи реализации частных или особых интересов людей и сообществ. Никакое соблюдение культурной традиции не может вести к нарушению прав человека.

Такое ограничение частных интересов для данной культуры не может быть установлено заранее (априори), а согласие между формальным универсализмом и локально значимой этикой (этноэтикой) должно стать предметом открытой дискуссии, задачей дискурсивного достижения консенсуса [4, с. 89]. Именно этим с позиций дискурсивной этики обосновывается положение о том, что безусловный приоритет общепризнанных норм прав человека должен быть подтвержден в конституции и во всем законодательстве. Никто не может навязать

в качестве универсальных нормы и ценности, если они не признаны самим сообществом при условии сохранения собственной идентичности и сосуществования с другими культурными сообществами.

Права человека как социальный институт важны и оправданы для каждого человека как условия его самореализации и сохранения идентичности, что возможно, когда все участники правового дискурса равны и уважают права других. Универсалистские принципы справедливости важны и оправданы также для сообщества в целом (права народа), как условие сохранения его культурной идентичности и ненасильственного самоутверждения, что является возможным тогда, когда признается равенство культурных традиций и уважаются права других.

Предложенный обзор смысла и значения прав человека в современном мире демонстрирует наличие в их основе двух важнейших взаимодополняющих компонентов: экспликативно-дискурсивных, раскрывающих имманентно присущие участникам правового общения качества равных в своей свободе существ, с одной стороны, и экзистенциально-антропологических, связанных с выбором определенной модели поведения в рамках личностной самореализации, — с другого. Именно на эти моменты обращает внимание немецкий философ права Роберт Алекси в своей концепции обоснования прав человека, представленной в докладе «Существование прав человека», с которым он выступил на пленарном заседании XXV Всемирного Конгресса по философии права и социальной философии, проходившем 16 августа 2011 года во Франкфурте-на-Майне.

В своем докладе, подчеркивая важное теоретическое и практическое значение вопроса о существовании прав человека, Алекси предлагает собственный взгляд на него, отвергая позицию скептицизма. Анализируя базовые свойства феномена прав человека (моральный характер, универсальность, фундаментальность, абстрактность и приоритетность относительно всех других норм), он приходит к выводу, что существование прав человека как моральных прав заключается в их обоснованности. Автор рассматривает восемь основных подходов к обоснованию прав человека: религиозный, биологический, интуитивистский, консенсусный, инструментальный, социокультурный, экспликативный, экзистенциальный, детально останавливаясь на последних двух. В итоге он предлагает экспликативно-экзистенциальное обоснование прав человека, в котором совмещает объективные (необходимые дискурсивные способности человека) и субъективные (решения, в которых эти способности реализуются) элементы. Такое

обоснование подтверждает действительность (валидность) прав человека как моральных прав. А это, в свою очередь, позволяет говорить о том, что права человека существуют [6].

В виду ее особой важности остановимся более подробно на основных моментах концепции обоснования существования прав человека Роберта Алекси.

В первую очередь он подчеркивает важное теоретическое и практическое значение вопроса о существовании прав человека. В правовой философии ответ на вопрос о понятии и природе права, существенно зависит от того, существуют ли права человека. Отрицание существования прав человека означало бы отрицание абсолютных, универсальных или необходимых критериев справедливости, что означало бы полное торжество юридического позитивизма, ибо любое нарушение прав человека – несправедливость, даже если не каждая несправедливость нарушает права человека [6, с. 121]. Для теории конституционных прав признание существования прав человека означает понимание этих прав как результата позитивации прав человека, т.е. присутствия идеального характера прав человека в интерпретации конституционных прав, а не сведение последних лишь к тому, что зафиксировано в конституциях. Наконец, применительно к политике существование прав человека считалось бы сильным аргументом против крайних проявлений культурного релятивизма и за признание общих основ права, необходимых для глобального правопорядка и совместимых с культурным разнообразием [6, с. 122].

Согласно Алекси права человека как один из видов прав вообще имеют пять признаков: а) *универсальность*, которая означает, что носителем прав человека является любой человек как таковой; б) *фундаментальный* характер их предмета, поскольку права человека защищают лишь основные способности, интересы и потребности; в) их *абстрактность*, так как по вопросу о том, что значит то или иное право в каждом отдельном случае (например, право на здоровье), может возникнуть длительная полемика; г) их *моральность* (моральный характер), т.е. право имеет моральную действительность, если оно может быть обосновано относительно всех и каждого, кто выражает желание принять участие в рациональном дискурсе, и эта действительность универсальная. Ведь именно в обоснованности заключается существование прав человека. (123). При этом моральная действительность прав человека дополняется позитивной действительностью, которая заключается в наличии надлежащей законодательной базы и социальной эффективно-

сти; д) *приоритетность* прав человека, поскольку они не могут быть отменены нормами позитивного права, а напротив, являются стандартом оценки позитивного права. Для решения проблемы существования прав человека особое значение имеет моральность прав человека: права существуют только тогда, когда они действительны, права человека как права моральные действительны, если они обоснованы. «Таким образом, вопрос о существовании прав человека оказывается вопросом их обоснованности» [6, с. 124].

Как показывает Р. Алекси, методологической, и даже логической, основой любого способа рассуждения о правах человека, направленного на их обоснование, является движение мысли от наличия у лица определенных свойств к утверждению об обладании им правами человека: «Все лица, обладающие свойством  $\Phi$ , имеют права человека» [6, с. 125]. Эта формула расширяется через ряд промежуточных шагов: автономия – личность – человеческое достоинство – права человека, связанных между собою как основание и обоснованное. Решающим здесь является шаг от некоторого свойства (быть человеческим существом, быть способным страдать, обладать автономией) к нормативному выводу, т.е. переход от «сущего» (определенных свойств) к «должному» (обладанию правами). Такой переход не может быть действительным без обоснования. Даже в отношении понятия автономии, которое играет важную роль в обосновании прав человека, возникает вопрос: почему один лишь факт того, что определенные люди способны судить, что является моральным или аморальным и поступать согласно этому, служит основанием предоставления им прав человека? То есть здесь требуется не просто постулирование, а обоснование [6, с. 125].

Профессор Алекси демонстрирует несостоятельность некоторых довольно распространенных подходов к обоснованию прав человека: а) *религиозного*, апеллирующего к человеческому достоинству как божественному подобию, за его применимость лишь среди верующих; б) *биологического*, утверждающего полезность альтруистического поведения для развития генофонда, за возможность распространения такой морали только на своих, что противоречит универсальности прав человека; в) *интуитивистского*, опирающегося на очевидность существования прав человека, за то, что могут то, что кто-то может не видеть очевидного; г) *консенсусного*, считающего основанием действительности прав человека всеобщее согласие, за то, что консенсус, достигнутый вне дискурса, является согласованием убеждений, т.е. формой коллективного интуитивизма; д) *инструментального*, утвержда-

дающего, что признание прав человека – это необходимое условие для максимизации индивидуальной и коллективной пользы, за то, что в элементарных формах он может не срабатывать, когда из нарушения прав человека можно извлечь выгоду, а в сложных формах, осуществляемых на базе теории рационального выбора, оказываются неприменимыми при наличии непредвидимых последствий, таких, например, как «соглашение о рабстве; наконец, е) *социокультурного* подхода, опирающегося на тезис о гражданском признании существования прав человека как достижении в истории культуры человечества, за его недостаточность, поскольку факта, что «опыт веков» установил права человека в одной или более культурах, недостаточно, чтобы обосновать их универсальную действительность.

В чем же заключается суть отстаиваемого Р. Алекси экспликативного подхода? Обоснование прав человека является *экспликативным*, если оно делает очевидным (эксплицитным) то, что является с необходимостью скрытым (имплицитным) в человеческой практике. Это обоснование берет свое начало в трансцендентальной философии И. Канта, с позиций которой практика представляет собой определенные утверждения, постановку вопросов и обмен аргументами, в силу чего обоснование приобретает дискурсивно-теоретический характер. Таким образом, в версии Р. Алекси экспликативный подход приобретает форму дискурсивного обоснования прав человека.

Дискурсивная практика как практика «высказывания или вопрошания относительно оснований» [7, р. 11], предусматривает правила дискурса, которые выражают идеи свободы и равенства. Для обнаружения такого имплицитного нормативного содержания Р. Алекси обращается к своему излюбленному методу демонстрации абсурдности высказываний, которые явно его отрицают. Так, абсурдность первого высказывания: «Если мои доводы неубедительны для вас, вы уволены» связана с нарушением имплицитного правила дискурсивной свободы, а второго: «Для меня основание *R*, к которому я апеллирую в поддержку моего утверждения, не является достаточным; однако из-за вашей неосведомленности вы должны воспринимать его как достаточное основание для этого утверждения» – дискурсивного равенства. Имена эта очевидная абсурдность является подтверждением необходимости идей свободы и равенства как базисом прав человека. Таким образом, оказывается запущенной упомыная выше логическая цепочка: «Признать другого человека свободным и равным значит признать его автономным. А признать его автономным значит признать его личностью. Признание его

личностью означает надделение его достоинством. А признание чьего-то достоинства означает признание за ним прав человека» [6, с. 127]. На первый взгляд может показаться, что автор, сторонник дискурсивного подхода к праву вообще и правам человека в особенности, свою цель достигает и предлагает уже законченное дискурсивное обоснование прав человека.

Однако здесь его философско-правовое мышление проявляется неожиданной для (скорее неискушенного) читателя гранью. Р. Алекси признает недостаточность экспликативного аргумента и дополняет его экзистенциальным, с его точки зрения, более весомым аргументом, который должен компенсировать недостатки экспликативного подхода.

Эти недостатки связаны с тем, что возможны случаи ограничения правил дискурса, а следовательно, и сферы распространения прав человека. Первая проблема связана с возможностью полностью избежать необходимости в правилах дискурса, избежав участия в практике утверждения, постановки вопросов и аргументации [6, с. 128]. Однако за такой полный выход из дискурса следует заплатить слишком высокую экзистенциальную цену – отказ от участия в самых распространенных формах жизни людей как «дискурсивных созданий» [7, р. 26]. Более серьезной является проблема, возникающая в результате не полного, а частичного выхода за пределы дискурса. «Вполне возможно вести обсуждение в собственном сообществе и одновременно опуститься до пропаганды, применения силы или террора, направленных против других. Цена за это значительно ниже, чем за полный отказ от дискурса» [6, с. 128]. Подобные дефекты экспликативного аргумента исправляются благодаря экзистенциальному аргументу.

Другой недостаток связан с тем, что права человека – это, в сущности, правила, которые касаются не только дискурса, но и реальной общественной жизни. Необходимость признания другого равным и свободным в дискурсе не предполагает необходимости признания его свободным и равным в общественной жизни. Вступление, например, в дискуссию с рабами, не будет означать необходимости их реального освобождения.

Эти две проблемы – и проблема различия идеального и реального измерения прав человека, и проблема выхода за пределы дискурса, в определенной мере вытекают из различия между способностями и интересами. Экспликативный аргумент может лишь определить дискурсивные способности. Однако наличие дискурсивных способностей не означает заинтересованности в их реализации. Заинтересованность

в реализации дискурсивных способностей исключительно в пределах дискурса Р. Алекси называет «слабой заинтересованностью в правильности». Напротив, заинтересованность в использовании дискурсивных способностей не только в сфере аргументов, но и в сфере действий он называет «сильной заинтересованностью в правильности» [6, с. 128]. Такая установка на правильность является предпосылкой серьезного отношения к дискурсивным способностям в реальной жизни, т.е. заинтересованность в разрешении общественных конфликтов путем дискурсивно выработанных и дискурсивно контролируемых правил. Р. Алекси дает такую формулу дискурсивно-экзистенциального обоснования прав человека: «Тот, кто хочет разрешать социальные конфликты с помощью дискурсивно выработанных и дискурсивно контролируемых правил, признает в качестве свободных и равных других индивидов, а это означает серьезное отношение к их правам. В таком случае заинтересованность в правильности дает возможность подойти к объекту нашего обоснования – другими словами, подойти к правам человека» [6, с. 128-129].

Однако насколько уместно вводить субъективное измерение «заинтересованности» в структуру обоснования? Однако заинтересованность в правильности связана с принятием решения фундаментального характера (хотели ли бы мы видеть себя дискурсивными, рациональными созданиями) благодаря которому человек «выбирает себя», т.е. экзистенциального решения. Оно имеет характер подтверждения того, что было выявлено путем экспликации как способность, неразрывно связанная с человеком, или, другими словами, необходимая возможность. Как подтверждение необходимой возможности, экзистенциальный аргумент неразрывно связан с экспликативным аргументом. Такое обоснование можно назвать «экпликативно-экзистенциальным» [6, с. 129].

Экпликативный аргумент раскрывает дискурсивный характер природы человека. Дискурсивная природа может быть охарактеризована как идеальное измерение индивида, «его идеальное Я, которое он не может приобрести нигде, кроме как в самом себе».[8, с. 259]. Поэтому экзистенциальный аргумент не только дает одобрение некоторой необходимой возможности, но и касается подтверждения возможности или способности, которая определяется как идеальное измерение, как высокое измерение нашего Я, наше «высшее призвание».

Таким образом, это подтверждение идеального измерения, которое индивид находит в самом себе, объединяет объективные и субъективные элементы. «Объективное измерение состоит из двух элементов:

необходимых дискурсивных способностей и их идеального характера. Субъективное измерение заключается в экзистенциальном решении, которое трансформирует идеальные возможности в реальность. Это значит, что права человека можно обосновать лишь в соединении субъективного и объективного элементов» [6, с. 129].

Последним доводом, отмечающим сомнения скептиков в допустимости такого комплексного, или даже дуального, однако не чисто объективного обоснования является то, что такое экспликативно-экзистенциальное обоснование дает убедительные аргументы в пользу прав человека как моральных прав, а, следовательно, их онтологического статуса существования.

Введение экзистенциального элемента в обоснование прав человека имеет особое значение для обоснования не только идеального, но и реального бытия прав человека в отечественной культуре. От простой констатации превалярования в ней экзистенциальных ценностей следует переходить к экзистенциальному выбору своей идентичности (выбора себя как рациональных, дискурсивных созданий). Безусловно, он предполагает недопущения отказа от дискурса (полного или частичного, как отказа строить взаимоотношения в рамках гражданского общества). В противном случае – это будет отказом от собственного я, собственной идентичности как определенного народа в целом, так и каждого его представителя. Воздержание от дискурса («моя хата с краю») означает отказ от возможности творческой реализации себя как «существа дискурсивного». Воздержание от перенесения дискурсивного измерения в реальность общественной жизни (позиция лишь «поговорить») означает отказ от признания прав других и отстаивания собственных прав. Это позиция вечно упущенных возможностей. Концепция Роберта Алекси еще раз напоминает известную истину о том, что права человека существуют не столько в конституции, законах и решениях суда (даже и Европейского Суда по правам человека), сколько в дискурсивной практике аргументированного диалога и в экзистенциальных решениях этот диалог поддерживать и осуществлять в общественной жизни.



### Список использованных источников:

1. Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / О. Хеффе. – М.: Гнозис, 1994. – 328 с.
2. Соловьев Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права / Э.Ю. Соловьев. – М.: Наука, 1992. – 212 с.
3. Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Собр. соч.: В 6 т. [пер с нем]. – М.: Мысль, 1965. – Т. 4. Ч. 2. – 478 с.
4. Апель К.-О. Этноэтика и универалистская макроэтика: противоречивость или дополнительность? // Политическая мысль. – 1994. – № 4. – С. 85-92.
5. Габермас Ю. До легітимації через права людини / Ю. Габермас [пер. з нім.]. – К.: Український філософський фонд, 1999. – 62 с.
6. Алексі Р. Існування прав людини / Р. Алексі // Право України. – 2011. – № 8. – С. 121-130.
7. Brandom R. Articulating Reasons / R. Brandom. – Cambridge, Mass., 2000.
8. Kierkegaard S. Either/ Or. Part II / trans. by H.V. Hong, E.H. Hong. – Princeton, 1987.

## ДИСКУРСИВНО-ЕКЗИСТЕНЦІЙНА ПРИРОДА ПРАВ ЛЮДИНИ

**С. Максимов**

*Національний університет*

*«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»,  
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: s\_maximov@ukr.net*

На основі аналізу природи прав людини, їх статусу у внутрішньо- і міжкультурному дискурсі й характеру їх обґрунтування розкривається дискурсивно-екзистенційна природа прав людини. Особливу увагу приділено концепції прав людини Р. Алексі, який, аналізуючи базові властивості феномена прав людини (універсальність, фундаментальність, абстрактність і моральний характер, а також пріоритетність по відношенню до всіх інших норм), доходить висновку, що існування прав людини як моральних прав полягає в їх обґрунтованості і ні в чому іншому. Він пропонує експлікативно-екзистенційне обґрунтування прав людини, в якому поєднує об'єктивні (необхідні дискурсивні

здібності людини) і суб'єктивні (рішення, в яких ці здібності реалізуються) елементи. Таке обґрунтування підтверджує дійсність прав людини як моральних прав, а це, в свою чергу, дозволяє говорити про те, що права людини існують.

*Ключові слова:* природа і поняття прав людини, універсальне і культурно-специфічне в них, існування прав людини, підходи до обґрунтування, експлікативно-екзистенційне обґрунтування прав людини.

## DISCURSIVE AND EXISTENTIAL NATURE OF HUMAN RIGHTS

**S. Maksymov**

*National University "Yaroslav Mudryi Law Academy of Ukraine",  
Kharkiv, Pushkinska Str., 77, e-mail: s\_maximov@ukr.net*

On the basis of analysis of the nature of human rights, its status in the inner- and intercultural discourse and character of its justification, the discursive and existential nature of human rights is explored. Special attention is paid to the concept of human rights by Robert Alexy, who analyzes basic properties of human rights phenomenon (morality, universality, fundamentality, abstractness and priority over all other norms) and resumes that the existence of human rights qua moral rights depends on their justifiability, and on that alone. He proposes explicative-existential justification for human rights, which combines objective (necessary discursive capabilities of human beings) with subjective (decisions as embodiment of these capabilities) elements. This justification establishes validity of human rights qua moral rights, and by-turn gives a ground to allege that human rights exist.

*Keywords:* nature and concept of human rights, universal and cultural in human rights, existence of human rights, theories of justifiability, explicative-existential justification of human rights.

## ТЕЛЕОЛОГІЧНА ДЕТЕРМІНАЦІЯ ПРАВА

**Б. Малишев**

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка,  
м. Київ, вул. Володимирська, 60, e-mail: borys.malyshev@gmail.com*

Пізнати право означає пояснити право. Відповідно до цього, правопізнання – це процес і результат пояснення правових явищ. В свою чергу пояснення певного явища – це передусім розкриття його причин, з'ясування характеру дії цих причин. Вплив причин на функціонування певного явища має назву детермінація.

Ще з давніх часів у філософії утвердилася думка, що існує лише два види детермінації певного явища: каузальний (причинно-наслідковий) та телеологічний (цільовий). Перший є детермінацією минулим, другий – майбутнім. Але слід виділяти ще і третій варіант, що характеризується тим, що причини і наслідки існують одночасно (синхронно). Цей варіант є детермінацією теперішнім.

Як відомо, каузальне пояснення причини певного явища спрямоване у минуле та полягає у відповіді на питання «внаслідок чого існує певне явище». Телеологічне пояснення причини певного явища спрямоване у майбутнє та полягає у відповіді на питання «для чого існує явище».

Предметом цього нарису є з'ясування деяких загальних аспектів телеологічної детермінації права, але при цьому ми у жодному разі не схильні применшувати значення для права каузальних та синхронних причин.

З точки зору своєї телеологічної детермінації, право існує під впливом системи цілей, що обумовлюють його функціонування.

Базуючись на аналізі філософської літератури, можна виділити дві групи телеологічної проблематики в рамках суспільних наук: 1) проблеми мети у свідомій діяльності людини (умовно позначимо цей напрямок як «суб'єктивна телеологія»); 2) проблеми мети поза психіки та свідомої діяльності людини (умовно позначимо цей напрямок як «об'єктивна телеологія»). Сучасну методологічну базу суб'єктивної телеології становить діяльнісний підхід, а об'єктивної телеології – системний підхід.

У правопізнанні вказаний дуалізм проявляється в тому числі у позиції щодо відповіді на питання: чи всі цілі права задаються людиною; а також на питання: чи існують власні цілі права як окремої від суспільства системи.

Б. Кістяківський, свого часу присвятивши проблемі цільової детермінації права невеликий за обсягом, але надзвичайно змістовний сюжет [1, с.385-399], цілком вірно вказував на те, що праву притаманні як цілі, що задаються людиною (державою, суспільством), так і цілі, що визначаються правом самостійно. Перші є зовнішніми цілями (тобто цілями, по відношенню до яких право виступає засобом; такими цілями виступають різноманітні матеріальні і духовні блага), а другі – внутрішніми (тобто цілями, які знаходяться в рамках правової системи). Для термінологічного розмежування перші називаються цілями права, а другі – цілями в праві.

Б. Кістяківський представив внутрішню систему цілей у вигляді умовної піраміди, де вищі цілі обумовлюють зміст нижчих цілей, проте нижчі цілі певним чином впливають на зміст вищих. На верхівці цієї піраміди знаходиться група етичних цілей: справедливість та зовнішня свобода. Далі, по мірі зменшення ступеня значення, ідуть раціональні цілі: системність, розумність (вчений не розкриває зміст розумності як цілі, ми вважаємо, що в даному випадку можна вести мову про такі категорії як «здоровий глузд» і «суспільна доцільність»). Після цього іде остання, найнижча в ієрархії група цілей (емпіричні цілі), яка називається «цілі організації сумісного життя людей» (встановлення порядку, в тому числі державно-організованого).

Етичні та раціональні цілі, які Б. Кістяківським разом позначаються як «трансцендентальні». Для Б. Кістяківського важливість трансцендентальних цілей пояснюється тим, що право є продуктом людського духу. Відтак, телеологічний підхід до права пояснює розумність та етичну цінність права. Та мета, яка найбільше розкриває у праві людський дух (тобто узагальнене уявлення суспільства про онтологічну сутність права), буде мати і найвище місце в ієрархії цілей права.

Отже, на думку вченого найважливішими категоріями у телеологічному розумінні права є свобода і справедливість як найвищі цінності. Зі свого зауважимо, що до складу цього рівня цінностей слід додати рівність і гуманізм. Провідну роль серед них відіграє справедливість, зважаючи на свій глобальний характер. Проте вказані цінності відіграють роль найвищої мети-цінності і по відношенню до іншого соціального регулятора – моралі. Більше того, вказані цінності мають передусім етичну сутність. Відтак, вони мають бути певним чином юридично трансформовані, адже в інакшому випадку прийдеться визнати, що право як регулятор змістовно нічим не відрізняється від моралі. Процес перетворення основних моральних цінностей у право-

ві цінності можна умовно назвати «юридизацією». Б. Кістяківський, на жаль, не надає відповіді на питання, яким же чином проявляється вплив свободи і справедливості у праві. На наш погляд, відповіддю на це питання є явище природних прав людини, які виступають юридичною конкретизацією вимог рівності, гуманізму, справедливості і свободи і одночасно змістовним ядром права як соціального регулятора, відмінного від моралі. Крім того вони є основною внутрішньою, суто «юридичною» метою в праві.

У зв'язку з цим важливого значення набуває питання про конкретний перелік природних прав людини. Перш за все слід вказати, що категорія «природні права» є вужчою ніж категорії «конституційні права» та «основоположні права». Для виокремлення природних прав необхідний певний чіткий критерій. Російські дослідники Л. Рассказов та І. Упоров вважають, що він носить комплексний характер і включає в себе чотири складові: 1) виникнення з моменту народження; 2) невід'ємність (невідчужуваність); 3) вираження найбільш істотних можливостей розвитку людини; 4) безпосередній та об'єктивний характер (тобто для їх реалізації не потрібний жоден правозастосовний акт та їх реалізація здійснюється незалежно від волі людини). На підставі цього автори виділяють наступні природні права: право на життя, право на свободу, право на повагу гідності, право на особисту недоторканність. І цілком вірно додають, що всі інші суб'єктивні права (навіть якщо вони закріплені на конституційному рівні) лише конкретизують зміст природних прав [2, с.15,17].

Вважаємо, що наведений критерій слід взяти до уваги. Разом з тим наведений перелік природних прав є недостатнім, оскільки зазначеним характеристикам повною мірою також відповідає і право на рівність. У такому доповненому вигляді цей перелік буде відповідати також і структурі Загальної декларації прав людини 1948р. Ми підтримуємо думку В. Буткевича про те, що з структури Загальної декларації прав людини випливає, що в якості невід'ємних нею розглядаються право на життя, на свободу і особисту недоторканність (ст. 3), право не утримуватися у рабстві або у підневільному стані (ст. 4), право не зазнавати катувань або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання (ст. 5); право людини на визнання її правособ'єктності (ст. 6); право на рівність перед законом і на рівний захист перед законом без будь-якої дискримінації (ст. 7) [3, с.64].

Отже, «юридизація» свободи міститься у статтях 3,4 Декларації, рівності – у статтях 6,7 Декларації, гуманізму – у статтях 3,4,5 Декларації.

В свою чергу «юридизація» справедливості має два аспекти. По-перше, справедливість виконує інтегративну функцію для всіх інших основоположних цінностей і тому її зміст відображений одночасно в усіх природних правах. Особливо яскраво це видно на прикладі співпадіння ідеї формальної справедливості з рівністю.

По-друге, справедливість відображується у мірі і порядку обмеження природних прав людини. Серед вищезазначених ознак природних прав відсутня така ознака, як «необмеженість», тому що вона притаманна лише праву на життя. Решта природних прав потенційно можуть бути у тій чи іншій мірі обмеженими. В інакшому випадку правове регулювання було б паралізованим: у конфлікті між двома носіями природних прав не можна було б визначити пріоритет.

Виходячи з цього, принцип справедливості у Загальній декларації прав людини реалізується через положення ч. 2 статті 29: «При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві».

Аналогічне положення закріплено і у статті 23 Конституції України: «Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості».

Основоположна для права роль природних прав людини закономірно позначається і на їх регулятивному потенціалі: природні права кожної людини завжди мають однозначний пріоритет над правами держави, колективу, суспільства.

Забезпечення природних прав людини, будучи основною внутрішньою метою права, впливає на всі інші цілі, як внутрішні, так і зовнішні. Зупинимося детальніше на цій тезі. Природні права людини: 1) істотно конкретизують зміст основних цінностей права (справедливість, рівність, гуманізм, свобода), роблять їх придатними для правового регулювання суспільних відносин; 2) спрямовують правотворчу і правозастосовчу діяльність держави; 3) їх дотримання є критерієм, що відрізняє правосуддя від судочинства; 4) виступають ключовим елементом системності права, його системоутворюючою силою, знаходячи відображення в основоположних принципах права; 5) беруться до уваги при визначенні впливу на право з боку таких конструкцій як

суспільна доцільність та здоровий глузд; б) розкривають призначення верховенства права, яке являє собою конструкцію, що забезпечує пріоритет природних прав кожної людини над правами держави, колективу, суспільства.

Забезпечення природних прав людини досягається за допомогою, зокрема, таких засобів: регулятивної самоорганізації системи права, правосуддя, верховенства права, принципів права.

У свою чергу внутрішні цілі права і зовнішні цілі права співвідносяться як засіб і мета. Тобто чим досконалішим є засіб, тим ближче результат функціонування правової системи до мети як ідеалу. Результатом функціонування правової системи є правопорядок, який може бути співмірним з метою права, а може і істотно не досягати її.

Разом з тим з часу зародження права головною зовнішньою метою права завжди визнавалася справедливість. Отже, забезпечення природних прав людини є засобом для досягнення головної зовнішньої мети права як системи – справедливості. Мораль і право мають спільні цілі регулювання, але пропонують різні засоби для їх досягнення.

Однак конкретне розуміння справедливості істотно відрізнялося у різні історичні періоди та у різних народів. Зважаючи на свій відносний характер, категорія «справедливість» може бути наповнена конкретно-історичною суспільною правосвідомістю певного народу вельми різним за своїми характеристиками змістом: від пріоритету природних прав людини до крайньої антигуманності тоталітарного режиму.

Зміст, який вкладається у справедливість як основну зовнішню мету права, безумовно впливає на внутрішні цілі права.

Іншими словами, справедливість як зовнішня мета права обумовлює і мету правової системи (забезпечення природних прав людини). Разом з тим, система внутрішніх цілей права, будучи засобом для досягнення зовнішньої мети права, також істотним чином впливає на ступінь відповідності результату бажаній меті.

Діалектика взаємовідносин між метою і засобами її досягнення являє собою постійний розвиток у контексті моделі «належну мету можна досягти лише належними засобами», а також «неналежними засобами можна досягти результату, але не мети». Особливістю телеологічної детермінації права є те, що у тут не діє правило «мета виправдовує засоби». Це відноситься і до правотворчої (правозастосовчої) діяльності держави, і до реалізації суб'єктами своїх суб'єктивних прав. Так, якщо певна мета, що передбачена правом, досягнута неправовими засобами, то це вважається правопорушен-

ням. Правом не лише встановлюється факт правомірності певної мети, але і зазначаються (безпосередньо або опосередковано) засоби, якими можна досягти цієї мети.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що функціонування права як регулятивної системи суспільства обумовлюється впливом ієрархічної сукупності взаємодіючих між собою цілей двох рівнів. До першого рівня відносяться опосередковані правом цілі суб'єктів права (цілі індивідів, цілі соціальних прошарків, цілі держави, цілі суспільства), що відповідають головним нормативним стандартам у вигляді справедливості, рівності, гуманізму, свободи. Характеристики цих стандартів залежать від розвитку самого суспільства, але у будь-якому разі без їх дотримання у людини суттєво зменшується (або взагалі зникають) можливості для набуття матеріальних і духовних благ, які необхідні для її існування. До другого рівня відносяться внутрішні цілі права (правової системи), серед яких провідну роль відіграє мета у вигляді забезпечення природних прав людини.

Цілі правової системи обумовлені цілями суб'єктів права. Оскільки саме суб'єкти права використовують право для досягнення своїх цілей, а не навпаки. Це є аксіоматичним твердженням, адже для права основоположною регулятивною конструкцією є «суб'єктивне право – юридичний обов'язок», яка має сенс лише у зв'язку з діяльністю конкретних людей.

Специфіка взаємовідносин між цілями вказаних двох рівнів полягає у тому, що цілі суб'єктів права не можуть бути досягнуті без досягнення цілей елементів правової системи, що підпорядковані ідеї забезпечення природних прав людини.

Вивчення цілей суб'єктів права лише частково входить до предмету соціології права, оскільки майже повністю знаходиться поза межами власне юридичної науки і вивчається соціологічними, психологічними та економічними науками.

В той же час вивчення цілей об'єктивно існуючої правової системи та її елементів входить до предмету загальної теорії права та філософії права.

Такий розподіл відповідає зазначеній нами на початку цього нарису класифікації телеологічної проблематики у суспільних науках на суб'єктивну телеологію та об'єктивну телеологію.

### Список використаних джерел:

1. Кистяковский Б.А. Философия и социология права/ Б.А. Кистяковский.-Спб: РГХИ,1999. – 800 с.
2. Рассказов Л.П. Естественные права человека. Учебное пособие / Л.П. Рассказов, И.Л. Упоров.- Спб.: Лексикон, 2001. – 96 с.
3. Буткевич В. Європейська Конвенція з прав людини і основних свобод: генеза намірів і права / В. Буткевич // Право України. – 2010. – № 10. – С. 60-88.

### ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКАЯ ДЕТЕРМИНАЦИЯ ПРАВА

**Б. Малышев**

*Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко,  
г. Киев, ул. Владимирская, 60, e-mail: borys.malyshev@gmail.com*

Функционирование права как регулятивной системы общества обуславливается воздействием иерархической совокупности связанных между собой целей двух уровней. К первому уровню относятся опосредованные правом цели субъектов права (цели индивидов, социальных групп, государства, общества), которые соответствуют главным нормативным стандартам в виде справедливости, равенства, гуманизма, свободы. Характеристики указанных стандартов зависят от развития самого общества, но в любом случае без их обеспечения правом у человека существенно уменьшаются (или вообще исчезают) возможности для приобретения материальных и духовных благ, необходимых для существования. Ко второму уровню относятся внутренние цели права (правовой системы), среди которых ведущую роль играет цель в виде обеспечения естественных прав человека.

*Ключевые слова:* телеология, цель права, цель в праве, естественные права.

### TELEOLOGICAL DETERMINATION OF LAW

**B. Malyshev**

*Taras Shevchenko National University of Kyiv,  
Kyiv, Volodymyrska Str., 60, e-mail: borys.malyshev@gmail.com*

Operation of law as a regulatory system in society is caused by the influence of a hierarchical set of interconnected purposes of the two levels. The first level includes the purposes of individuals, social groups, government, society, which correspond to the main regulatory standards in the form of equity, equality, humanity and freedom. The characteristics of these standards depends on the development of society itself, but in any event without their support the right of a person substantially reduced opportunities for the acquisition of material and spiritual values necessary for life. The second level includes internal purposes of law (legal system), among which plays a key role as a purpose to ensure the natural human rights.

*Keywords:* teleology, purpose of law, natural human rights

## ІСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧНІ ПІДВАЛИНИ РОЗУМІННЯ ПРИНЦИПУ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ

**Ю. Матвєєва**

*Національний університет «Києво-Могилянська академія»,  
м. Київ, вул. Набережно-Хрещатицька, 27, к.4,  
e-mail: julybirch@ukr.net*

Верховенство права як багатоаспектна та надзвичайно популярна у сучасному правознавстві та правовій практиці доктрина ставить, у той же час, і багато запитань для правозастосувача та пересічного громадянина. Не легко зрозуміти, що англомовні люди мають на увазі під висловлюванням *rule of law*. За останні сімдесят чи навіть п'ятдесят років значення цих слів змінилось і це висловлювання стало сприйматись як у Англії, так і в Америці як дещо застаріле. Тим не менше нещодавно воно відповідало ідеї, яка... «у всіх західних країнах якщо і не втілилась у життя, то повністю завоювала розум», так що «мало хто сумнівається у тому, що ця ідея призначена для того, щоб правити світом» [1, 75].

Отже, доктрина верховенства права має велику кількість характерних ознак чи принципів, які сформульовані як на теоретичному науковому рівні, так і у рішеннях різних міжнародних та деякою мірою (на жаль, поки що не так часто, як цього хотілося б) вітчизняних юрисдикційних органів. Одним з важливих аспектів розуміння та практичного наповнення змісту верховенства права є принцип правової визначеності (*legal certainty*).

Можна сказати, що першими кроками на шляху до формування принципу правової визначеності була поява писаних джерел права. Це надавало правовим нормам високого ступеню формальної визначеності.

Як відомо, звичай є найдавнішим джерелом права, який являв собою правила поведінки, що передавались з покоління в покоління. З часом усна форма звичаю спричиняла труднощі при доведенні у суді факту його існування, тому згодом деяким звичаям надавалася письмова форма. Запис звичаїв у певних випадках відбувався без санкції держави («варварські правди»), в інших – за вказівкою королівської влади (наприклад, у Франції в XVI ст. за часів Карла VII). [2, 268]. Такі писані правові пам'ятки як Закони XII таблиць, Дигести Юстиніана, Салічна правда або «Салічний Закон» (*Lex Salica*), Руська правда та інші збірники часів феодального права фактично були записами звичаїв, які склалися в того

чи іншого народу. Надання нормам звичаєвого права письмової форми і закріплення їх у збірниках законодавчих актів, а отже визнання їх державою, було важливим кроком на шляху до встановлення стабільності у стародавніх державах та країнах середньовіччя.

Закони XII таблиць (лат. *Leges duodecim tabularum*) були першою римською кодифікацією права (середина V століття до н. е.) і протягом багатьох століть вони вважалися в Римі основним джерелом публічного та приватного права. Свою назву Закони отримали у зв'язку з тим, що були написані на 12 дерев'яних дошках, які були виставлені на міській площі. Відтак ніхто не міг посилатися на незнання закону. До того ж, від кожного юнака, який вступав в ряди громадян, вимагалось знання цих законів напам'ять. Вважалося, що без їх знання виконувати обов'язки громадянина неможливо [3].

Таким чином, старий, пов'язаний з родовим ладом звичай був замінений писаним правом, у якому було закріплено непорушність приватної власності, рабство та правову нерівність. У Законах XII таблиць було зафіксовано правову відмінність патриціїв та плебеїв, патронів і клієнтів, вільних та рабів.

Зазначимо, що більше за всіх у створенні писаних законів мали потребу плебеї, оскільки застосування права знаходилося виключно в руках патриціанських магистратів. Це зумовлювало неясність права, що відкривало простір для зловживань з боку патриціїв [4, 118]. Кодифікація норм звичаю слугувала своєрідним захистом від свавілля патриціанських суддів і була для них етапом в боротьбі за урівнення в правах з патриціями. Важливим досягненням плебеїв було обмеження позикового проценту, однак патриції домоглися внесення до тексту законів низки положень, які суттєво обмежували права плебеїв: заборона вступати у шлюб з патриціями, закріплення інституту клієнтели, який був вигідним насамперед патриціанським родам [5].

Отже, з появою писаного закону громадяни отримали змогу передбачати можливі наслідки своєї поведінки та вимагати реалізації своїх прав, які були визнані державою та відомі усім. З моменту виникнення необхідності у письмовій формалізації правових норм, виникла потреба у правовій визначеності, під якою тривалий час розуміли саме визначеність письмового закону.

Ще Аристотель у своїх працях висував вимоги до закону, а саме: це загальні правила, сформульовані за допомогою чітких та зрозумілих всім термінів, котрі необхідні громадянам для того, щоб вони могли називатися вільними [6, 11].

Вагомий внесок у розвиток правової визначеності, як її розуміли у той час, був зроблений імператором Юстиніаном. Імператор провів масштабну кодифікацію римського права. З римського правового матеріалу ним було відкинуто застарілі норми та правові інститути, натомість було доповнено новими, які відображали процес феодалізації візантійського суспільства [4, 231]. На основі Кодифікації Юстиніана була проведена рецепція римського права в країнах феодальної Європи. У XVI-XVIII ст. більшість європейських країн прийняла писані кодекси та конституції, які вібрали в себе ідею правової визначеності як точності письмових формулювань, що мало би бути запорукою від свавілля влади [6, 11].

Видатний діяч епохи Відродження Чезаре Беккарія в своєму трактаті «Про злочини і кари» зазначає: «... якщо норма, що визначає правомірність або неправомірність яких-небудь дій, якою мають керуватися усі громадяни від простолюдина до філософа, не є предметом спірного тлумачення, а чітко встановлена, то в цьому випадку підданам не загрожує дріб'язковий деспотизм більшості» [7, 78]. У «темряві» норм він вбачає зло, оскільки, коли громадянин не розуміє правових приписів, то не в змозі судити про міру своєї свободи та міру свободи інших громадян, а відтак стає залежним від вузького кола осіб. Ч. Беккарія переконаний: невігластво та відсутність чіткого уявлення про покарання сприяють «неприборканості пристрастей», а тому, чим більше буде громадян, які розуміють і читають закони, тим менше буде злочинів. У зв'язку з цим він вбачає велику користь у книгодрукуванні, яке зробило громадськість «хранителем священних законів», оскільки вирвало їх з вузького кола обраних осіб та сприяло тому, що в Європі зменшилась кількість жорстоких злочинів [7, 81].

Він висловлює важливий принцип, який ліг в основу сучасного кримінального законодавства: покарання за злочини можуть бути встановлені виключно законом. Призначати їх має право лише законодавець, який представляє усе суспільство, що об'єднане суспільним договором [7, 72].

Фома Аквінський визначає закон як «направлене на суспільне благо та оприлюднене установлення розуму того, хто покликаний піклуватися про суспільство» [8, 10]. Необхідність оприлюднення закону Аквінський вважає його істотною ознакою, без якої неможлива його дія в якості загального правила та регулятора людської поведінки [9, 439]. Він виділяв вічний, природний, людський та божественний закон. На його думку, різниця в природних властивостях та якостях різних

людей (фізичних, емоційних та інтелектуальних), а також різноманітність життєвих обставин та ін. призводять до неоднакового розуміння та застосування вимог природного закону та різноманітному ставленню до них. У зв'язку з цим виникає невизначеність, яка пов'язана з неконкретизованістю велінь природного закону та суперечить їх загальнооб'язковому і по суті єдиному для всіх людей характеру і сенсу. Таким чином, виникає необхідність у людському законі, який бере під захист та конкретизує правила та принципи природного закону щодо різноманітних обставин людського життя [9, 440].

Визнаючи ідеальною формою права лише закон, Джеремі Бентам критикував систему прецедентного права в Англії, оскільки вбачав у ньому суттєві недоліки, пов'язані насамперед з відсутністю можливості людей прогнозувати свою поведінку, керуючись правом. За його словами, «недолік прецедентного права полягає в тому, що воно створюється без будь-якої участі народу і народу невідоме». Він називав прецедентне право «собачим правом», а суддів – «власниками собак», порівнюючи процес створення права суддями для людей з процесом створення законів поведінки для своїх собак: «Вони не скажуть людині завчасно, чого вона не має робити, вони не дозволять, щоб їй про це було сказано, вони брешуть, поки вона не зробить чогось, що за їх словами, вона не мала робити, а потім повісять її за це. Яким тоді чином кожна людина може пізнати це собаче право?» [10, 153].

Крім того, він різко піддає критиці мову правових норм, які вважає громіздкими, заплутаними, обтяженими фікціями та багатозначними словами. Англійський правознавець вбачав необхідність у зміні мови закону та наближенні його до повсякденної мови людей. За його словами зміст правових норм «має бути переданий реченнями помірної довжини, якими користується людина у повсякденній бесіді і якими пишуться закони у Франції, де є слів не більше, ніж це потрібно» [11].

На думку Гегеля, позитивне право має бути загальноновизнаним, а це можливо лише за умови, коли воно зрозуміло викладено в доступних для кожного законах. Гегель виступав проти звеличення природного права, зміст якого є часто незрозумілим, знання його випадкове і є долею небагатьох. Вчений філософ був прихильником кодифікації, яка дозволяє уникнути правових непорозумінь і завадити тому, щоб суддя виконував роль законодавця [9, 126].

На ознаку зрозумілості та передбачуваності законів звертає увагу Гоббс, визначаючи цивільний закон як «правила, які держава усно, письмово або за допомогою інших досить зрозумілих знаків своєї волі

встановила для кожного підлеглого з тим, щоб він користувався ними для розрізнення правильним та неправильним, тобто тим, що не узгоджується з правилом» [8, 464].

Френсіс Бекон у своїй праці «Велике відновлення наук» сформулював основні вимоги до закону, виділивши для цього окремих розділ «Зразок трактату про всезагальну справедливість, або про джерела права, в одній главі, у формі афоризмів». Він зазначав: «Закони – якорі держави» [12, 527] Окрему увагу філософ приділяв такій якості законів як точність, яку вважав головною. Бекон зазначав: «Закон можна вважати хорошим в тому випадку, якщо зміст його точний, якщо вимоги його справедливі, якщо його легко виконати, якщо він узгоджується з формою держави, якщо він породжує добродетель у громадян» [12, 508]. На думку Бекона, без точності закон не може бути справедливим, «адже якщо труба видасть невірний звук, хто піде в бій?» Так само, якщо невірний голос видасть закон, хто буде йому коритися? Тому, перед тим як завдати удару, закон має спочатку попередити про це» [12, 509].

Неточність законів за Беконом буває двох видів: коли взагалі не існує ніякого закону, і коли закон є двозначним та неясним.

Він вважає, що справи, щодо яких мають місце прогалини в законодавстві, мають розглядатися тільки судами вищої інстанції «адже право доповнювати закон і розширювати межі його застосування або ж пом'якшувати його дію мало чим відрізняється від права видавати закони» [12, 516]. Бекон, як і Бентам, негативно ставиться до суддівської правотворчості: «Суддям варто пам'ятати, що їх справа «*ius dicere*», а не «*ius dare*» – тлумачити закони, а не створювати та видавати їх». Перетворення судді в законодавця він характеризує як свавілля, запорука від якого, на його думку, полягає саме у точності законів: «кращим є той закон, який залишає якомога менше рішенню судді» [12, 509].

Неясність викладу законів виникає або через їх багатослівність, або навпаки через надмірну стислість, або через те, що преамбула закону суперечить власне закону. Такі закони, за його словами, не дають змоги досягти ясного вираження цілей на намірів законів. Для того, щоб досягти ясності викладу тексту, філософ радить шукати такі спільні і одночасно визначені терміни, які б, не викладаючи детально всіх випадків, що стосуються закону, досить ясно виключали всі ті випадки, які його не стосуються [12, 525].

Питанням правової визначеності змісту законів також приділяється увага у фундаментальній праці Монтеस्क'є «Про дух законів», 29 глава якої присвячена способу складання законів. Так, при створенні

законів, необхідно дотримуватися відомих правил, серед яких є вимога до мови закону. Вона має бути простою та стислою, оскільки «прямі вирази завжди легші для розуміння, ніж вишукані». Зразком точності складу та легкості сприйняття Монтеस्क'є вважав Закон XII таблиць. Окрім того, закон має бути складений таким чином, щоб можна було уникнути різного тлумачення його положень. Монтеस्क'є також звертає увагу на уникнення надмірної деталізації, яка заважає розумінню норм закону: «Закони не мають вдаватися в тонкощі: вони призначені для людей посередніх і мають в собі не мистецтво логіки, а поняття простого батька сімейства» [13].

У своїй праці «Виправдання добра» С. Соловйов виділяє три безумовних відмінних риси закону (позитивного права) – публічність, конкретність та реальне застосування. Таким чином, не оприлюднені постанови не можуть бути загальнообов'язковими, тобто не можуть бути позитивним законом. Він визначає конкретність закону як втілення в ньому норм про визначені правовідносини у реальному середовищі, а не як вираження абстрактних ідеалів [8, 538].

Покровський І.А. у своїй книзі «Основні проблеми цивільного права» на початку ХХ століття надав оцінку принципу правової визначеності. Визначеність правових норм Покровський І.А. розуміє як визначеність правових вимог, до яких кожна окрема людина має пристосовувати свою поведінку. Зокрема, він зауважив, що визначеність правових норм є першою умовою впорядкованого суспільного життя, а «право на визначеність правових норм є одним з невід'ємних прав людської особистості, яке тільки собі можна уявити», без якого, за його словами, «взагалі ні про яке «право» не може бути мови» [14, 89].

Хайек у своїй роботі «Шлях до рабства» зазначав, що верховенство права – це вимога того, щоб державна влада в усіх своїх діях була зв'язана правилами, які зафіксовані й оголошені заздалегідь, – такими правилами, які роблять можливим передбачувати з усією вірогідністю й явною визначеністю те, як влада буде використовувати свої примусові засоби за певних обставин» [15, 85]. На його думку, визначеність закону є найголовнішою умовою для економічної діяльності в суспільстві, однак він не з'ясує що саме означає термін «визначеність» стосовно закону [6, 10].

На протидію прихильникам позитивістської концепції права, які під визначеністю розуміли точність та зрозумілість письмових формулювань, представники реалістичної школи права скептично ставляться до «норм на папері», а отже і до визначеності закону як такого. Будь-яка



норма, незалежно від того, виражена вона в законі чи прецеденті, неминуче завмирає та відстає від життя. Представники реалістичної школи права зазначали, що у праві немає нічого вічного. Вони вважали, що право має постійно змінюватися, а це можливо лише в тому випадку, коли правотворчою силою буде суд [16]. Паунд Роско, прихильник реалістичної теорії права, навіть висунув ідею про «правосуддя без права», тобто вільної суддівської діяльності, не пов'язану з діючим правом [10, 198].

Даний підхід до розуміння права, на наш погляд, є недосконалим, оскільки заперечує правову визначеність, а відтак стабільність, яка досягається зокрема створенням досконалого законодавства. Надання безмежної свободи суду фактично робить його законодавцем, а отже відкриває простір для його свавілля.

Отже, історичні витoki правової визначеності ми спостерігаємо ще за часів існування Римської імперії. Правову визначеність на той час розуміли як визначеність письмового закону. Надання праву письмової форми дозволило широкому колу осіб знати про свої права та обов'язки, що забезпечило громадянам певний рівень захисту від зловживань з боку влади та стало важливою передумовою для встановлення стабільності в суспільних відносинах. Із розвитком політико-правової думки змінювалося розуміння права, а відтак і розуміння закону. Правова визначеність більше не обмежувалась лише письмовою формою законів. Філософи середньовіччя та нового часу почали висували такі вимоги до законів, як точність, зрозумілість та передбачуваність. Відповідність закону цим вимогам, на думку вчених, робило його ефективним знаряддям в боротьбі проти свавілля державної влади.

З часом уявлення про правову визначеність та її значення в національних правових системах змінювались. Сьогодні правова визначеність має вигляд загальноправового принципу права та є складовою концепції верховенства права.

Преамбула Європейської конвенції про захист прав та основоположних свобод людини проголосила верховенство права як елемент спільної спадщини держав-учасниць.

Класичне обґрунтування концепції верховенства права було здійснено Альбером Веном Дайсі в роботі «Введення в дослідження права конституції» (1885) [17, 537]. Основу цього принципу, на його погляд, складають три положення. По-перше, відсутність державного свавілля, по-друге, підпорядкування кожного звичайному закону, який застосовується звичайними судами, по-третє, загальні норми конституційного права утворюють результат загального права країни [18, 157].

Сьогодні існує багато визначень верховенства права, в основі яких покладений формальний або матеріальний аспект. Якщо розглядати принцип правової визначеності як визначеність письмового закону, то прийнятною в даному випадку є формальна концепція верховенства права. Зазначена концепція пов'язує верховенство права з існуванням закону, який здатний спрямовувати дії тих, хто йому підкоряється. Для цього закон має бути загальним, передбачуваним, зрозумілим і чітким [19, 106].

Варто відзначити, що принцип юридичної визначеності прямо не закріплений в Європейській конвенції, однак на цей принцип вказує Європейський Суд з прав людини, визначаючи його одним з основних елементів верховенства права.

М.В.Савчин та Р.В.Марчук під принципом правової визначеності розуміють чітке і однозначне розуміння правових норм, відсутність суперечностей між ними, неконституційність прогалин у законодавстві. Вони також вважають, що правову визначеність можна розуміти як стабільність політичних і правових рішень, тобто стабільність та цілісний характер законодавства, здійснення адміністративної і судової практики на основі закону відповідно до принципу верховенства права, а також прозорість і демократизм при прийнятті владних рішень [20, 85].

М.І. Козюбра розглядає правову визначеність як складову верховенства права і під цим принципом розуміє насамперед «вимогу чіткості підстав, цілей і змісту нормативних приписів, особливо із тих, що адресовані безпосередньо громадянам», які повинні мати можливість передбачити правові наслідки своєї поведінки. До вимог цього принципу він також відносить вимоги, пов'язані з гарантіями від довільного втручання влади у права особистості, обмеження дискреційних повноважень [21, 6]. Так, повноваження органів виконавчої влади у відносинах із громадянами та їх об'єднаннями мають визначатися лише законами. Ними мають встановлюватися межі розсуду цих органів. Жоден акт органів виконавчої влади не може підміняти своїм регулюванням закон і визначати власні межі свободи розсуду в указаних відносинах [22, 21].

На думку В. Брюггера, принцип правової визначеності виявляється у чіткості визначення правових норм, чіткості у підпорядкуванні праву, стабільності правових норм та чіткій інституційній відповідальності органів влади [23, 322]. Отже, принцип правової визначеності, як і принцип верховенства права, є багатоаспектним явищем.

Основу принципу юридичної визначеності складає формальна визначеність змісту правових норм, яку в загальній теорії права роз-

глядають як одну з ознак правової норми. Формальна визначеність норми має два аспекти: зовнішній та пов'язаний з ним внутрішній. Тільки певний зміст правової норми може отримати зовнішню форму вираження в нормативно-правових актах [24].

Критерій визначеності змісту правової норми, як конституційна вимога до законодавця, був сформульований в постанові Конституційного Суду РФ від 25 квітня 1995 року по справі про перевірку конституційності статті 54 Житлового кодексу РРФСР. У своїй постанові суд зазначив: загально-правовий критерій визначеності, ясності, недвозначності правової норми походить з конституційного принципу рівності всіх перед законом та судом (стаття 19, частина 1, Конституції РФ), оскільки така рівність може бути забезпечена лише за умови однакового розуміння та тлумачення змісту норми всіма правозастосовувачами. Невизначеність змісту правової норми, навпаки, допускає можливість безмежного розсуду в процесі правозастосування і неминуче призводить до свавілля, а отже – до порушення принципів рівності, а також верховенства закону [25].

Про вимогу визначеності змісту правової норми наголошував Конституційний Суд України у рішенні від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками, який зауважив «із конституційних принципів рівності і справедливості впливає вимога визначеності, ясності та недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування правозастосовної практики й неминуче призводить до сваволі». У рішенні від 29 червня 2010 року N 17-рп/2010 у справі про визнання неконституційним положення закону «Про міліцію» Конституційний Суд роз'яснив зміст цього принципу, зазначивши, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки [26, 25].

Варто відзначити, що принцип правової визначеності традиційно розглядається Конституційним Судом України поруч з принципами рівності та справедливості. Конституція встановила, що громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (стаття 24 Конституції України). Рівність перед законом забезпечується насам-

перед завдяки принципу правової визначеності, основними вимогами якого згідно із наведеними рішеннями Конституційного Суду є ясність та недвозначність правових норм, а відтак їх однакове застосування. Ці вимоги забезпечують передбачуваність застосування правових норм, а, отже, і можливість осіб вільно реалізовувати конституційні права. До того ж, одну з вимог принципу правової визначеності містить стаття 57 Конституції, яка гарантує кожному знати свої права та обов'язки, без чого реалізація принципу рівності була б неможлива в принципі. Очевидно, що про передбачуваність правових норм не може йти мови, якщо закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення в порядку, встановленому законом. Відповідно до частини другої статті 57 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення в порядку, встановленому законом, тобто закони та інші нормативно-правові акти мають бути оприлюднені.

У низці рішень Європейський Суд наголосив, що поняття «передбачено законом» вимагає не тільки, щоб оскаржувані дії мали певні підстави у внутрішньому праві, але і якість конкретного закону. Воно вимагає щоб закон був доступний для зацікавлених осіб, і щоб формулювання було достатнього рівня чіткості, щоб зацікавлені особи мали змогу, отримавши за необхідності юридичну консультацію по справі, передбачити з розумною для даних обставин мірою визначеності ті наслідки, які може спричинити конкретна дія [27, 57]

Таким чином, норми права можуть бути загальним критерієм оцінки та засобом контролю поведінки суб'єктів лише в тому випадку, якщо вони являють собою чіткі, достатньо визначені та однозначні формули належної або можливої поведінки. Невизначеність та неоднозначність норм права позбавляють їх якості формул поведінки, властивості бути регулятором поведінки. Формальна визначеність змісту правових норм дозволяє забезпечити належну організованість суспільних відносин: чіткість і конкретність прав та обов'язків їх учасників. За допомогою норм права численні ситуації приводяться до єдиної юридичної формули, встановлюється однакова модель поведінки невизначеної кількості суб'єктів в кількісно невизначених ситуаціях [ 28, 19 – 20].

Отже, основу принципу правової визначеності складає формальна визначеність змісту правових норм, яка досягається шляхом логічного, послідовного та повного врегулювання суспільних відносин, і надання цим відносинам певної форми.

## Список використаних джерел:

1. Hayek F.A. The Political Ideal of the Rule of Law. Цит. за Бруно Леони. Свобода и закон. – М.: Ирисен, 2008. – 307 с.
2. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Авт. кол.: Н.В. Варламова, В.В. Лазарев, В.В. Лапаева [и др.] ; [под общ. ред. В.С. Нерсесянца]. – М. : Норма, 2004. – 832 с.
3. Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.vuzlib.net/beta3/html/1/18355/18378>. – Назва з екрану.
4. Покровский И.А. История римского права / И.А. Покровский – СПб. : Изд. дом «Летний сад», 1999. – 160 с.
5. Законы Двенадцати таблиц. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.hrono.ru/dokum/\\_000dok/12tablic.php](http://www.hrono.ru/dokum/_000dok/12tablic.php). – Назва з екрану.
6. Матвеева Ю.І. Принцип правової визначеності: у пошуках розуміння / Ю.І. Матвеева // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки: Зб. наук. пр. – К. : Києво-Могилянська академія. – 2009. – Т.90 – С. 10-12.
7. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Ч. Беккариа – М. : Фирма «Стелс» БИМПА, 1995. – 304 с.
8. Аквинский Ф. Сумма теологии: Часть II-I. Вопросы 90-114 / Ф. Аквинский – К. : Ника-Центр, 2010. – 432 с.
9. Нерсесянц В.С. Философия права : [Учебник для вузов] / В.С. Нерсесянц – М. : Норма, 2005. – 656 с.
10. Мачин И. Ф. История политических и правовых учений: конспект лекций / И.Ф. Мачин – М. : Юрайт-Издат, 2007. – 208 с.
11. Учение Бентама о праве. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lawhistory.narod.ru/ru/news/posobie.htm>. – Назва з екрану.
12. Бэкон Ф. Сочинения: в 2-х т / Ф. Бэкон– М. : Мысль, 1971. – Т.1. – 590 с.
13. Монтескье Ш. «О духе законов». [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://bookz.ru/authors/montesk\\_e-6arl\\_-lui/montes01/1-montes01.html](http://bookz.ru/authors/montesk_e-6arl_-lui/montes01/1-montes01.html). – Назва з екрану.
14. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский – М. : Статут, 2001. – 352 с.
15. Политико-правовые ценности: история и современность. [Под ред. В.С. Нерсесянца]. – М. : Эдиториал УРСС, 2000. – 256 с.
16. Реалистическая школа права. Большая советская энциклопедия. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.cultinfo.ru/fulltext/1/001/008/095/842.htm>. – Назва з екрану.
17. Головатий С.П. Верховенство права : у 3-х кн. / С.П. Головатий – К. : Фенікс, 2006. – Кн. 1: Від ідеї – до доктрини. – 617 с.
18. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : Монографія / С.П. Погребняк– Х. : Право. – 240 с.
19. Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / Б. Таманага ; [пер. з англ.] – К.: Києво-Могилянська академія, 2007. – 208 с.
20. Савчин М.В., Марчук Р.В. Основні принципи діяльності Конституційного Суду України. / М.В. Савчин, Р.В. Марчук // Часопис Київського університету права. – 2009 – №2 – С. 83-89.
21. Козюбра М. І. Принципи верховенства права і правової держави : єдність основних вимог / М.І. Козюбра // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки: Зб. наук. пр. – К.: Києво-Могилянська академія, 2007. – Т.64 – С. 3-9.
22. Козюбра М.І. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика // Українське право: Матеріали міжнародної конференції «Верховенство права: питання теорії та практики» – 2006. – № 1. – С. 15-23.
23. Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук – Вид. 2-е, випр., доп. – К.: Реферат, 2007. – 848 с.
24. Поляков А.В. Общая теория права. Курс лекций. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ex-jure.ru/law/news.php?newsid=101>. – Назва з екрану.
25. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 апреля 1995 года № 3-П. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.zaki.ru/pagesnew.php?id=11632>. – Назва з екрану.
26. Рішення Конституційного Суду України від 29 червня 2010 року N 17-рп/2010 // Офіційний вісник України – 19 липня 2010 р. – № 52. – стор. 25. – стаття 1746.
27. Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. / Микеле де Сальвиа ; [пер. с фр. А.А. Жуйковой, Г.А. Пашковской]. – СПб.: Юридический центр пресс, 2004. – 1072 с.
28. Черданцев А. Ф. Толкование права и договора / А.Ф. Черданцев – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – 381 с.

## ИСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПОНИМАНИЯ ПРИНЦИПА ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ

**Ю. Матвеева**

Национальный университет «Киево-Могилянская академия»,  
г. Киев, ул. Набережно-Крещатицкая, 27, к. 4,  
e-mail: julybirch@ukr.net

В статье осуществлен краткий исторический анализ понимания принципа правовой определенности. Основное историческое понимание сводилось к необходимости внешнего выражения норм права в письменной форме и в связи с этим к формальной определенности норм права. Цель правовой определенности – чтобы каждое лицо имело четкое представление о предписываемых законом правах и обязанностях и таким образом могло успешно реализовать свое поведение.

*Ключові слова:* правовая определенность, принцип, точная формулировка права.

## HISTORICAL AND THEORETICAL ASPECTS OF UNDERSTANDING THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINLY

**Y. Matveyeva**

Kyiv-Mohyla Academy,  
Kyiv, Naberezhno-Khreschatytska Str., 4, e-mail: julybirch@ukr.net

The article is devoted to historical analysis definition “legal certainty”. The definition based on such demands as clean and precise formulation of law legislation. It is so-called short legal certainty. The research shows that it is very narrow and devoted to grounding wide concept of legal certainty.

*Keywords:* legal certainty, principle, precise formulation of law.

## НАСИЛИЕ И МОЛОДЕЖЬ: СЕВЕРОАМЕРИКАНСКИЙ КОНТЕКСТ

**Б. Мелкевик**

Университет Лавала,  
Канада, пров. Квебек, e-mail: bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca  
(перевод с французского В.А. Токарева)

Сказать, что в Северной Америке остро стоит проблема насилия – значит не сказать ничего. Ювенальное насилие указывает на более серьезную, комплексную и всеобъемлющую проблему, разлагающую североамериканское общество. К сожалению, слишком часто заголовки газет обращают наше внимание на поступки, шокирующие своей жестокостью и бессмысленностью.

Прежде чем анализировать ювенальное насилие в Северной Америке, необходимо подчеркнуть то, что оно не является здесь повсеместным. Тем не менее, социальные, психологические и политические проблемы молодежи обуславливают его. Не следует *a priori* заявлять о жестокости, присущей североамериканским обществам (США, Канада, Квебек). Большинство населения воспитывает детей, чтобы они выросли достойными гражданами, свободными и ответственными личностями. Однако это воспитание идет через призму индивидуалистического восприятия существования, которому постоянно угрожает насилие, окружающее его, что порождает многочисленные разговоры на тему «безопасности», чья значимость представляется универсальной в Северной Америке.

Изучая феномен насилия в молодежной среде на североамериканском континенте, мы хотим, прежде всего, выявить его особенности. В этой перспективе на первый план выходят факторы, определяющие укоренение насилия в различных сферах, и тот факт, что насилие воспринимается как экзистенциальное выражение несчастного сознания (*mal de vivre*) и способ утверждения или отрицания самого себя.

**I. Постановка проблемы.** Обозначение конкретных признаков ювенального насилия в Северной Америке предварим парой замечаний: одним из области статистики, показывающим масштабы явления; другим из области культуры, касающимся господства индивидуализма и его продолжения в культе огнестрельного оружия.

*Масштабы насилия в молодежной среде.* Любая форма насилия не является криминальной сама по себе. По ту сторону рефлексии об

употреблении этого слова фактом остается то, что насилие понимается как негативная ценность, нередко криминализируемая, и поэтому рассматривается как объект, на который направлены меры пресечения, судебное преследование и тюремное заключение. Статистике известны разнообразные формы, принимаемые криминальным ювенальным насилием. В первую очередь, оно различается по территории – США, Канада и Квебек, но, главным образом, в городах и сельской периферии. Это различие усиливается за счет расовой принадлежности, исключения (exclusion) и бедности. Так, цифры, отражающие уровень подростковой преступности в США, говорят сами за себя:

- почти каждое пятое правонарушение совершается несовершеннолетними. Около 120000 правонарушений с применением насилия и 2500 убийств ежегодно совершается лицами, не достигшими 18-летия. По статистике, лицами в возрасте 18 лет совершается большинство убийств. Отмечается непропорционально большое представительство в общей массе правонарушений данного вида актов насилия, совершенных подростками негроидной расы (60 %);

- преступники начинают свою криминальную деятельность во все более раннем возрасте, примерно с 6 или 7 лет;

- поведение молодых преступников становится ожесточеннее, посредством рецидивов затягивая их в жизнь, невыносимую без насилия.

Но за цифрами, создающими негативный образ подростков, скрывается и другая реальность, где они сами стали жертвами насилия. По общему правилу, несовершеннолетний преступник оказался жертвой насилия – либо со стороны взрослых, либо со стороны ровесников. В этих случаях уязвимость подростков и специфика совершаемых преступлений (сексуального характера, торговля наркотиками) усугубляют положение жертвы, разрушая ее личность и разрывая ее социальные связи.

*Индивидуалистический климат.* Второй аспект, на котором следует остановиться, относится к культуре. В самом деле, североамериканская культура покоится на индивидуализме, распространяющемся и упрочивающемся. Преобладающая в Северной Америке культура основана на личном успехе. Североамериканский индивидуализм не допускает интеграции с «коллективизмом», поскольку понимается как единое Целое. Государство, его органы, службы, институты подчинены индивидуализму, который сводит самоутверждение к победе, пуская в ход скользкую логику победителей и побежденных. Требования или

надежды по поводу успеха в жизни, а для молодых людей особенно успеха в учебе, в дружеской компании, в отношениях с противоположным полом, приобретают в итоге первостепенное значение. Если «проигрыш» тяжело переживается взрослым, то в его активе, по крайней мере, есть достаточный эмоциональный и социальный багаж, чтобы справиться с этим. Напротив, для подростка неудача становится катастрофой и может подтолкнуть к пропасти. Индивидуалистическая американская культура в ситуациях с подростками приводит к драматизации и акцентированию внимания на их провалах в учебе и любви и выступает благодатной почвой для образования молодежных «банд», выполняющих функцию убежища в неприятном и мелочном мире «взрослой культуры» с ее двойными стандартами, применяемыми к подросткам из социальных меньшинств [о важности группы и ее идентифицирующей и замещающей функций см. подробнее: 1].

В связи с этим закономерно встает вопрос о том, что если молодежь изначально беззащитна перед индивидуализмом, отражающим образ жизни взрослых, тогда каких плодов следует ожидать в будущем?

*Символика и реальность огнестрельного оружия.* Теперь подчеркнем особую роль и символику огнестрельного оружия в США. Конечно, подростки не имеют свободного доступа к такому оружию. Во многих штатах даже действуют нормативные положения, ограничивающие его. Впрочем, за скобками запретов остается множество эффективных способов добыть оружие. Помимо прочего, вторая конституционная поправка предоставляет каждому гражданину право владеть огнестрельным оружием. Это конституционное, фундаментальное право, принадлежащее каждому гражданину США, не отменяемое иначе как конституционной поправкой. Следовательно, свободное владение огнестрельным оружием – это символ свободного человека, противоположный европейской концепции, согласно которой только сеньор был вправе носить оружие. Здесь-то и зарыта собака, т.к. в стране, где проживают 270 миллионов человек, в обороте сейчас находится 240 миллионов единиц огнестрельного оружия, т.е. почти по одному «стволу» на человека. Согласно данным статистики, на каждую семью приходится по одному огнестрельному оружию, чаще всего с боеприпасами. Поскольку, из соображений безопасности, оружие должно находиться там, где его можно быстрее взять при необходимости, постольку подростку не составит особого труда отыскать его.

Тем временем вездесущность огнестрельного оружия имеет и другое измерение. Подростки добывают его, совершая квартирные кражи,

и «трофей» становится товаром, пользующимся в молодежной среде невероятным спросом. Отсюда рост числа молодых людей и их групп, вооруженных до зубов.

Кроме того, наличие у молодого человека оружия должно символизировать его «мужественность». Оно гарантирует ему, что несмотря ни на какие трудности, оружие всегда будет внушать к нему уважение.

Хотя проблема владения огнестрельным оружием в США не ограничивается лишь ювенальной преступностью, однако она предполагает, что любое изменение в законе об огнестрельном оружии имеет особую важность. Это как раз тот случай, когда, уважая конституционное право на владение оружием, законодатель постепенно вводит его в разумные рамки.

**II. Трагедия молодых.** Последнее время констатация чувства тоски, смутения и страдания у молодых людей в Северной Америке привлекает к себе пристальное внимание. Многочисленные акты насилия, вынесенные в заголовки газет, подчеркивают ощущение несчастья, распространяющееся среди молодежи, особенно среди юношей.

*Кризис модели идентификации у юношей.* Остановимся сначала на кризисе в североамериканском обществе, затронувшем юношей. Прежде всего, именно они бросают учебу и практикуют насилие. Отсев юношей из школ фактически носит эндемический характер и, вероятно, превышает 40 %. Отказ от продолжения занятий взаимосвязан с отказом от идеи обучения и социальной интеграции. И вот эти мальчишки знают, что если успех в обществе зависит от успеха в учебе, то будущее принадлежит не им.

Почему подобное взрывоопасное смешение неуспеваемости в учебе и ощущения своего бедственного положения стало в Северной Америке таким жестоким? Ответом на этот вопрос может служить идея кризиса модели мужской идентификации. Имеет место кризис мужской идентичности, весьма больно ударяющий по подросткам. По сути, все североамериканские общества, с лихвой феминизированные, характеризуются отсутствием модели мужской идентификации. Мы можем, едва ли преувеличивая, утверждать, что они основываются на модели «*mom and I*» (мамочка и я), даже в том случае, если у ребенка полная семья.

Кризис мужской идентичности обнаруживается в имитации того, каким должен быть мужчина и что он должен делать. Так, потребление продуктов массовой культуры, к примеру, фильмов или компьютерных игр со сценами насилия, влечет диаметрально противоположные

последствия в Европе и Северной Америке. В Европе эти продукты культуры могут быть встречены с энтузиазмом и не играют роли образцов поведения, тогда как в североамериканском контексте они оказывают на молодежь особое влияние. Там они становятся примером, гарантируя поощрение и признание в обществе. Значит, для некоторых подростков единственный способ добиться уважения к себе – направить ствол на кого-нибудь.

*Насилие и школа.* На североамериканском континенте в самых вопиющих случаях насилия в школе часто действует одна и та же схема: преступления с применением насилия совершаются депрессивными подростками, чувствующими себя слабыми и выставляющими себя в качестве жертвы. Это делает из них не только «проблемных подростков», но и «бомбы замедленного действия», готовые взорваться в любом месте, когда представится для этого малейший повод. От Мозес-Лейка, где в 1996 г. ученик в возрасте 14 лет на уроке алгебры убил троих, и до Литлттона, где в 1999 г. двое подростков расправились с 13 учениками их школы, а затем покончили жизнь самоубийством. Перед нами примеры глубокой психологической травмы, сопровождаемой склонностью к суициду.

Широко известные трагедии не должны заслонять от нас другие факты. В 1997 г. было зарегистрировано 11000 случаев агрессивного поведения в школе с применением оружия. Установлено также, что на территорию школ проносят оружие 10 % учеников. Добавим сюда иные виды преступлений и актов насилия – от изнасилования до рэкета.

**III. Феномен банд и виктимизация подростков.** Существует культ молодежи, особенно заметный в Северной Америке, который превозносит такие качества молодых людей, как независимость, добросовестность, ум и находчивость. США стали первым современным государством, где уже в начале века возникает культура, адаптированная к особенностям молодежи. Восхваляя позитивные моменты, она в то же время, по контрасту с ними, акцентирует внимание на негативных чертах образа жизни молодых людей – бандах и субкультурах, практикующих насилие.

*Насилие и банды.* Появление молодежных банд отражает и подчеркивает переживаемые подростком душевные травмы. Банда становится тем убежищем, где торжествует дух товарищества и братства. Она интегрирует подростка в субкультуру насилия, откуда ему зачастую трудно уйти. Если отдельные банды и преследуют благие цели, например, обеспечивая порядок в кварталах, то в целом картина такова, что

они являются катализатором насилия в молодежной среде. Феномен подростковых преступных группировок тесно связан с насилием, как правило, немотивированным и непредсказуемым.

Неудачи в школе и социально-психологические проблемы, упомянутые выше, имеют к рассматриваемому явлению прямое отношение. Особенность банд состоит в том, что они создаются по расовому, или, точнее, по этническому критерию. Молодежные банды могут быть «черными», «белыми», «мексиканскими», «пуэрториканскими», «ямайскими», «кубинскими», «вьетнамскими».

Чинимое ими насилие в большинстве случаев немотивированное. Разумеется, это самая опасная и неуязвимая форма насилия, принимая в соображение царящий в данной среде закон молчания. Важно также помнить о том, что молодежные банды, в массе своей, являются городским феноменом, нестабильным, эволюционирующим в ритме города, что делает банду неуловимой, мобильной и непредсказуемой. Большинство из них появляются и распадаются сравнительно быстро, однако возраст некоторых банд достигает 30 лет.

**IV. Борьба с ювенальным насилием.** Несомненно, насилие в целом и ювенальное насилие в особенности вызывают озабоченность у США, которые оценивают их как социальное бедствие, подлежащее искоренению в самое ближайшее время. Настаивая на первостепенной роли, отводимой сегодня «общественности» (*neighbourhood* – Б.М.) в борьбе против всех форм насилия, остановимся и на той роли, которую играют в этом процессе традиционные институты.

*Два традиционных борца с насилием – семья и государство.* Если североамериканское общество и признает значение семьи и политических институтов в борьбе с насилием, то ради того, чтобы тотчас же подчеркнуть отсутствие доверия к ним. Семья часто слишком слаба, разобщена, лишена необходимых ресурсов. Она не способна принимать решения там, где насилие укоренилось как социальный феномен. Государство, наоборот, стоит перед выбором между расширением масштабов применения репрессивных мер и дорогостоящей социальной политикой. Между тем проекты реконструкции городов лишь перемещают очаги насилия. Несомненно, отдельные направления государственной политики могли быть стать эффективными, в частности, меры воспитательно-го и профилактического характера, но показательно то, что в Северной Америке они находятся в тени общественных мероприятий.

*Коллективная ответственность.* Насилие запоминается. Оно тесно связано с процессом обучения, в ходе которого подросток усваивает

модель поведения, признаваемую нормальной, приемлемой, желанной. В североамериканском обществе говорят о коллективной ответственности, принимаемой «общественностью» на себя в борьбе с насилием, чтобы подростки росли в безопасности (под «общественностью» понимается сообщество граждан, осознающих стоящие перед ними проблемы).

Такая форма «коллективности» по-американски весьма специфична и мы считаем уместным кратко изложить ее суть. Восприятие ювенального насилия как проблемы, касающейся каждого, обуславливает особенный подход к ней. Она видится изнутри и понимается как «наше» насилие, с которым можно справиться только коллективными усилиями. Как следствие, школа и полиция должны направить все силы на решение проблем, которые можно было обнаружить.

Заметим, что рассматриваемая модель помогла привлечь к межэтническому диалогу различных участников общественной жизни пока национальный вопрос остается актуальным. Действуя в этом направлении, она позволила задействовать спорт как педагогический фактор, по-своему поддерживающий у подростка веру в свои силы и компенсирующий плохую успеваемость в школе. Стоит упомянуть и о «комендантском часе», запрещающем подросткам одним находиться на улице в ночное время. Мы имеем дело с политикой идентификации и защиты подростков, реализуемой во многих муниципальных образованиях, а также с повышением ответственности и бдительности их родителей.

Получается, что в североамериканском контексте данная модель имеет высокую ценность и непреходящее значение, т.к. это полная противоположность уходу от проблемы, консервативной идеологии, стремлению спрятаться за «высокими заборами» в хорошо охраняемых домах.

**V. Насилие, как больно!** В ближайшие годы мы рискуем наблюдать резкий подъем ювенального насилия и преступности в Северной Америке. Действительно, мы предполагаем худший вариант развития событий, вырабатывающий у нас «иммунитет» против предстоящих убийств в школах или против шока от ожидающей нас в будущем статистики.

Мы бы хотели завершить наше выступление историей, которая приходит на ум, когда говорят о ювенальном насилии в североамериканском обществе. На вопрос отца: «Кем ты хочешь стать, когда вырастешь?», сын отвечает ему: «Живым!».

\*\*\*

### От переводчика

Предлагаемый вниманию читателей текст доклада проф. Бьярна Мелкевика переведен с любезного согласия автора, заинтересованного в межкультурной интеллектуальной коммуникации. Профессор Б. Мелкевик известен как философ права, в т.ч. благодаря своей фундаментальной работе о политических и правовых взглядах Е.Б. Пашуканиса, высоко оцененной во Франции и за ее пределами [2]. Сфера его научных интересов включает в себя юридическую методологию и эпистемологию. Он автор монографий «Горизонты юридической философии» (*Horizons of legal philosophy*, 1998, 2004), «Размышления о юридической философии» (*Reflections on legal philosophy*, 2000), «Роулз или Хабермас? Вопрос юридической философии» (*Rawls or Habermas? A question of legal philosophy*, 2005), «Терпимость и юридическая современность» (*Tolerance and legal modernity*, 2006).

В своем докладе проф. Б. Мелкевик обращается к проблеме подростковой преступности, не ограничивая ее рамками криминологии и ставя вопросы, имеющие философско-правовое значение. На основании данных, почерпнутых из официальной статистики и прессы, о причинах и масштабах подростковой преступности в Северной Америке ученый анализирует феномен насилия, помещая его в контекст формирования личности и соотнося с констатируемым в западной юридической науке кризисом республиканских политических и правовых институтов. Так, он ставит под сомнение содержание поправки II к Конституции США, разрешающей американскому гражданину «хранить и носить оружие», поскольку, по мнению ее инициаторов, «для безопасности свободного государства необходима хорошо организованная милиция». Однако то, что казалось естественным два века назад, вызывает обоснованные возражения в обществе, где подростки убивают своих сверстников из оружия родителей, самоутверждаясь подобным образом. Вероятно, вопрос следует ставить шире, что и делает Б. Мелкевик, спрашивая об истоках «экзистенциальной тоски» (*mal de vivre*) молодежи, о предпосылках ее разочарования в тех ценностях, которые составляют краеугольный камень правовых порядков стран с развитой демократической культурой – США и Канады, но, разумеется, не только их.

На наш взгляд, размышления зарубежного ученого о подростковом насилии будут интересны его российским и украинским коллегам в свете дискуссий о необходимости ювенальной юстиции и в связи с

ростом числа преступлений, совершаемых подростками. Надеемся, что выводы профессора Б. Мелкевика оценят по достоинству представители различных наук: правоведы, социологи, психологи, философы. Очевидно, что феномен насилия в постиндустриальном обществе требует глубокого и всестороннего изучения, т.к. представляет собой точку пересечения теоретических и практических, порой чисто политических, интересов, выводя исследователя на универсальную проблематику социальной философии XX-XXI вв. В конечном счете, речь идет о становлении личности в социальном измерении обществ, продолжающих верить в идеалы Великих революций Нового времени и не желающих замечать их девальвации и того, что революции совершались преимущественно насильственным путем.

Перевод выполнен нами по изданию: Melkevik B. *Considérations juridico-philosophiques*. – Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2005. – P. 133-143.

### Список использованных источников:

1. Boisot M. *Violence et délinquance des jeunes*. – Paris: La documentation française, 2001.
2. Melkevik B. *Pasukanis et la théorie marxiste du droit*. Thèse de doctorat d'État. – Université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris. Paris II, 1987.

## НАСИЛЬСТВО ТА МОЛОДЬ: ПІВНІЧНОАМЕРИКАНСЬКИЙ КОНТЕКСТ

**Б. Мелкевік**

*Університет Лавала,*

*Канада, пров. Квебек, e-mail: bjarne.melkevik @fd.ulaval.ca*

*(переклад з французької В.А. Токаревої)*

У статті розглядається феномен ювенального насильства у сучасному американському суспільстві. Автор виявляє вирішення проблем постіндустриальної культури у колективній відповідальності.

*Ключові слова:* насильство, банда, ідентифікація, відповідальність.



## VIOLENCE AND YOUTH: NORTH AMERICAN CONTEXT

**B. Melkevik**

*Laval University,*

*Canada, Quebec, e-mail: bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca*

*(translated from the French by V.A. Torarev)*

The article is devoted to the phenomenon of juvenile violence in a modern American society. The author finds out the decision of actual problems of postindustrial culture in the collective responsibility.

*Keywords:* violence, gang, identification, responsibility.

## ЮСНАТУРАЛІСТИЧНА ПРАВОВА ДОКТРИНА ЯК ОСНОВА РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ: ФІЛОСОФСЬКИЙ АСПЕКТ

**Н. Морська**

*Тернопільський національний педагогічний університет*

*ім. В. Гнатюка,*

*м. Тернопіль, вул. Максима Кривоноса, 2, e-mail: morska-n@ukr.net*

Реальність входження України у світове співтовариство правових держав ставить низку теоретико-практичних питань, вирішення яких пов'язано із з'ясуванням природи та методології філософсько-правових аспектів формування правової держави відкритої до правової співпраці на міжнародному рівні. Реалізація прав і свобод людини та їх безпосередній захист можливі лише в умовах правової держави, при стабільному розвитку суспільства, суворому дотриманні закону та неприпустимості порушення правопорядку. Сучасна Україна стоїть на шляху побудови правової, демократичної держави, хоч потрібно визнати, що цей процес відбувається досить повільно, нестабільно, дуже часто методом спроб та помилок. Кардинальні зміни у всіх сферах життєдіяльності держави і суспільства вимагають й масштабного реформування правової системи України. Але на практиці, часто замість реформування та оновлення, можна побачити руйнацію правової системи. Стабільному функціонуванню та розвитку вітчизняної правової системи часто заважає, як стверджує І.Семеніхін, відсутність сталих демократичних традицій, низький рівень правосвідомості громадян, невисокий рівень професійної підготовки осіб, що займаються законопроектною роботою, а також превалювання лобістських інтересів у роботі депутатського корпусу. Тому, все частіше виникає необхідність «розроблення вітчизняною наукою нової правової доктрини – одного з найважливіших ідеологічних обґрунтувань державної правової політики України, в тому числі у сфері законотворення» [1]. Правова доктрина, на думку В. Трофименко, яка включатиме всі концептуальні ідеї і принципи права, виступить тим базисом, який слугуватиме запобіганням руйнації та сприятиме оновленню правової системи [2].

Для того, щоб проаналізувати сутність такого складного, багатоаспектного явища як «правова доктрина», насамперед, визначимо зміст його складових – понять «право» та «доктрина». Філософський енциклопедичний словник подає такі тлумачення: право – це система

загальнообов'язкових норм і відносин, яка охороняється засобами державного впливу, включаючи примусові заходи [3, с. 508]; доктрина – це система теоретично обґрунтованих поглядів на суттєво важливі соціально-політичні, моральні, релігійні та ін. питання. Доктрина виступає найбільш концептуалізованою формою існування ідеології, яка безпосередньо орієнтована на практичну дію, втілення в життя, дотримання в політиці і повсякденній поведінці [3, с. 167]. Звідси, можна визначити, що правова доктрина – це теоретичні положення, наукові теорії юридичного характеру, в яких формулюються найважливіші принципи, концептуально оформлені правові ідеї, юридичні категорії, поняття, розроблені вченими з метою удосконалення законодавства, усвідомлені суспільством і визнані державою як обов'язкові. У деяких країнах правова доктрина виступає джерелом права. Роль доктрини є важливою для правотворчості: вона сприяє удосконаленню нормативно-правових актів, створенню нових правових понять і категорій, розвитку методології тлумачення законів.

Щодо розуміння суті «правової доктрини», то Семеніхін І.В. зазначає, що можна виділити два підходи у дослідженні цього складного, поліаспектного феномену у правовому житті суспільства. Перший, найбільш розповсюджений, підхід виражає «прикладний», регулятивний потенціал складного феномену правової доктрини. «Одні вчені (А. Васильєв, Н. Вопленко, Т. Пряхіна, В. Сорокін, О. Зозуля, Р. Пузиков, С. Карапетян) розглядають правову доктрину як джерело (форму) права чи здійснюючий фактичний вплив на правотворчу й правозастосовну практику чинник, ... інші дослідники (С. Алексєєв, П. Баранов, Н. Гранат, С. Батурина) розглядають доктрину як категорію значно вищого порядку. В такому розумінні доктрина є комплексною, інтегруючою категорією, що виступає в ролі своєрідної моделі політико-правової дійсності, яка відображає соціальні потреби сучасного суспільства, його духовно-моральні підвалини, культуру, менталітет, історичні традиції правотворення й державотворення» [1]. У цьому значенні доктрина є системоутворюючим елементом, теоретико-методологічною основою, фундаментальною базою правової системи, відображає загальну модель правового регулювання суспільних відносин. Доктрина не лише статично відображає стан правової дійсності із відповідним суб'єктно-об'єктним складом, але може позитивно впливати на всі ключові елементи правової системи суспільства, зокрема, на правосвідомість, правотворчі та правозастосовні процеси. Як зазначають дослідники, самі суб'єкти її створення вбачають у ній теоретичну осно-

ву, базу державної політики у сфері юридичного регулювання, зокрема, в аспекті розвитку й вдосконалення законодавства. Доктрина здатна й повинна служити орієнтиром для практики правотворення та державотворення [1].

Розглядаючи філософський зміст правової доктрини проаналізуємо сутність права та діалектичний зв'язок права та суспільства. Визначаючи право, видатний вітчизняний філософ права Б. Кістяківський вважав, що існує не одне, а декілька наукових понять права, тому що «право входить у різні сфери людської діяльності і життя, що можуть складати предмет різних галузей гуманітарних наук» [4, с. 131]. На думку Б. Кістяківського, у теорії права одним із понять права є державно-організаційне чи державно-примусове. Це поняття різними вченими визначається як «сукупність норм, виконання яких захищається і гарантується державою», фактично «право є те, що держава наказує вважати правом». Друге – соціологічне поняття права, тут автор вважає, що головну увагу потрібно зосередити на праві, яке існує у житті. Тобто «право є сукупність правових відносин, що здійснюються у житті», а правові відносини кристалізують правові норми. Третє – психологічне поняття права, яке вчений подає як «сукупність тих імперативно-атрибутивних переживань, які шляхом психічної взаємодії членів даної спільної групи набувають загального значення і перетворюються в правові норми». Четверте поняття права – нормативне: «право є сукупність норм, що вбирають в себе ідеї про необхідне, яке визначає зовнішні взаємовідносини людей» [4, с. 131-132].

Б.Кістяківський також відзначає, що поряд з цими теоретичними поняттями права існують «технічні та практичні поняття» права. По суті, право є сукупністю правил, що вказують, де знайти у чинних правових нормах рішення для всіх випадків, які виникають щодо протиріччя інтересів уявлень про право і не право. А правова політика допомагає відшукати норму для задоволення нових потреб і уявлень про право. Та все ж, Б. Кістяківський робить висновок, що усі поняття права не поглинають одне одного, «а відображують лише якийсь аспект реально існуючого права, що як явище суспільного життя є єдине» [4, с. 132].

Все ж серед різноманіття тлумачень поняття права однією із базових аксіом класичної правової філософії є поділ права на позитивне і природне, або як визначив В. Бігун – офіційне і неофіційне, де «офіційне право (юридичне право) – санкціонована державою система правових норм», а «неофіційне право – неписане право, яке, зокрема, ґрунтується на законах природи та проявляється в її закономірностях та випадко-

востях» [5]. Відповідно і правова доктрина має два вектори розвитку: законницька – заснована на позитивно-правових нормах і юснатуралістична – в основі якої лежить природне право. Позитивне право – це «ті правові норми, які оформлені як система законодавства» і підтримуються силою держави, а природне право – це «сукупність універсальних норм і принципів, що знаходяться в основі всіх правових систем світової цивілізації» [6, с. 132]. Основними особливостями природного права є те, що воно вважається похідним від природного порядку речей, тобто від устрою світобудови і природи людини, що є невід’ємною частиною світопорядку; через його норми і принципи індивідуальна правосвідомість зв’язує своє існування з універсальними, всезагальними першоосновами буття; виникає воно разом із першими паростками цивілізації і культури; окрім юридичних документів, природно-правові норми виражені у вигляді неписаних звичаїв і традицій, присутні в змісті релігійних і етичних вимог; природне право не тотожне чинному законодавству, – воно передбачає релігійно-метафізичні і морально-етичні основи, що надзвичайно розширюють і поглиблюють його юридичний зміст, пов’язують його з багатьма цінностями світової культури; нормативно-ціннісною межею прагнень для природного права служить вища справедливість, яка розуміється як вищий ідеал, що відповідає корінним підвалинам світопорядку та ін. [6, с. 132-133].

Право постає важливим явищем суспільного життя, адже оперує правовими умовами, які постають насправді головними, надзвичайно важливими для буття соціуму та індивіда умовами та є необхідними для достойного людини життя – всіх і кожного зокрема, це – рівність, свобода, справедливість.

Знаменитий філософ права В.Нерсесянц розглядає триедину сутність права: право як формальна рівність, право як свобода, право як справедливість. На думку мислителя, специфіка права загалом і правової рівності зокрема, полягає в тому, що основою (і критерієм) правового зрівнювання різноманітних людей є свобода індивіда в суспільних відносинах, яка визнається і стверджується у формі його правоздібності та правосуб’єктності. Правова рівність – це рівність вільних, незалежних один від одного суб’єктів права за загальною єдиною нормою, рівною мірою. Тобто, правова рівність – це рівність вільних і рівність у свободі, загальний масштаб і рівна міра свободи індивідів. Право говорить мовою і діє засобами такої рівності, завдяки якій постає як всезагальна і необхідна форма буття, вираження і здійснення свободи у сумісному житті людей. В цьому сенсі можна визначити, що «пра-

во – математика свободи» (В. Нерсесянц). Отож, у соціальній сфері рівність – це завжди правова рівність, формально-правова рівність, адже правова рівність, як і всяка рівність, абстрагована за власною основою і критерієм від фактичних відмінностей і тому з необхідністю й за визначенням носить формальний характер [7, с. 17].

Специфіка правової формальності зумовлена тим, що право виступає як форма суспільних відносин незалежних суб’єктів, підпорядкованих у своїй поведінці, діях і взаємовідносинах загальній нормі. Незалежність цих суб’єктів один від одного в рамках правової форми їх взаємовідносин і одночасно їх однакова, рівна підпорядкованість спільній нормі визначають сенс і сутність правової форми буття й вираження свободи. Демонструючи формальний характер рівності, всезагальності і свободи, правова форма свободи передбачає і виражає внутрішню сутність та смислову єдність правової формальності, всезагальності, рівності і свободи. Право своїм всезагальним масштабом і рівною мірою вимірює, «відмірює» і оформлює саме свободу індивідів, свободу у людських взаємовідносинах – у діях, вчинках, тобто у зовнішній поведінці людей. Свобода індивіда тотожна із поняттям свобода волі. Воля у праві – це свобода волі, яка відповідає усім сутнісним характеристикам права. Вольовий характер права обумовлений тим, що право – це форма свободи людей, тобто свободи їх волі [7, с. 22-23].

Розуміння права як рівності та рівної міри свободи людей включає у себе і справедливість. По суті лише право справедливе, оскільки справедливість тому і справедлива, що втілює собою і виражає загальнозначиму правильність, а це в раціоналізованому вигляді означає всезагальну правомірність, тобто сутність і начало права, зміст правового принципу всезагальної рівності і свободи. Справедливим є те, що висловлює право, відповідає праву і наслідуює право. Діяти справедливо – значить діяти правомірно, відповідно до всезагальних і рівних вимог права. У природноправовому визначенні справедливість є винагорода рівним за рівне. Узагальнюючи, можна визначити, що справедливість – це самосвідомість, самовираження і самооцінка права а разом з тим – правова оцінка всього іншого, позаправового [7, с. 29-30].

Виходячи з таких міркувань, можна визначити поняття права, як: «право – це формальна рівність, право – це всезагальна і необхідна форма свободи у суспільних відносинах людей, право – це всезагальна справедливість та ін.» [7, с. 35].

Якщо з філософської точки зору визначити призначення права, то можна побачити його ширше значення: право постає інструментом

«життєбудівництва» [6, с. 131]. «Для права не є самоціллю ні могутність держави, ні соціальний порядок як такий, ні хороші закони, ні ефективний механізм їхнього функціонування. Для нього головна визначальна мета всіх зусиль – це живе життя, повноцінне, повнокровне, що дозволяє розгорнутися і реалізуватися всім наявним у ньому можливостям і потенціям» [6, с. 131]. Розвиваючись і збагачуючись, право повинно приносити те, що Аристотель називав вищим благом або блаженством, яке ні держава, ні будь-яка її підсистема не здатні відчувати, це властиве лише людині. Створене людиною для людини, право в людській життєдіяльності займає важливе місце, адже «воно повинно оберігати суб'єктів і процес життєтворчості від усього того, що їм здатне загрожувати із соціальної сфери, тобто звідти, де йде найбільш активна апробація всього того, що створюють люди, наділені розумом, волею і високою дієздатністю» [6, с. 131]. А оскільки людина – це істота суперечлива, не завжди її розум і воля спрямовані на життєствердні розвивальні потенції, вона може виступати не тільки творцем життя, але й його руйнівником, то право одним із перших стає на захист життя та самої людини.

Візьмемо до уваги концепцію, розроблену американським соціологом Т. Парсонсом, яка гласить, що будь-яка система соціальної дії, у тому числі й система права, повинна для свого успішного самозбереження і функціонування виконувати чотири основні функції – адаптації, ціледосягання, інтеграції, і «утримання зразка». Стосовно права ці функції можна описати так:

- адаптація до вимог держави, громадянського суспільства й особистості, а також до змін, що відбуваються з ними;
- ціледосягнення як здатність ставити конкретні цілі по укріпленню соціально порядку і прагнути до них, використовуючи наявні для цього засоби;
- інтеграція як установка на збереження власної системної цілісності і на забезпечення цілісності всієї соціальної системи;
- «утримання зразка» як прагнення оберігати від руйнувань головні нормативно-ціннісні принципи, моделі належного, ідеали, що служать довгостроковими морально-правовими орієнтирами [6, с. 130].

У сучасному суспільстві найважливішим політико-правовим інститутом є держава, яка постає основним джерелом законів та правових актів, призначена для організації життя суспільства, самої держави та її структур у системі політичних і правових відносин. У цьому зв'язку проаналізуємо взаємовідносини держави, людини та

права. Державі належить вирішальна роль щодо визначення становища людини у державно-організованому суспільстві. Держава виступає офіційним представником усього суспільства, хоча вона є відносно незалежною і самостійною стосовно людини, тому відносини між нею і людиною мають політико-правовий характер. У межах території держави кожна людина потрапляє під її юрисдикцію, тобто стає адресатом обов'язкових розпоряджень, що виходять від держави. Тому відносини між державою та особистістю повинні здійснюватися на основі взаємної відповідальності. Дослідники відмічають, що взаємна відповідальність особистості та держави – це своєрідний спосіб обмеження політичної влади держави, що виявляється:

- у встановленні державою законодавчих обмежень своєї активності стосовно особистості;
- у прийнятті державою конкретних зобов'язань, спрямованих на забезпечення інтересів громадян;
- у наявності реальної відповідальності посадових осіб за невиконання їх обов'язків перед суспільством і особистістю [8, с. 248].

Право первинне стосовно держави в історичному і в функціональному плані, а це вказує на верховенство права стосовно держави, а отже на залежність держави від права (насправді, цей принцип часто порушується). Тобто держава отримує функцію творця права, «держава виступає джерелом права, а право з'являється як вторинний, породжений державою інструмент для обслуговування її інтересів» [8, с. 249]. Саме звідси дуже часто виникає невірне переконання, хоч і засноване на реальній дійсності, що саме держава «дарує» народу права і свободи. Можна погодитися з думкою Б. Кістяківського, що «держава і право – це дві сторони одного і того ж складного явища, а точніше – право є той початок, з якого складається держава» [4, с. 133]. Але так мало б бути в ідеалі, та насправді, часто буває так, що держава існує, а право в ній фактично не може виконати своє істинне призначення, воно є недієвим, тобто держава не має правової основи, правового «начала». Ціллю держави і закону (позитивного права) є право, тобто орієнтація на втілення та здійснення вимог права. Закон (позитивне право) і держава цінні лиш як правові явища, тобто настільки, наскільки вони причетні до права, висловлюють і здійснюють ціль права, цінні в правовому змісті та є правовими [7, с. 60].

Однією із найскладніших у суспільній практиці, а також однією із ключових у філософії права є проблема співвідношення влади і права. Це досить парадоксальне співвідношення, адже, позитивне право «не

може існувати без влади», бо саме державна влада здатна забезпечити сувору і своєчасну реалізацію правових норм і принципів за допомогою своїх правоохоронних інститутів та установ, а з іншого – «влада є антиподом права». Влада, особливо політична, державна і робить «право правом», але в той же час, вона і якоюсь мірою з ним несумісна, бо виступає стосовно права у вигляді «протидержавного» фактора [9, с. 67]. Право постає системою нормативних настанов, що відповідають ідеалам людської рівності, свободи, справедливості і згідно з якими повинна б здійснюватися влада в суспільстві, мали б створюватися й функціонувати державні інститути, а також повинна б підтримуватися соціальна стабільність і забезпечуватись умови для нормальної життєдіяльності людини. Влада ж постає авторитетною силою, дуже часто ті, хто має владу використовує це і впливає на діяльність і поведінку підвладних осіб. Таке протиріччя виходить із суперечливості влади, яка з одного боку повинна управляти суспільством, організувати життя людей, а з іншого – укріплюючись вона може перетворитися на самодостатню, авторитарну силу, яка здатна зменшувати роль права, перетворити його на «служницю» влади, тобто фактично створювати «неправову» реальність. Тому між правом і владою повинен існувати належний взаємозв'язок, узгоджена взаємодія та взаємозалежність. Виправданою є така політична форма суспільного життя людей, «при якій право завдяки визнанню і підтримці влади стає владною силою (тобто загальнообов'язковим законом), а публічно-владна сила (із її можливостями насилля та ін.), яка визнає право, впорядкована, а, значить, обмежена правом і одночасно виправдана ним, – справедливою (тобто відповідною праву) державною владою» [7, с. 94].

Філософ права Б.Кістяківський, згадуваний вище, вважав, що найліпшою формою державного буття, яку відпрацювало людство як реальний факт, є правова держава [4, с. 132]. Мислитель переконував, що серед найзагальніших ознак правової держави, найважливіша ознака криється в тому, що влада у ній обмежена і підзаконна, окрім того, в правовій державі, як і деякі органи влади, так і сам правовий порядок організуються за допомогою самого народу. Також філософ підкреслює, що найбільш типовими ознаками влади необхідно визнати її безособовість, у правовій державі керують не особи, а загальні правила чи правові норми. Щодо юридичних засобів правової держави Б.Кістяківський визначав недоторканність особи та «народне представництво, яке забезпечується народом», а також обов'язковою засадою є єдність влади та єдність націй, гарантією цих єдностей є

загальне виборче право, організоване на рівності, прямого і таємного голосування [4, с. 133]. Крім того, держава – це форма суспільного організму, яка існує там, «де є суспільство і народ» і реальна мета держави «криється в забезпеченні солідарних інтересів людей». Держава створюється для того, аби дбати про добробут народу, оберігати людину від фізично-духовних знущань і пригноблень, забезпечувати можливість відчуття морального комфорту, словом, забезпечувати благо для всіх. Б. Кістяківський доводив: «загальне благо – це формула, у якій стисло зафіксована задача і мета держави» і його може досягти лише правова держава [4, с. 132].

Правова держава – це всеохоплююча політична організація суспільства, заснована на верховенстві закону, що створює умови для найповнішого забезпечення прав і свобод людини, громадянина, а також послідовного обмеження державної влади з метою неприпустимості зловживань з її боку [8, с. 254-255]. Головними ознаками є: існування громадянського суспільства, поділ влади (існування незалежних одна від одної законодавчої, виконавчої та судової гілок влади), верховенство права (правового закону), реальність прав і свобод громадян, політичний та ідеологічний плюралізм [8, с. 255-256]. Визначені ознаки припускають як обмеження державної влади людською особистістю, її невід'ємними правами, так і нормативно-інституційне гарантування цих прав, але для того, аби гарантувати, потрібно, щоб ці права уже існували у суспільстві як певна реальність. Це означає, що «право як форма відносин між людьми повинно знайти своє втілення за межами держави, у сфері громадянського суспільства і визнаватися як цінність якщо не усіма, то принаймні, більшістю населення», тобто йдеться про становлення правового суспільства [8, с. 257].

Отже, теоретичною основою вітчизняної державної діяльності у сфері політичного та правового реформування, демократичних трансформацій українського суспільства та побудови реальної правової держави повинна стати правова доктрина, яка ґрунтується на природно-правових нормах та принципах. Забезпечення природних прав людини і одночасне збереження суспільного порядку та спільного інтересу й блага «для всіх», що є основою юснатуралістичної доктрини, допоможе нашій державі втілювати принципи справедливості, гарантувати особисті права і свободи людині, а також вибороти й утверджувати міжнародному рівні статус правової держави.

### Список використаних джерел:

1. Семеніхін І. Правова доктрина як логіко-теоретична модель реформування вітчизняної правової системи / І. Семініхін [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [forum.yurclub.ru/index.php?app](http://forum.yurclub.ru/index.php?app).
2. Трофименко В. Правова доктрина – основа формування правової системи країни / В. Трофименко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Nzkhups/2009\\_2/Trofimen.pdf](http://nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nzkhups/2009_2/Trofimen.pdf)
3. Філософський енциклопедичний словник – К.:Абрис, 2002. – 744 с.
4. Колодій А.М. Загальна теорія держави і права: навчальний посібник / А.М. Колодій, В.В. Копейчиков, С.Л. Лисенков [та ін.]. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pravo.vuzlib.net/book\\_z1503\\_page\\_13.html](http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1503_page_13.html)
5. Бігун В. До питання про філософію та теорію прав людини: правове людино розуміння (деякі концептуальні та термінологічні аспекти) / В. Бігун [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=21&d=408>.
6. Бачинін В.А. Філософія права: Підручник для юридичних спец-тей вищих навч. закладів освіти / В.А. Бачинін, М.І. Панов. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. – 472 с.
7. Нерсеянц В.С. Філософія права. Учебник для вузов / В.С. Нерсеянц. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА М., 1998. – 652 с.
8. Філософія права: Навч. посіб. / О.Г. Данільян, Л.Д. Байрачна, С.І. Максимов [та ін.] / За заг. ред. О.Г. Данільяна. – К.: Юрінком інтер, 2002. – 272 с.
9. Алексеев С.С. Філософія права. / С.С. Алексеев. – М.: Норма, 1997. – С. 67.

### ЮСНАТУРАЛИСТИЧЕСКАЯ ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА КАК ОСНОВА РАЗВИТИЯ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА: ФИЛОСОФСКИЙ АСПЕКТ

**Н. Морская**

*Тернопольский национальный педагогический университет  
им. В. Гнатюка,  
г. Тернополь, ул. Громницкого, 2, e-mail: [morska-n@ukr.net](mailto:morska-n@ukr.net)*

Статья рассматривает явление правовой доктрины, ее влияние на развитие и формирование правового государства. В частности анализируется, что правовая доктрина, которая основывается именно на юснатуралистических нормах и принципах, должна стать теоретической основой отечественной государственной деятельности в сфере политического и правового реформирования, демократических трансформаций украинского общества и построения реального правового государства.

*Ключевые слова:* право, доктрина, правовая доктрина, позитивное право, естественное право, правовое государство.

### NATURAL LAW DOCTRINE AS A BASIS FOR RULE-OF- LAW STATE: PHILOSOPHICAL ASPECT

**N. Morska**

*Volodymyr Hnatyuk Ternopil National Pedagogical University  
Ternopil, Kryvonosa Str., 2, e-mail: [morska-n@ukr.net](mailto:morska-n@ukr.net)*

The article considers the phenomenon of legal doctrine and its influence on the development and creation of law. In particular, analysis of that legal doctrine, which is based precisely on natural legal norms and principles, should be the theoretical basis of the national government activities in the area of political and legal reform and democratic transformation of Ukrainian society and the construction of the real state of law.

*Keywords:* law, doctrine, law doctrine, a legal doctrine that positive law, natural law, state law.

## ФЕМИНИСТСКАЯ КРИТИКА ДИСКУРСА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

*Е. Наумова*

*Санкт-Петербургский государственный университет,  
г. Санкт-Петербург, ул. Менделеевская, д.5,  
e-mail: naumova11@inbox.ru*

В данной статье нам бы хотелось обратиться к критической концепции Батлер в отношении проблематики прав человека, которая строится через обнаружение репрессивности политик признания, активно реализующихся в современной сфере «политического».

Проблематика прав человека, по мнению Батлер, основывается на фундаментальной дихотомии «Я/Другой», репрезентирующей онтологию индивидуализма. Именно через критику диалектического концепта Другого Батлер выстраивает объяснение процесса возникновения субъекта как всегда уже обладающего правами. Основной тезис своей концепции она выражает так: «субъекция эксплуатирует желание существования, где существование всегда даруется откуда-то извне; оно отмечает изначальную уязвимость перед Другим – для того чтобы быть» [1, с. 30]. Именно на эксплуатации желания существования, как считает Батлер, и базируется дискурс прав человека. Страсть к социальному существованию – вот, что определяет субъекта к бытию как обладанию правами. Батлер подчеркивает, что за данной страстью скрывается другая более фундаментальная страсть – страсть к подчинению, которая основывается на изначальной привязанности к Другому, на уязвимости перед Другим.

В попытках разобраться, что представляет собой фундирующая субъекта «привязанность к подчинению» Батлер обращается к сюжету диалектики раба и господина Гегеля, к толкованию этого концепта Кожевом, и психоаналитическому осмыслению данного сюжета в теории Лакана. Проблема страсти к подчинению – это проблема Другого. Другой определяет субъекта к существованию, то есть задает его место в системе Символического пространства. Другой – это *место*, в отношении к которому субъект конституирует и свой топос. Другой – это, следовательно, место власти, в зависимость от которого попадает субъект. Именно иллюзия того, что это место «внешнее», определяющее субъекта «извне», и вынуждает его обращаться к этому месту вновь и вновь с тем или иным запросом, дабы утвердиться в бытии. На этой

логике, утверждает Батлер, и строится политический активизм современного дискурса прав человека.

Борьба за права – это манифестация желания быть подчиненным Другим. Если Другой признаёт мои права, то я становлюсь распознаваемым в сфере нормативного бытия, я получаю «добро» на возможность существования – и, как кажется, я становлюсь свободен. Однако Батлер подчеркивает что, как раз политика признания есть политика закрепощения – получая права, субъект вписывается в нормативность, включается в юридический дискурс регулирования желания и сексуальности, тем самым сужает зону возможности свободного сопротивления. По сути, страсть к Другому – это привязанность к *месту*, куда субъект посылает артикуляцию своего желания. Диалектика признания заключается в том, что я изначально желаю быть признанным в глазах Другого. Я желаю желание Другого – это формула признания, сформулированная Кожевым и нашедшая выражение в психоаналитической теории Лакана. Желать желание Другого означает желать занять его место, а если, место Другого – это место власти, то субъект в своей политической борьбе за признание манифестирует желание занять место власти.

В силу этого современная политическая борьба и представляет собой не освободительное движение, а битву за престиж, места власти, а именно гонку за тем, чего на самом деле нет, за собственным фантазмом. Основное заблуждение современного политического активизма состоит в том, что он полагает наличие места власти и в своих действиях к нему обращается. В такие места власти обычно помещаются милиционеры («менты»), представители правительства («медвепуты»), РПЦ, дискриминационные законы, таможенники, отцы (наильники), металлоискатели и прочие те, по отношению к которым субъект чувствует себя жертвой. Движущим механизмом политик признания/прав человека оказывается то, что в артикуляции к Другому, субъект находит для себя место – это место жертвы, и именно из этого положения начинает действовать. Но очевидно, что данная позиция является результатом самодискриминации субъекта: не Другой определил мое место как жертвы, а я выбрал для себя данную позицию, так как тот Другой, к которому я апеллирую не «внешняя» инстанция, а мой внутренний Другой – тот самый Господин, который возникает в сознании раба. Сама позиция жертвы предполагает рабское сознание и разворачивает диалектику самопорабощения субъекта.

В связи с этим теперь у нас уже возникает вопрос: почему субъект, инициированный к существованию властным жестом подчинения вла-

сти, продолжает осуществлять это же действие подчинения, но уже по отношению к себе самому? Почему, грубо говоря, действие субъекта повторяет форму действия власти? Почему цель действия субъекта и цель действия власти совпадают? Ведь если мы мыслим власть как перформативное действие «обращения», то мы можем из самого действия власти извлекать эмансипаторный потенциал. «Обращение власти» как то, что предшествует субъекту, парадоксальным образом работает одновременно и как прерывание его онтологической обусловленности, и как учреждение его онтологического основания. «Обращение власти» происходит и вовне и внутри нас, и потому фигура власти оказывается условием возможности субъекта и тем, «что продолжается вновь и вновь воспроизводиться в “собственной” деятельности субъекта» [1, с. 25].

Это значит, что субъект в своей повседневной жизни и в политической практике (в борьбе за свои права) как бы по инерции повторяет форму обращения власти – оборачивает силу власти против себя самого, то есть производит акт самопорабощения. Субъект, борющийся за свои права, реализует не свою цель, а цель власти – закрепощение. И любого рода рабство носит психический характер, так как власть изначально своим «оборотом», учреждая субъекта, одновременно инициирует его к свободному действию, а не к повторению конфигураций власти. Но в силу привязанности к подчинению субъект более склонен в своем выборе ко второму пути: то есть субъекту лучше быть, чем не-быть. Субъекту проще реализовывать цель действия власти в отношении себя и другого, чем предположить цель отличную от цели власти и в соответствии с ней действовать. В этой ситуации единственное, что необходимо субъекту, чтобы встать на путь освобождения – это отклониться от траектории движения власти.

Именно *отклонение* может открыть для субъекта тот факт, что «действие всегда превосходит власть, благодаря которой оно разворачивается» [1, с. 26]. Батлер пишет, что «субъект есть эффект власти в обратном движении» [1, с. 20]. Субъект можно помыслить как эффект перемотки власти, то есть как реверсивного субъекта. Батлер же предлагает вырабатывать различные формы свободного действия, которые будут осуществляться вне логики целей власти и вне логики борьбы за права.

Мыслительница предлагает обхитрить фигуру «оборота»: перенаправить силу власти на реализацию свободного действия. Реконфигурация стратегии политик признания может быть произведена лишь тогда, когда действующий поймет, что сопротивляясь, он подчиняется,

и начнет вырабатывать новые формы свободного действия, исходя из себя самого. Мы видим, что, несмотря на изначальную закрепощенность самой структуры субъективности, мы все же можем найти лазейки для свободного действия в самой логике функционирования власти. Более того Батлер полагает, что в реверсивном субъекте заложена та субверсивность, которая способна ему помочь в изобретении новых форм свободного действия. По ее мысли подрывным потенциалом обладает непризнанная и незавершенная меланхолия, так как она полагает предел тому, что субъект может достичь – то есть полагает предел его власти, приспособляемости к этому миру. По версии Батлер меланхолия вписана в процесс конституирования субъективности и в основе своей содержит особенный психический механизм.

Становление субъектом связано с операцией вытеснения, которое является психической репрессией, так как все не угодные сознанию представления оказываются в зоне бессознательного. В этом отношении к сфере бессознательного вполне можно применить агамбеновский термин «концентрационного лагеря», куда ссылаются все опасные для нормативного конституирования субъекта представления. Однако операция «вытеснения» связана с механизмом «возвращения вытесненного», поэтому репрессированные представления могут быть реабилитированы, то есть признаны со стороны субъекта. Батлер же полагает, что наряду с «вытеснением» субъекта формирует механизм «отбрасывания», который характеризуется тем, что отброшенные представления, в отличие от вытесненных, не могут быть признаны субъектом. Мыслительница утверждает, что субъект отбрасывает изначально возможность любви как «собственного» переживания, что и запускает процесс меланхолии как переживания утраты. Но в силу того, что механизм «отбрасывания» связан с функцией непризнания, то субъект не признает утрату возможности данного переживания любви: «Я никак не мог/ла любить такого/такую» [1, с. 21]. Это означает, что субъект все же любил/т такого/такую, но в силу жизненных обстоятельств отказывается признавать возможность данного переживания. Батлер полагает, что именно потому, что утрата для субъекта оказывается частично непризнанной, она подрывает основы его существования. Мы полагаем, дело здесь в том, что акт «отбрасывания», не являясь возвратным действием, реализует собой иную *форму* действия нежели «оборот» власти.

В этом отношении меланхолия предлагает нам альтернативную *форму* действия, которая не замыкается на себя, поработая субъекта, а несет в себе освободительный потенциал. Меланхолия размыкает



круг саморефлексии и саморепрессии субъекта, который оказывается в ситуации *невозможности* окончательного осознания утраты. По мнению Батлер, меланхолия *прерывает* самопорабощение субъекта как повторения тропа власти. Меланхолия реализуется в функции непризнавания, как противостоящей репрессивной логике признания. В меланхолии человек утрачивает нечто, что не поддается рефлексии – утрата приостанавливает действие рациональной рефлексивности, то есть *реконфигурирует* форму властного «оборота». Желание, которое мы можем помыслить – это обузданное желание, подчиненное замкнутому акту саморефлексии, прошедшее через фигуру Другого.

Утрата в концепции Батлер функционирует иначе, чем утрата в психоаналитической теории Лакана. В лакановском психоанализе утрата является конститутивной для субъекта, именно через ситуацию утраты субъект оказывается всегда уже обращенным в поле Другого, связан с ним непрерывными узами, становится субъектом нехватки. В учении Батлер утрата угрожает субъекту разложением, она буквально разваливает его. Утрата, которую мыслит Батлер, не связана с нехваткой как изначальной уязвимостью субъекта перед лицом Другого. Порожденная утратой меланхолия – это то, что спорит с желанием признания или желанием Желания, то, что встает поперек привязанности к подчинению. По сути, подрыву оснований субъекции служит, согласно Батлер, функция непризнавания утраты. Мыслительница говорит об утрате «не просто объекта или некоего набора объектов, но собственной возможности любви: утрата способности любить, незавершенное оплакивание того, что основывает субъект» [1, с. 33].

Очевидно, Батлер имеет в виду любовь, не ограниченную условиями «существования» или определенным объектом, не прошитую порядком Символического. Вписывание в нормативность равнозначное вписыванию в дискурсивность означает принятие социальных терминов, которые никогда не становятся твоими собственными, так как не ты их изобрел. Так и любовь, определенная словарем власти, утрачивает коннотацию «собственного» переживания и становится повторением нормы. *Невозможное* переживание любви, дающее о себе знать в функции непризнавания, подрывает обыденные практики воспроизводства субъекта. Страстно желая признания со стороны Другого и добиваясь этого через присвоение себе прав, в субъекте остается нечто не поддающееся символизации, утрата, которая постоянно дает о себе знать, как некий не-отрефлексируемый остаток, как то, что тревожит его бытие и подрывает устойчивость существования. Меланхо-

лия, которая повторяется, задает возможность для субъекта изобретать *новые формы свободного* действия. Форма действия меланхолийного повторения непризнавания утраты – это отклонение от репрессивного «оборота» власти и тот психический потенциал, который дарует возможность изменения «политического» через реализацию свободного действия.

Мы видим, что Батлер рассматривает проблематику прав человека в рамках диалектической логики, где любое освобождение оказывается подчинением дискурсу власти. Феминистская мыслительница раскрывает онтологическое основание логики борьбы за свои права через концепт признания, который репрезентирует манифестацию привязанности субъекта к Другому. Согласно концепции Батлер, правообладание – это ситуация самопорабощения субъекта, который стремится к идентификации как определению себя в бытии. Батлер полагает, что проблематика прав человека, основанная на политиках признания, проявляет «работу» фундаментальной идеологической дихотомии «Я-Другой», более того, является проводником ее в жизнь. Мы можем заключить, что дискурс прав человека наиболее четко проявляет идеологическую основу актуального «политического» сегодня и указывает на необходимость реконфигурации любого рода онтологических дихотомий, что может послужить основанием для изобретения стратегий осуществления свободных политических действий вне логики доминанция/подчинение.

#### Список использованных источников:

1. Батлер Дж. Психика власти: теории субъекции / Дж. Батлер. – Харьков: ХЦГИ; СПб.: Алетея, 2002. – 168 с.

## ФЕМІНІСТСЬКА КРИТИКА ДИСКУРСУ ПРАВ ЛЮДИНИ

**К. Наумова**

*Санкт-Петербурзький державний університет,  
м. Санкт-Петербург, вул. Менделєєвська, буд.5,  
e-mail: naumova11@inbox.ru*

Стаття розглядає феміністську критику проблематики прав людини як політик визнання, що відтворюють онтологічну дихотомію «Я / Інший», де здійснення вільної дії виявляється неможливим.

*Ключові слова:* фемінізм, критика прав людини, меланхолія, субверсія, політична онтологія.

## FEMINIST CRITIQUE OF THE DISCOURSE OF HUMAN RIGHTS

**K. Naumova**

*Saint Petersburg State University,  
Saint Petersburg, Mendeleevskaya Str., 5.,  
e-mail: naumova11@inbox.ru*

The article reveals the feminist critique of the discourse of human rights as politics of recognition reproducing the ontological dichotomy “I / Other”, where the implementation of free action is impossible.

*Keywords:* feminism, critique of human rights, melancholy, subversion, political ontology.

## АНТРОПОЛОГІЧНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ АКТУАЛІЗАЦІЇ СОЦІАЛЬНИХ КОНЦЕПЦІЙ ЯК КОНВЕРГЕНТНОГО ПРОЦЕСУ В СУЧАСНОМУ РЕЛІГІЙНОМУ ЖИТТІ

**О. Никитченко**

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
м. Одеса, вул. Піонерська, 9, e-mail: elsanika@mail.ru*

Наявність у релігії як форми суспільної свідомості чи-то соціального феномену, чи-то суспільного явища регулятивної функції є загальною визнаною її характеристикою. Але за часів секуляризації ця функція зазнала суттєвих змін, перш за все у демократичних країнах, де можливості в регулюванні відтворення різних боків суспільного життя, відносин між людьми та інших сфер соціуму відокремлено від держави. Внаслідок інших соціальних змін, а також тенденцій у суто релігійному розвої, релігійні вчення, що стосуються дій віруючої людини у правовому просторі набувають нових рис, про деякі, найбільш суттєві і йдеться у цій статті.

З 2001 року науково-дослідний центр «Компаративістських досліджень релігії» філософського факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова сформулював в якості свого головного завдання дослідження сучасних тенденцій в релігійному житті світу. Аналіз цих тенденцій дозволив сформулювати загальну концепцію та вжити відповідну термінологію для подальшого виокремлення та визначення конкретних трендів у релігійному розвої сьогодення під назвою «Конвергентні процеси у релігійному житті другої половини ХХ – початку ХХІ сторіччя» [1, с. 37-48]. Саме поняття «конвергентні процеси в релігійному житті другої половини ХХ сторіччя» для широкого наукового загалу ми почали вживати ще з середини останнього десятиріччя століття, що вже минуло [2].

За роки, що минули, зміст визначених тенденцій не змінився, хоча постійно відбуваються деякі зміни в їх значенні, чи-то в тому, яке місце вони займають (якщо можна вжити це слово, то й «рейтинг») у повсякденні релігійного життя. Кожен з цих конвергентних процесів відіграє особливу роль у відтворенні сучасної релігійної сфери суспільного буття, тому прискіпливо аналізуючи один з них, ми маємо повсякчас відчувати його зв'язок з іншими. У цьому сенсі ми розглядаємо й «актуалізацію соціальних доктрин».

Також буде слушним зауважити, що усі ці конвергентні процеси не є породженням лише, чи саме релігійного життя, яке взагалі лише в теоретичному сенсі можна вивести за межі усього загалу форм розвою сучасного суспільства. По-перше, тому що абсолютна більшість населення планети ідентифікує себе як прихильники тієї чи іншої релігії. Отже, віруюча людина, принаймні за кількістю, є головним суб'єктом історії. По-друге, ці тенденції, що ми досліджуємо саме у релігійному житті, і є, безумовно, відповіддю на «виклики» (за А. Тойнбі) суспільного розвою в цілому.

Сам термін «конвергенція» (від лат. *convergentio, convergo* – сходжусь, наближаюсь), вперше у релігієзнавстві було вжито німецьким вченим Генріхом Фріком в його праці “Порівняльне релігієзнавство” (1928 р.) [3, с. 134] Прагнучи до зближення термінології природознавчих і суспільствознавчих наук, за традицією, започаткованою ще Д.Ф. Шлеймахером, він застосував цей термін у тому значенні, в якому він вже використовувався насамперед в біології, де це поняття характеризує процес виникнення рис подібності в будові і функціях у далеких за походженням організмів внаслідок їхнього пристосування до однакових умов існування. Г. Фрік використав цей термін для позначення паралельних, схожих процесів у різних релігіях, й у цьому значенні “конвергенція” тримається у вжитку і у сучасних дослідників релігійних явищ.

У повоєнні роки ХХ ст. цей термін у релігійному середовищі став вживатися і для позначення констатації “зближення релігій”. Це дозволяє семантика цього слова в романо-германському мовному обігу, що в свою чергу значно збагачує його сучасний релігієзнавчий зміст. В такому другому, поширеному значенні “конвергенція” охоплює і такі тенденції в релігійному житті, які сформувалися, чи стали більш наочними саме у другій частині ХХ ст. як-от: а) співробітництво релігій (на рівні організацій, громад, віруючих) в різних галузях соціальної діяльності; б) потяг до об'єднання різних деномінацій в єдину традицію; в) тенденцію до утворення єдиної світової релігії і т. ін.

Тому “конвергентними процесами” у сучасному розумінні цього терміну можна вважати як ті, що притаманні більш ніж одній релігії, так і ті, що свідчать про тенденції зближення соціальних, доктринальних і організаційних позицій між двома чи багатьма релігіями. Треба зауважити, що все, що відомо про наявність загального в релігії, те що дозволяє дослідникові аргументувати, що мова йде саме про релігійні явища, продовжує дискутуватися і констатуватися й у наші часи.

У статті йдеться лише про ті процеси, які сформувалися чи найбільш актуалізувалися за останні десятиліття років. Це перш за все: акселерація, актуалізація есхатології, актуалізація соціальних концепцій, американізація, вельтізація, віртуалізація, глобалізація, діалог, екуменічний рух, егосинтонізація, екзотерізація, зростання інклюзівізму, консюмеризм, модернізм і постмодернізм, нові релігії, паксізація, приватизація, сучасний релігійний плюралізм, раціоналізація культових дій, ревівалізм, секуляризація, синкретизм, сцієнтизм, уніфікація екстеріоризації, толерантність, фемінізація, фундаменталізм, харизматизація.

Більшість вказаних вище “конвергентних процесів” вже багато років досліджуються, добре проаналізовані в літературі, тому у даній статті ми зосередимося лише на деяких з них, які мають безпосереднє відношення до теми, що розглядається. Але до початку характеристики цих понять зауважимо, що хоча усі названі процеси мають самодостатній зміст, вони, по-перше, усією своєю сукупністю підтверджують наявність саме конвергенції у релігійному житті цієї доби, по-друге, стимулюють один одного, по-третє, корегують чи мають той чи інший вплив на інші.

Темою нашої статті, як ішлося вище, є антропологічно-правові аспекти актуалізації соціальних концепцій як конвергентного процесу у сучасному релігійному житті. Отже, по-перше, з усіх попередніх визначень «конвергентних процесів» випливає, що це один з таких, що своїм корінням сягає далеко за межі історичного періоду, що розглядається. Ми навіть й уявити не можемо існування в минулому релігії, щоб вона в тій чи іншій спосіб не сакралізувала наявні суспільні відносини та соціальні інституції. Окрім того, усі більш-менш розвинуті релігійні організації мають свої уявлення щодо суспільства та повчають вірних як ставитися до нього в цілому, чи до відповідних йому інстанцій.

Починаючи з доби писемності, джерелом соціальних уявлень є «священні письмена», у яких містяться повчання, що необхідні для відтворення суспільного ладу. За наявності бажання в цих текстах можна знайти судження, що дають можливість для протиріч у конкретних установах щодо відбудови відповідного соціального устрою. Тому завжди було важливим і те, що саме зі своєї сакральної етичної спадщини вибирають її інтерпретатори, які їх думки знаходять своє підтвердження у відповідних письменах.

В наш час витлумачення тих чи інших священних текстів за власним уподобанням у демократичному суспільстві не може бути заборонено. Тому в кожній релігійній традиції припустима широка палітра думок з

багатьох, у тому числі й з особливо важливих для суспільства питань. У всій своїй сукупності, на наш погляд, вона (палітра) і є тією засадою, на якій базуються соціальні вчення у сучасних деномінаціях, звісно, у той чи інший спосіб корегуючи відповідні судження зі «священними письме-нами». Залежно від ставлення до конкретних суджень керівництво релі-гійних організацій, посилаючись на свій авторитет (сакральний в першу чергу) та авторитетність «святого письма», формує свою соціальну док-трину на кшталт офіційного вчення у той чи іншій мірі обов'язкового для послідовників даного віровчення. За рівнем офіційного визнання та тео-ретичного обміркування погляди у сфері соціальної проблематики в тій чи іншій релігійній організації можуть бути визначені (звісно, що в тра-диціях де діє ієрархія лише «священноначаллям») як деяка сукупність, що не відповідає установам конкретної деномінації. Офіційно затвер-дженні відповідними компетентними установами погляди на соціальні явища, обов'язкові для усіх, хто ідентифікує себе з конкретною релігій-ною традицією, отримали назву в християнському середовищі «соціаль-на доктрина церкви». Там, де в сучасних конфесіях та релігіях ще не склалася соціальна доктрина у достатньо повному теоретичному обсязі, можуть використовуватися інші терміни, наприклад «соціальна концеп-ція». На наш погляд, остання термінологія свідчить головним чином про рівень домагань авторів в теоретичній (богословській) сфері але ж ніяк не відображується на офіційності самих повчань та необхідності «слі-дування» їм, виконанні одновірцями тих положень, що зафіксовані саме у концептуальному плані. У повоєнні роки ХХ століття богослови бага-тьох конфесій почали інакше інтерпретувати соціальну практику, зали-шивши надсвітову позицію. Наявність різних ідеологій, що конкурують у боротьбі за свідомість віруючих, змушувало ієрархів та суто богословів формувати офіційну позицію з багатьох актуальних проблем сучаснос-ті. Так склалося історично, що раніше за всіх почала формування своєї соціальної доктрини Римо-католицька церква. Як відомо, ще в 1890 р. в енцикліці «Sapientiae Christianae» папа Лев XIII продемонстрував готов-ність церкви до співробітництва з будь-якими політичними системами, що діють відповідно до природних законів, які забезпечують умови для нормального розвитку та вдосконаленню людини та поважають свободу совісті [4, с. 29].

Подальший розвиток подій у світі постійно стимулював інтенси-фікацію розробки соціальної доктрини католицької церкви. Щоб про-ілюструвати цю тезу наведемо лише короткий перелік найважливіших (з точки зору самої церкви) соціальних енциклік.

1. «Rerum novarum» («Нові речі») – 1891 р. визначала нестерпним становище робітничого класу, засуджувала «фальшиві рішення» цього питання соціалістами та класову боротьбу, відстоювала законність при-ватної власності, права на справедливую плату за працю.

2. Пій XI у енцикліці «Quadragesimo anno» («На сороковому році»), підтверджував цінності ідей, викладених у попередньому доку-менті, попереджував про загрозу поширення марксизму, наполягав на відмові від класової боротьби, стверджував нагальність сумісної праці поміж класами за допомогою держави.

3. В енцикліці Івана XXIII «Mater et Magistra» («Мати та настав-ниця») – 1961 р. аналізувалися нові аспекти соціального розвитку: відсутність рівноваги між секторами суспільного виробництва (про-мисловістю та сільським господарством); між економічним розвитком та суспільним процесом; між багатими та бідними регіонами в межах однієї нації, між багатими націями та націями третього світу та демо-графічні проблеми.

4. Той же Іван XXIII у енцикліці «Pax in teris» («Мир на Землі») – закликав католиків до співпраці з нехристиянами у соціальній сфері на засадах правди-справедливості-солідарності-свободи для всього світу.

5. У душпастирській конституції II Ватиканського Собору «Gaudium et spes» – 1965 р. (з точки зору католицьких теологів – це зразок синтетичного викладання соціальної доктрини церкви) у дев'яти розділах розглядаються такі теми як гідність людської особи, людська спільність, діяльність людей в універсумі, місія церкви в сучасному світі, гідність шлюбу та родини, сприяння прогресу та культурі, соці-ально-економічне життя, життя політичної спільноти, підтримка миру та спільноти народів.

6. Павло VI у енцикліці «Populorum progressio» («Прогрес наро-дів») – 1967 р., протиставляв старому та новому капіталізму план розвитку, що звертається до підтримки кожної людини та людства в цілому.

7. Він же в «Octogesima adveniens» («Наближення вісімдесятої») – 1971 р. звертає увагу на такі нові соціальні проблеми як урбанізація, споживання, питання молоді, жінок, зайнятість, еміграція, расизм, засоби масової інформації, екологія.

8. Іван – Павло II у енцикліці «Laborem exercens» (Працею сво-єю) – 1981 р. підкреслив, що с часом центр уваги поступився від «клас-ового питання» до «всесвітнього», та виокремив три виміри праці: особистісно-екзистенційний, соціальний та богословський.

9. У енциклопедії «*Sollicitudo socialis*» («Турбота про соціальні справи») – 1987 р. головної уваги надавалось солідарності, яка б об'єднала усі народи та побуджувала б найбільш з них активніше ставати на шлях економічного і соціально-культурного розвитку.

10. У енциклопедії, що була присвячена сторіччю «*Regum novarum*», «*Centesimus annus*» («Сотий рік») – 1991 р., також Іван Павло II стверджує права кожної людини (зокрема пролетарія): йдеться про родинні справи та виховання, обов'язки держави, налагодження національних та міжнародних відносин, економічного життя, справи культури, повагу до життя від зачаття до смерті.

Отже, як бачимо, навіть у такому короткому переліку можна засвідчити, що активація соціального доктринування у римо-католицькій церкві припадає саме на повоєнні роки. Також це ще одне свідчення щодо актуалізації соціальних доктрин саме у сучасному релігійному житті.

В протестантському середовищі (соціальна спрямованість вчення якого не викликає жодного сумніву після праць Макса Вебера) актуальність соціальних питань підкреслюють такі новотвори як «Соціальне богослов'я», «Жіноче богослов'я» та інші богослов'я, що склалися також у повоєнні роки.

Характерним у цьому процесі актуалізації є відверте зростання соціальних вчень деяких деномінацій зі світськими соціальними доктринами. Наприклад, з марксизмом у теології визволення, з лібералізмом – у деяких положеннях католицького вчення, із соціалізмом у країнах третього світу (в першу чергу в ісламі. Тут буде доречно сказати: *фундаменталізм* є однією з реакцій на спробу оновлення мусульманської віри у такій царині як соціальні доктрини).

В зв'язку з глобальними змінами на терені колишнього Радянського союзу практично у всіх галузях соціального виробництва та не в останню чергу після відміни комуністичної ідеології як офіційної, внаслідок яких плюралізм ідеологій постав реальністю пострадянського буття, потреба у формуванні теоретичного рівня своїх соціальних вчень на кшталт «соціальних доктрин» відчули ієрархії та керівництво релігійних організацій, що функціонували в межах країни, якої вже нема.

Відповіддю на цей «виклик» у російській православній церкві було створення «Основ соціальної концепції російської православної церкви», затверджений в якості офіційного документа Архієрейським собором (13-16 серпня 2000 р.).

Вочевидь, така потреба існувала і у деяких інших деномінаціях, що діють у Російській Федерації. «Основні положення соціальної програми мусульман» – 2001 р., «Соціальна позиція протестантських церков в Росії» – 2003 р., «Основи соціальної концепції іудаїзму» – 2003 р. – пропонували своїм прихильникам і суспільству в цілому своє бачення соціальних проблем сучасності.

Немає нічого дивного, що кожна з вищеназваних соціальних концепцій починається з викладання богословських засад чи основ віри, які звісно мають відмінності, однак в них усіх йдеться про деякі найважливіші проблеми сучасності і тому більшість тематик і розділів співпадають (як і більшість відповідей на розглядувані проблеми). Основи соціальної концепції руської православної церкви окрім богословських засад виказують офіційну думку з проблем, як-от: церква й нація; церква й держава; християнська етика і світське право; церква і політика; праця та її плоди; власність; війна і мир; злочинність, покарання, виправдання; питання особистої, родинної та суспільної моралі; здоров'я особи та народу; біоетика, церква і екологія; світська наука, культура, освіта; церква і засоби масової інформації; міжнародні відносини; проблеми глобалізації, секуляризму. Тут можна було б нагадати про дуже негативне сприйняття відповідей, що давала ця церква на болючі питання сучасності [5], але критика конкретних концепцій не є метою пропонованої статті. Важливо довести, що ми маємо тенденцію до актуалізації «соціальних доктрин» в релігійному житті сьогодення. Цю тезу доводять і відповідні розділи інших положень, програм і концепцій релігійних організацій, що діють в РФ.

Можливо тут більш доречним було б посилання на соціологічне дослідження, що у 2004-2005 рр. здійснив наш науково-дослідний центр (виконавець С. Кузнюк). В процесі цього дослідження було опитано 43 священики руської православної церкви. На 4 питання анкети «Який вплив мають на свідомість православних «Основи соціальної концепції руської православної церкви», що були затверджені ювілейним освяченим собором 15 серпня 2000 р.) – більшість відповіли: «незначне – 1.8%; ніякого – 6.45%, 22% визнали: «визначне» (але в процесі бесіди з ними склалися враження, що вони скоріше бажали, щоб воно так було, а ніж так як воно є насправді), деякі ставили прочерк (чи писали «інше»), але що саме не занотували [6, с. 33].

Стосовно інших соціальних концепцій, відповідних досліджень ми не впроваджували. Можемо лише констатувати, що за межами відповідних деномінацій особливої реакції в суспільстві взагалі (чи-то

зокрема в науковому середовищі) ці релігійні відповіді на актуальні питання сучасності не викликали.

Не абиякою подією в релігійному житті світу став випуск Ватиканом «Компендіуму соціального вчення церкви» [7].

У лютому 2008 року в Національному університеті «Києво-Могилянська академія» відбулася конференція, приводом до якої став український варіант цього «Компендіуму», що був здійснений завдяки вченим української греко-католицької церкви. Книгу представляв кардинал Р.Р. Мартіно, який значну частину свого життя займався розробкою католицької соціальної доктрини. Зокрема у своєму виступі він нагадав, що серед принципів соціального вчення його церкви головне місце займає солідарність й зачитав вельми важливу цитату для українців з латинського компендіуму: «XX сторіччя було трагічно позначено різними геноцидами: вірмен, українців, камбоджійців, жителів Африки, балканського півострову, тому соціальна доктрина церкви, це не лише теоретичне знання, вона розроблена для вжитку на практиці, орієнтована на життя і тому повинна творчо вживатись та активно практикуватись» (Чому не згадано Холокост?) [8, с. 6].

Тодішній патріарх УГКЦ Гузар спочатку зосередив увагу на одному з найбільших гріхів сучасного українського суспільства – на корупції, і підкреслив: «Якщо б усім серцем ми сприйняли ту правду, що міститься в цій книжці («Компендіум»), де накопичено досвід церкви та наголосили б, що саме тут і є скарби, заради яких треба жити, тоді таке поняття як корупція можливо б зникло [Там само]. Про необхідність соціального вчення казав і директор інституту Екуменічних студій при католицькому університеті (Львів). Зокрема він навів жахливу статистику: «Щорічно 800 млн. людей страждають від воєн та 200 млн. захворюють на холеру бо вживають заражену воду. Щорічно зникають 10 тис. видів тварин та рослин. Кожен день 10 тис. дітей вмирають за неприродних причин... Різниця між 10 найбагатшими країнами та 10 найбіднішими збільшилась на 10 разів за останні 30 років. Ці жахливі факти дозволяють нам зрозуміти, чому усі східні православні церкви підтримують екуменічний рух разом з усім християнським світом [Там само].

Сподіваючись знайти шляхи інкультурації католицької церковної доктрини в умовах українського контексту, архієпископ Іван Юркевич (нунцій в Україні) в своєму недавньому виступі у Запоріжжі ще раз для нашої спільноти розкрив зміст того цілісного та солідарного гуманізму що пропагується «Компендіумом» задля вирішення складних соціаль-

них, економічних і політичних питань», – принципи на яких він базується: персоналі стичний, спільного блага, субсидіарності [9].

У 2008 р. Архієрейським Собором Руської православної церкви були ухвалені «Основи вчення про свободу, гідність і права людини». Як наголосив Патріарх Московський і всієї Русі Кирило у своєму виступі на засіданні Європейської ради релігійних лідерів «Права людини і традиційні цінності в Європі» (Москва, 21 червня 2011 р.): «Цей документ відображає православне ставлення до актуальних питань розуміння свободі, гідності та прав людини, а також можливості його сполучення зі світською доктриною прав людини. Головна причина розробки цього документа – занепокоєність розвитком концепції прав людини і права взагалі в такому напрямку, який виключає збереження її зв'язку з моральною відповідальністю» [10]. І далі він пояснив, що як в Європі, так і в усьому світі відбувається моральна криза, яка призвела до втрати органічної єдності між правом і моральністю, що руйнується зв'язок з витоками, базисними ідеями, на яких ґрунтувалася вся європейська цивілізація і вся культура». Християни, будучи вірні своїй традиції, вже стають жертвами дискримінації в Європі [Там само].

Наполягаючи на дискусійності питань, що пропонувала на це засідання Руська православна церква, Патріарх продовжував дискусію (*діалог*) з приводу цих «Основ», що розпочалася ще декілька років тому. Вже 3 вересня 2009 р. відділ зовнішніх церковних зв'язків Московського патріархату сумісно з порталом «*bogoslov.ru*» відкрив широке обговорення реакцій інославних християнських церков на документ Руської православної церкви – Основи вчення про гідність, свободу та права людини. На цьому порталі йшлося про те, що процес реєстрації та обговорення ідеї Руської церкви стався в першу чергу у православному світі. 13 липня того ж року у Києві відбулася конференція з представленням перекладу тексту «Основ соціальної концепції руської православної церкви» на українську мову. Паралельно – виокремлює цей портал – жвавий інтерес до ідей Руської церкви» виявляють католики і протестанти» На початку липня надруковано розгорнутий критичний відгук на російський документ Співтовариства протестантських церков у Європі. В свою чергу цей відгук викликав коментарі постійного представника Московського Патріархату при Раді Європи Ігумена Філарета (Булекова), Інституту міжхристиянських досліджень Фрібургського університету (Швейцарія) та інституту «Східних церков» у Регенсбурзі (Німеччина). Ця богословська дискусія триває. Треба лише нагадати,

що за думкою організаторів цього дискурсу – головною метою розробку й схвалення документа, що обговорюється, була в тому, щоби посилити місіонерську працю Церкви в суспільстві та надати віруючим керівництво для вживання концепції прав людини скрізь призму православного погляду портал [11].

Дуже жвава дискусія в Інтернеті, яка ще досі триває, присвячена висловлюванню голови Відділу взаємовідносин Церкви і суспільства Московського Патріархату В. Чапліна, який у виступі 17 грудня 2010 року на круглому столі з проблем міжетнічних відносин, кажучи про конфліктні ситуації, що виникають у російському житті на міжнаціональному ґрунті, жбурнув докір на адресу жінок, які вільно одягаються: «Якщо вона одягає міні спідницю, вона може спровокувати не лише кавказця, але і руського. Якщо вона при цьому сп'яніла, вона тим більш спровокує. Якщо вона активно при цьому викликає людей на контакт, а потім дивується, що цей контакт закінчується гвалтуванням, вона тим більш неправа» [12].

У такій спосіб він відповів на питання про те, чому російські дівчата часто-густо є об'єктом домагань кавказьких чоловіків. Ці слова занепокоїли багатьох росіян. В Інтернеті надруковано звернення до Патріарха Кирила, яке підписали більш ніж 700 людей. Автори просили призвати протоієрея Чапліна до публічного вибачення за слова, що торкаються права свободи і гідності громадян Російської Федерації, бо рівноправ'я громадян незалежно від їх статі закріплено в Конституції РФ. Далі свою позицію В. Чаплін виклав у «відповіді авторам звернення до Патріарха Кирило з приводу жіночого дресс-коду» [13].

Останній приклад актуалізації соціальних концепцій наведено лише для того, щоб визначити, що процес цей триває й надалі. Ми не можемо казати що ще у подальшому розвої людської спільноти може стати приводом для перегляду, чи формуванні нових соціальних концепцій заради місіонерської діяльності та керівництва пасовими вірними, але досвід релігійних організацій, що накопичено на цьому шляху, може стати у нагоді людству, а може викликати суспільну критику, без якої не відбувалося взагалі жодна новація, навіть якщо вона виглядає як спроба повернення до «прекрасного» минулого, щоб життя людської спільноти стало кращим у майбутньому.

Підсумовуючи перелік найбільш значущих для висвітлення антропологічного аспекту тієї актуалізації соціальних доктрин, що розглядалася нами переважно як конвергентний процес сучасного релігійного життя, можна додати, що цей тренд набуває багато харак-

теристик, пов'язаних, по-перше, з безпосереднім осмисленням відтворення права в суспільстві взагалі, бо і католицизм і протестантство та православ'я, і мусульманство мають світовий вимір, тому в різних країнах вони, залежно від можливостей, сприяють універсалізації поглядів своїх прибічників на право як таке. По-друге, ставлення релігійних організацій до тих чи інших актуальних питань сучасності може впливати на законотворчий процес, принаймні на розсуд законодавця, що належить до тієї чи іншої релігії, який, згідно сучасної феноменології права, не може не мати жодних «упереджень» до початку дискурсу з приводу вищезазначеної проблематики. По-третє, кожна віруюча людина, принаймні в демократичному суспільстві має у той чи інший мірі авторитетні релігійні сакральні вказівки, щодо свого поведження в правовому полі. Людина, як правове ество, приймає все те у правовому полі, що відповідає її розумінню, потребам, інтересам, цінностям. Значну роль у формуванні цих аспектів правової свідомості здійснюють її релігійні уподобання. На наш погляд, актуалізація соціальних доктрин в сучасному житті піднімає значення права і в суто релігійному аспекті. Однак ця проблема потребує окремого вивчення.

#### Список використаних джерел:

1. Мартинюк Е. Конвергентні процеси у релігійному житті другої половини ХХ століття // Наука і релігія: Проблеми діалогу. /Одеськ. нац. у-нт ім. І.І. Мечникова: Наук.-дослідн. центр „Компаративістські дослідження релігії”; Ред. кол.: Е.І. Мартинюк (гол. ред), О.А. Івакін, В.А. Кравченко, та ін.; – Одеса: АО „БАХВА”, 2002. – 120 С.
2. Див., наприклад: Мартинюк Э.И. Особенности религиозной жизни во второй половине ХХ века (методическое пособие для учителей по всемирной истории и религиоведению) / Э.И. Мартинюк. – Одесса: ИПКУ, 1997. – 39 с.; Подробнее см.: Мартинюк Э. Конвергентные процессы в религиозной жизни во второй половине ХХ в. / Э. Мартинюк // Научно – дослідний центр компаративістських досліджень релігій філософського факультету ОНУ, Одеса, 2002. – С. 37-48.
3. Frick H. Vergleichende Religionwissenschaft / H. Frick.– Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter and Co., 1928.
4. Майка Ю. Социальное учение католической церкви / Ю. Майка. – Люблин, 1993. – С. 295.
5. Див., наприклад: Яроцький П. Соціальна дійсність і соціальний песимізм (порівняльний аналіз деяких положень соціальних вчень Православної і Католицької церков) / П. Яроцький // Науковий вісник Чернівець-

кого університету.: Зб. Наук. праць. Вип. 163-164., Філософія. – Чернівці: „Рута”, 2003.

6. Кузнюк С. Актуалізація церковних доктрин. Дипломна робота / С. Кузнюк. – Одеса, ОНУ (філос. фак-т) 2005 р.

7. Папська Рада «Справедливість і Мир, Компендіум Соціального вчення Церкви, Ватикан, 2004, №1

8. Цит. по: Гудзик К. «Компендіум» для всіх / К. Гудзик // День, 23.02.08. – С. 6

9. Засідання Круглого столу в Запоріжжі /Режим доступу: [http://www.catholic-media.org/ua/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=2273](http://www.catholic-media.org/ua/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2273)

10. Виступ Святішого Патріарха Кирила на засіданні Європейської ради релігійних лідерів «Права людини і традиційні цінності в Європі» / Режим доступу: <http://www.patriarchia.ru/ua/db/text/1546418.html>

11. Портал: Богослов.ru. 30.09.2009/Режим доступу <http://www.bogoslov.ru/>

12. РПЦ пропонує ввести дресс-код в обществe/Режим доступу: <http://svpressa.ru/society/article/37283/>

13. Ответ протоиерея Всеволода Чаплина авторам обращения к патриарху Кириллу по поводу женского дресс-кода/Режим доступу: <http://www.interfax-religion.ru/?act=documents&div=1076>

## **АНТРОПОЛОГИЧЕСКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ АКТУАЛИЗАЦИИ СОЦИАЛЬНЫХ КОНЦЕПЦИЙ КАК КОНВЕРГЕНТНОГО ПРОЦЕССА В СОВРЕМЕННОЙ РЕЛИГИОЗНОЙ ЖИЗНИ**

***Е. Никитченко***

*Национальный университет «Одесская юридическая академия»,  
г. Одесса, ул. Пионерская, 9, e-mail: [elsanika@mail.ru](mailto:elsanika@mail.ru)*

В статье характеризуется один из конвергентных процессов современной религиозной жизни «актуализация социальных концепций», как такой, что обусловлен особенностями развития общества, соответствующей реакцией религиозных организаций на социальные изменения, и выражающийся в том, что руководство некоторых деноминаций вырабатывает официальную позицию по глобальным и актуальным проблемам современности, в той или иной степени обязательную для верующих соответствующего вероисповедания, в том числе, и в юридически значимых ситуациях.

*Ключевые слова:* право, общество, религия, конвергентный процесс.

## **ANTHROPOLOGICAL AND JURIDICAL ASPECT OF ACTUALIZATION OF SOCIAL CONCEPTIONS AS CONVERGENT PROCESSES IN MODERN RELIGIOUS LIFE**

***O. Nykytchenko***

*National University «Odesa Law Academy»,  
Odesa, Pionerska Str., 9, e-mail: [elsanika@mail.ru](mailto:elsanika@mail.ru)*

The article represents the «actualization of social concepts» as one of convergences processes of the modern religious life. It is caused by features of development of the society, corresponding reaction of the religious organizations to social changes. Actualization of social concepts expressed that the rulers of some denominations propose an official position on global and actual problems of the modern world, to some extent obligatory for believers of corresponding religion in juridical important situations also.

*Key words:* law, society, religion, convergences process.



## МОДИФИКАЦИЯ ТЕОРИИ РЕЧЕВЫХ АКТОВ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ПРАВОВЫМ ВЫСКАЗЫВАНИЯМ<sup>1</sup>

**В. Оглезнев**

*Национальный исследовательский  
Томский государственный университет,  
г. Томск, пр. Ленина, 36, e-mail: ogleznev82@mail.ru*

Теория речевых актов, считаясь достаточно однородным направлением в рамках лингвистической философии и имея своим предметом «иллокутивную силу» высказывания, представляет собой коммуникативно-целевую семантику, которая описывает один из аспектов целенаправленной деятельности носителей языка. Этот немаловажный аспект связан с особыми механизмами речевой деятельности – механизмами динамики целей общения. В этом смысле ядром иллокутивной силы высказывания является коммуникативная цель (намерение, установка) говорящего, а в качестве единицы, служащей объектом анализа, выступает отдельное высказывание. Для создателей этой теории (Дж.Л. Остин, Дж Сёрл, П.Ф. Стросон) она выступала, прежде всего, как развитие и углубление представлений о смысле и значении языковых выражений, сложившихся в философской логике, при этом значением языкового выражения считалось знание правил его употребления. Подобный взгляд на значение так же, как и представление о теснейшей связи языка с теми не собственно речевыми действиями, в которые он вплетен, свидетельство того глубокого идейного влияния, которое оказали на теорию речевых актов взгляды позднего Витгенштейна. Примечательно и то, что первоначально в качестве основного объекта рассмотрения в теории речевых актов выступали речевые действия, относящиеся к правовой сфере. Поэтому акцент на «юридических» речевых актах, несомненно, отразился на понимании речевого действия как действия, совершаемого согласно определенным неязыковым установлениям, или конвенциям.

Применение теории речевых актов к правовым высказываниям может иметь эвристическое значение не только для прояснения онтоэпистемологических оснований юридического дискурса, но и для тема-

тизации методологии аналитической философии языка в сфере права. Следовательно, цель этой статьи заключается, во-первых, в демонстрации возможности (и необходимости) модификации теории речевых актов применительно к правовым высказываниям, а, во-вторых, в выявлении релятивности концептуальных разработок школы лингвистического анализа юридическому языку, как особому средству социальной коммуникации.

Как известно, Дж.Л. Остин при исследовании обыденного языка пришел к выводу, что не все истинные или ложные суждения являются описаниями и что многие высказывания, похожие на утверждения своей грамматической формой, вовсе не предназначаются для сообщения прямой информации о фактах (например, этические суждения). Поэтому многие традиционные философские сложности были следствием ошибки, что за прямые утверждения о фактах ошибочно принимались такие высказывания, которые либо вообще не имеют смысла, либо замысливались как нечто совсем другое [1]. Желая избавить язык от подобной «путаницы», Остин в терапевтических целях вводит (или «вычленяет», выражаясь его словами) различие между высказываниями, которые говорятся, и высказываниями, которые делаются, называя первые – констативными (декларативными, или дескриптивными), а вторые – перформативными. В отличие от констативных, перформативные высказывания не могут быть ни истинными, ни ложными; они используются для осуществления действия, т.е. произнося перформативное высказывание, мы всегда осуществляем некоторый акт, или выполняем некоторое действие [2]. Таким образом, перформатив является одновременно и действием и высказыванием, а принципиальным отличием перформативного высказывания от констативного является сложность его верификации, напротив, перформатив можно проверить только с точки зрения его правильности или неправильности.

Но как нам определить какое высказывание является перформативным? Есть два способа его идентификации: 1) высказывание начинается либо глаголом в первом лице единственного числа настоящего времени, либо местоимением первого лица, за которым следует глагол; 2) в высказывании используется глагол в пассивном залоге во втором или третьем лице настоящего времени. Но при «вычленении» перформативов, используя эти «нормальные формы», мы сталкиваемся с некоторыми трудностями. Например, выражение «Сим Вас предупредили», по-видимому, должно быть отнесено к констативным высказываниям (т.к. глагол употреблен в прошедшем времени), но оно предполагает

<sup>1</sup> Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ (Грант № 11-33-00343а2) и Совета по грантам Президента РФ (Грант № МК-270.2011.6)

совершение определенного действия по предупреждению кого-то от чего-то. Кстати, подобные способы тестирования перформативных высказываний неприменимы и к юридическим выражениям, как мы сможем убедиться ниже. Устранить подобные сложности можно через допущение, что перформативное высказывание предполагает использование «эксплицитного перформативного глагола». Однако явное присутствие в выражении «эксплицитного перформативного глагола» не всегда обязательно. Так, например, такие выражения как «Собака!» или «Закрой дверь!» лишь предполагают имплицитное присутствие перформативного глагола, необходимого для выполнения акта предостережения, т.к. мы можем сказать «Осторожно, здесь находится злая собака!». Поэтому главным образом контекст, в котором произносятся слова («Собака!», «Стоять!», «Руки вверх!» и т.д.), может нам ясно подсказать, как эти слова следует понимать: как описание или как предостережение, или приказ.

Однако такое высказывание, как «Я констатирую Вашу правоту», которое внешне, т.е. по своим грамматическим признакам, выглядит констативным, привело Остина к выводу, что зачастую большая часть, если не все, констативные высказывания являются перформативными, и при их произнесении мы совершаем такие же действия, как когда отдаем приказ или предупреждаем. Эти высказывания, объединенные в одну группу речевых актов, именуются иллокутивными актами и противопоставляются перлокутивным актам, основная задача которых воздействовать на адресата с определенной целью. Остин не дает полного определения иллокутивного акта, указывая лишь на то, что осуществление локутивного акта является осуществлением иллокутивного акта, т.е. осуществление какого-то акта в ходе говорения в противоположность действия самого говорения. Поэтому для определения иллокутивного акта нам необходимо выяснить, какую именно локуцию мы используем: спрашиваем, отвечаем, предупреждаем, информируем и т.д. Подобная неопределенность понятия иллокуции вызвала необходимость ее доопределения. П.Ф. Стросон обобщает рассуждения Остина в четырех основных положениях [3]: 1) чтобы знать иллокутивную силу высказывания, мы должны знать, как сказанное задумывалось, или как произнесенные слова были использованы; 2) локутивный акт является актом произнесения чего-либо; иллокутивный акт – это акт, который мы осуществляем при произнесении чего либо, т.е. это то, что мы делаем при произнесении того, что мы произносим; 3) чтобы выступать в качестве эксплицитного перформатива, глагол должен

быть оформлен в первом лице настоящего времени изъявительного наклонения; 4) иллокутивный акт – это конвенциональный акт (это тезис подтверждается множеством юридических примеров), в отличие от перлокутивного акта, который не является конвенциональным. Именно для уточнения последнего утверждения в Стросоном в теорию речевых актов было введено понятие намерения, которое придало уверенности в различении конвенциональных и интенциональных (неконвенциональных) актов. Так Стросон, привлекая для анализа речевых актов аргументацию Г.П. Грайса относительно значения языковых выражений [4], указывает, что лишь некоторые иллокутивные акты (а не все, как указывает Остин) являются конвенциональными, только в том смысле, что для их реализации необходимы экстралингвистические соглашения. Из чего делается вывод, что основные речевые акты по существу вообще неконвенциональные, т.к. наличие языковых конвенций является случайным фактом. Подобное допущение Стросона позволит нам отметить неубедительность того аргумента Остина, что иллокутивные акты являются конвенциональными лишь в том случае, когда они могут быть эксплицированы при помощи соответствующих форм первого лица, а также признать неверным, что подобной перформативной формулы не существует для перлокутивных актов.

Необоснованность выводов Стросона и Грайса об ограниченной конвенциональности иллокутивных актов привело Дж. Сёрла к выводу, что деление на интенциональные и конвенциональные акты не имеет никакого эпистемологического значения [5], поскольку оно основано лишь на неправильном понимании идеи Остина о различии между иллокутивным пониманием (т.е. пониманием высказывания) и перлокутивным воздействием (эффектом). Сёрл указывает, что желаемое воздействие значения чего-либо заключается не в том, чтобы вызвать речевой отклик у слушающего или сделать так, чтобы он повел себя определенным образом, а в том, чтобы ему стали известны иллокутивная сила и пропозициональное содержание высказывания. В этом смысле некоторые речевые акты (например, утверждение или обещание) могут быть осуществлены только в системах «определяющих» (конститутивных) правил, а языковые конвенции (например, в естественных языках) реализуют эти глубинные определяющие правила (тем не менее, не смотря на явную убедительность подобной аргументации, остается непонятным, чем критикуемые Сёрлом конвенции Стросона отличаются от его конститутивных правил, реализуемых при помощи этих же конвенций). И если иллокутивный акт осуществлен успешно (например,

выполнены обязательства, возникшие из договора), то правило служит только для того, чтобы обеспечить достижение перлокутивного эффекта, т.е. перформативный глагол обозначает выполняемый акт, если эксплицитное намерение говорящего было реализовано (намерения, скрытые в значениях, являются перлокутивными). Поэтому предлагается заменить понятие конвенции понятием правила, что позволит показать, что иллокутивный акт есть действие, подчиняющееся правилам. Сёрл отказывается от понятия локуции и указывает на то, что верифицируемой может быть только пропозиция, порождаемая перформативом. Поэтому пропозициональный акт включает в себя как акт референции, т.е. привлечение в зону рассмотрения определенных объектов, так и акт предикации, т.е. приписывание свойств этим объектам.

Проанализировав некоторые аспекты теории речевых актов Остина, Стросона и Сёрла, обратим наше внимание на возможность трансляции семантической методологии в область юридического языка, что позволит, во-первых, выяснить релевантность и обоснованность отдельных эпистемологических положений этого подхода, а во-вторых, выявить особый статус правовых высказываний на основе аскриптивного подхода Г.Л.А. Харта к юридическому языку.

Итак, если принять во внимание мнение Стросона и Грайса о том, что «явное намерение» говорящего в случае неконвенциональных актов состоит в том, чтобы добиться от слушающего некоторой реакции или выполнения какого-нибудь действия, то произнесение выражения, например, как «Встать, Суд идет!» должно считаться неконвенциональным актом. С другой стороны, в юридическом языке, по сути, все акты являются конвенциональными, т.к. выполняются в соответствии с конститутивными правилами в духе Сёрла. Но при этом мы видим, что произнесение выражения «Встать, Суд идет!» не требует своим результатом, чтобы слушающему стали известны иллокутивная сила и пропозициональное содержание высказывания (хотя это тезис и кажется спорным при первом приближении, но имеет право на существование), но при этом желаемое воздействие говорящего будет реализовано, т.к. нежелание повиноваться говорящему может повлечь наступление определенных негативных (юридических) последствий: например, нежелающего повиноваться могут удалить из зала суда. Поэтому если воздействие реализовано (эксплицитный перформативный глагол указывает на реализацию намерения, т.е. на выполнение акта), то перлокутивный эффект достигается естественным образом. Как мы видим, наш аргумент, что выражение «Встать, Суд идет!» представляет собой

перформативное высказывание с перлокутивным эффектом, ставит под сомнение идею Остина о том, что для многих перлокутивных актов нет соответствующей перформативной формулы 1-ого лица, поскольку мы может сказать «Приказываю Вам встать, поскольку идет Суд». Однако, по Стросону, эксплицитная перформативная форма может быть названием самого речевого акта (только для конвенциональных актов) в том и только в том случае, если явное намерение говорящего приводит к желательному результату, напротив, для неконвенциональных высказываний эта форма названием вообще быть не может. Следовательно, приведенный пример является перформативным конвенциональным актом с перлокутивным эффектом. Этот вывод подтверждает идею Остина об отказе от предложенной им же дихотомии перформатив-констатив, а также опровергает его же тезис, что эксплицитный перформативный глагол нельзя обнаружить в перлокутивных актах.

Этот во многом упрощенный анализ применения разработок теории речевых актов к употреблению некоторых юридических высказываний указывает, во-первых, на уникальность юридического дискурса, т.е. такие на первый взгляд дескриптивные выражения как «Встать, Суд идет!», невозможно исследовать без учета его семантического содержания и лингвистического выражения, а, во-вторых, на необходимость допущения особого значения юридических выражений и их онтологических и эпистемологических характеристик. Нам кажется, что наиболее удачной стратегией по экспликации этих свойств является аскриптивный подход Г. Харта.

Харт выявляет перформативное использование некоторых аскриптивных юридических понятий: «Моя основная цель... – предложить подход, согласно которому философский анализ понятия 'человеческое действие' был неадекватен и вводил в заблуждение в значительной степени потому, что предложения формы 'Это сделал он' традиционно считались дескриптивными, тогда как их основная функция, которую я рискну назвать аскриптивной, буквально заключается в том, чтобы приписывать ответственность за действия, а основная функция предложений формы 'Это – его' заключается в приписывании права собственности» [6]. А логические особенности, которые отличают эти виды предложений от дескриптивных предложений, могут быть лучше всего поняты при рассмотрении определенных особенностей юридических понятий, поскольку они чаще встречаются в юридической практике и процессе, а не в теоретических рассуждениях правоведов о правовых понятиях. Действительно, в юридическом языке имеет место серьез-

ное противоречие между дескриптивными высказываниями, основная функция которых заключается в описании неких фактов совершения действия, подтверждаемых наблюдаемыми проявлениями, и разъясняющих право произнесения, в отношении которых, в отличие от дескриптивных предложений, невозможно поставить вопрос об истинности/ложности [7]. Эта идея удачно согласуется с положением Остина, что произнося перформативное высказывание, мы совершаем некое действие, но не описываем или сообщаем о действии, следовательно, перформатив не имеет и не предполагает истинностной/ложной оценки. Также как и Остин, Харт пытается выявить существенные (в первую очередь грамматические) признаки аскриптивных выражений и указывает, что «произнося такие предложения, особенно в настоящем времени, мы часто не описываем, но фактически осуществляем или производим некое действие... и когда эти слова употребляются таким способом, они соотносятся с подтверждающими их фактами во многом тем же самым образом, что и решение судьи. Но помимо этого, данные предложения, особенно в прошедшем и будущем времени, имеют многообразие других употреблений, которые в целом нелегко вычленишь из, так называемого, их первичного употребления» [6]. Из этого рассуждения мы можем сделать, по крайней мере, два важных методологических вывода: во-первых, приписывание ответственности или права осуществляется при помощи произнесения, а во-вторых, глаголы действия имеют важное дескриптивное употребление особенно в настоящем и будущем времени, их же аскриптивное употребление применяется в основном в прошедшем времени, где глагол часто и вневременен, и прямо указывает на прошлое, как отличное от настоящего.

Предложенная в этой статье исследовательская стратегия позволила, во-первых, на основе анализа теории речевых актов доказать, что аскриптивные правовые высказывания представляют собой особый вид перформативных выражений, во-вторых, зафиксировать релевантность некоторых положений теории речевых актов правовым высказываниям, и наконец, в-третьих, на примере анализа юридического языка подтвердить тезис, что тип дискурса задает онтологические границы словоупотребления.

#### Список использованных источников:

1. Остин Дж.Л. Слово как действие / Дж.Л. Остин // Новое в зарубежной лингвистике / Ред. Б.Ю. Городецкий. – М.: Прогресс, 1986. Вып. XVII. – С. 22-130.
2. Остин Дж.Л. Перформативы – констативы / Дж.Л. Остин // Философия языка / Ред.-сост. Дж.Р. Сёрл. Изд. 2-е. – М.: Едиториал УРСС, 2010. – С. 23-34.
3. Стросон П.Ф. Намерение и конвенция в речевых актах / П.Ф. Стросон // Философия языка / Ред.-сост. Дж.Р. Сёрл. Изд. 2-е. – М.: Едиториал, 2010. – С. 35-55.
4. Грайс Г.П. Значение говорящего, значение предложения и значение слова / Г.П. Грайс // Философия языка / Ред.-сост. Дж.Р. Сёрл. Изд. 2-е. М.: Едиториал, 2010. – С. 75-98.
5. Сёрл Дж.Р. Что такое речевой акт? / Дж.Р. Сёрл // Философия языка / Ред.-сост. Дж.Р. Сёрл. Изд. 2-е. – М.: Едиториал, 2010. – С. 56-74.
6. Харт Г.Л.А. Приписывание ответственности и прав (пер. с англ. Оглезнева В.В.) / Г.Л.А. Харт // Правоведение. – 2010. – № 5 (292). – С. 116-135.
7. Оглезнев В.В., Тарасов И.П. Аскриптивность как онтологическое свойство юридических понятий / В.В. Оглезнев, И.П. Тарасов // Вестник Томского государственного университета. Философия, социология, политология. – 2010. – № 4 (12). – С. 101-111.

### МОДИФІКАЦІЯ ТЕОРІЇ МОВНИХ АКТИВ СТОСОВНО ПРАВОВИХ ВИСЛОВЛЮВАНЬ

*В. Оглезнев*

*Національний дослідницький Томський державний університет,  
м. Томськ, пр. Леніна, 36, e-mail: ogleznev82@mail.ru*

У статті представлена спроба виявити онтоепістемологічні характеристики правових висловлювань через модифікацію теорії мовних активів. Доведено, що аскриптивні правові висловлювання являють собою особливий вид перформативних виразів.

*Ключові слова:* теорія мовних активів, правові висловлювання, Дж.Л. Остин, П.Ф. Стросон, Дж. Сёрл, Г.Л.А. Харт.

## MODIFICATION OF THE THEORY OF SPEECH ACTS FOR THE LEGAL STATEMENTS

*V. Ogleznev*

*Tomsk National State Research University,  
Tomsk, Lenin Av., 36, e-mail: ogleznev82@mail.ru*

The article presents an attempt to identify ontological and epistemological characteristics of the legal statements by modifying the speech act theory. It is proved that ascriptive legal statements are a special kind of performative expressions.

*Keywords:* theory of speech acts, legal statements, J.L. Austin, P.F. Strawson, J. Searle, H.L.A. Hart.

## ПРАВОВА ЗНАКОВА КОНСТРУКЦІЯ ЯК АНТРОПОЛОГІЧНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ

*О. Павлишин*

*Національна академія внутрішніх справ,  
м. Київ, пл. Солом'янська, 1, e-mail: oleg55@voliacable.com*

Дослідження антропологічно-правової проблематики в новітній період розвитку правової науки здійснюється за допомогою різних методів і підходів, одним із найбільш перспективним серед яких видається семіотико-правовий. Як відомо, оформлення семіотики в якості самостійної науки відбулося у 1970-х рр. завдяки дослідженням В.В. Іванова, Ю.С. Степанова, Б.А. Успенського, Р.О. Якобсона, Г. Креса, Р. Барта, Р. Ходжа, Дж. Фіска – вчених, які застосовували досягнення знакової теорії для аналізу феноменів культури. Велике значення для її становлення мала наукова діяльність тартусько-московської школи семіотики під проводом Ю.М. Лотмана, праці В.В. Іванова, Ю.С. Степанова, Б.А. Успенського, а в новітній період – семіотичні дослідження політичної та політико-правової сфери, які здійснювали Г.Г. Почепцов, І.А. Лебедев, Р.А. Рахімов, А.Г. Хабібুলін, В.П. Сальников, Є.І. Шейгал, а також семіотичний аналіз соціальної реальності Ю.В. Романенка та А.В. Чантурії, навчальні видання (навчальні посібники) Є.С. Нікітіної, Н.Б. Мечковської, Є.В. Савелової та інші.

Особливе значення для розвитку семіотики права мали праці визначних філософів і юристів минулого, які здійснювали філософський (логічний) аналіз мови юриспруденції, дослідження Бернарда С. Джексона, Роберти Кевелсон, Яна М. Брокмана, Анни Вагнер, Джека М. Балкіна, Д. Карцо, роботи А.А. Денисової, Н.І. Хабібুলіної, А.К. Саркісова, О.О. Мережка, В.Д. Титова, С.Е. Зархіної, В.В. Речицького, І.Л. Честнова, Н.В. Разуваєва, методичні розробки С.Г. Проскуріна, розвідки О.М. Балинської, Д. Бочарова, В.М. Вовк, В. Гончарова, О.В. Горяїнова, Н.В. Костицької, Н.І. Сатохіної, Є.А. Тюгашева та інших сучасних вчених, присвячені окремим аспектам даної проблематики.

Не викликає сумнівів те, що міждисциплінарні дослідження права з позицій семіотики можуть скласти конкуренцію багатьом іншим теоретико-методологічним підходам, сприяти вирішенню важливих проблем філософсько-правової науки, а також принести практично цінні для юриспруденції результати.

Сучасний філософсько-правовий дискурс все частіше звертається до інтерсуб'єктивізму як способу обґрунтування права та тяжіє до інтегративних теорій права, що свідчить про відхід від класичного протистояння юснатуралізму та правового позитивізму як типів праворозуміння. Поява комунікативних теорій права, підтверджуючи такий висновок, стимулює розвиток нового теоретико-методологічного інструментарію, термінологічного апарату, який може використовуватись і в процесі вивчення знакової природи права. Разом з тим, семіотико-правові дослідження потребують формування і розробки адекватної категоріальної бази, яка відповідає власним дослідницьким запитам і підходам, враховує як загальносеміотичні традиції, так і особливості правової предметної сфери. З цією метою вчені, які цікавляться знаковою проблематикою у праві, пропонують власні визначення, задаючи вихідні точки семіотико-правового дискурсу. Одними із таких ключових понять, які мають фундаментальне значення для становлення і розвитку цієї галузі знань, є поняття «правовий знак» та «правова знакова конструкція», саме вони заслуговують на особливу увагу дослідників.

Узагальнивши результати наукового пошуку на даному етапі розвитку семіотики, можна визначити, що правовий знак – це елемент дійсності, обраний або створений людиною, який має правове значення. Правовий знак поєднує в собі означення, означуване та об'єкт правової дійсності, який позначається. Таким чином, він містить у собі: 1) зовнішній вираз, форму, оболонку – означення; 2) предмет думки, який означається, найчастіше він виражений у понятті – означуване; 3) існуюче в реальному світі явище правової дійсності (предмет, процес, статус, система відносин), які позначаються. Як відомо, процес становлення знаків проходить три стадії – формування знаків-індексів, знаків-копій, знаків-символів. І хоча переважну більшість правових знаків складають правові знаки-символи, однак ми можемо констатувати наявність знаків-індексів і знаків-копій у праві, що свідчить про відповідну генезу правових знаків, специфіку перебігу та основні стадії даного процесу.

Правова знакова конструкція – це інтегральне поєднання правових знаків, яке має самостійне правове значення. Правова знакова конструкція є інтегральною складовою частиною правової реальності, стійким та змістовно цілісним поєднанням правових знаків. Конфігурація правових знаків, втілена в ній, відображена в окремому правовому понятті. Тобто правова знакова конструкція є інтегральним знаковим утворенням, яке має окреме, самостійне правове значення, і цим відрізняється

від складного правового знаку, який теж складається із декількох знаків, однак вони не змістовно, а за своєю сукупністю об'ємно доповнюють, синонімічно підсилюють певне одне поняття.

Семіотико-правові поняття «правовий знак» і «правова знакова конструкція» характеризують специфіку структурної організації права як знакової системи, розкривають його складну, ієрархічну побудову, визначають первинні і основні частинки знакової системи права, таким чином, мають особливе значення для розуміння сутності і специфіки організації правової реальності, яка є предметом філософсько-правових досліджень сучасності, об'єктом зацікавленості та стимулом для науково-дослідної активності мислителів новітнього періоду.

Антропологічно-правове значення правової знакової конструкції полягає в тому, що народжує, змінює та інтерпретує правові знаки саме людина – зі своїм світоглядом, тобто цілісним духовним утворенням – інтегративною єдністю ціннісних установок і орієнтирів, принципів, ідеалів, надій, вірувань та багатьох інших елементів, які характеризують як місце людини у світі в цілому, так і місце права у цій світоглядній системі. Саме ці уявлення про світ, саму себе, своє місце у світі права накладають відбиток не лише на особливості тлумачення змісту правових знаків (семантику права), але і на спосіб сприйняття людиною змісту даних знаків, іншими словами, визначають специфіку особистісної оцінки суб'єктом здійсненої ним інтерпретації символічного смислу знаку, вираженої у ставленні до нього.

Правова знакова конструкція відображає логіку права, вказує на самостійно значимий правовий феномен. Конкретизуючи ідею права, вона позначає окреме правове явище і поряд із правовим знаком є важливим елементом когнітивної структури правової реальності, розкриває зміст і сутність структур, в які організоване правове буття, характеристики та ознаки права як об'єкта пізнання.

Антропологічно-правове осмислення юридичних процесів і явищ спрямоване на розкриття особливостей відображення права в індивідуальній чи суспільній свідомості, а також на пізнання закономірностей соціально-правової взаємодії, дослідження тих інтерсуб'єктивних характеристик, які є принциповими для розуміння ідеї права у всій повноті його проявів.

### Список використаних джерел:

1. Бочаров Д. Проблема тлумачення юридичних текстів у контексті концепту «смерті Автора» / Дмитро Бочаров // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Матеріали Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 4–5 грудня 2009 р.). – Львів : Край, 2009. – С. 56–65.
2. Мережко А. Юридическая семиотика и юридическая герменевтика / А. Мережко // Юридическая практика : еженедельная профессиональная газета. – 2002. – № 8 (218). – 20 февр.
3. Почепцов Г.Г. История русской семиотики до и после 1917 года / Г.Г. Почепцов. – М. : Лабиринт, 1998. – 336 с.
4. Саркисов А.К. Семиотика права : Историко-правовое исследование правовых знаковых конструкций : Дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / А.К. Саркисов. – Коломна, 2000. – 222 с.
5. Сатохіна Н. Розуміння у здійсненні права: антропологічний вимір / Наталія Сатохіна // Антропологія права : філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : Матеріали Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 4-5 грудня 2009 р.). – Львів : Край, 2009. – С. 289–301.
6. Титов В.Д. Историческое развитие философско-логических концепций языка права / В.Д. Титов, С.Э. Зархина. – Харьков : ФИНН, 2009. – 432 с.
7. Хабибулина Н.И. Политико-правовые проблемы семиотического анализа языка закона : теоретико-методологическое исследование : Дис... доктора юридических наук : 12.00.01 / Н.И. Хабибулина. – Санкт-Петербург, 2001 – 335 с.
8. Хабибулина Н.И. Язык закона и его постижение в процессе языкового толкования права : Дис... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н.И. Хабибулина. – М., 1996. – 146 с.
9. Чантурія А.В. Семіотичні аспекти дослідження соціальної реальності : Автореф. дис... канд. філософ. наук : 09.00.03 Ін-т філос. ім. Г.С. Сковороди НАН України / А.В. Чантурія. – К., 2006. – 20 с.

### ПРАВОВАЯ ЗНАКОВАЯ КОНСТРУКЦИЯ КАК АНТРОПОЛОГО-ПРАВОВАЯ КАТЕГОРИЯ

**О. Павлышин**

*Национальная академия внутренних дел,  
г. Киев, пл. Соломенская, 1, e-mail: oleg55@voliacable.com*

В статье рассматриваются правовой знак и правовая знаковая конструкция в контексте проблем взаимодействия человека и права и других проблем антропологии права, определены основные аспекты данного взаимодействия с позиции семиотики права как методологии философско-правовых исследований.

*Ключевые слова:* антропология права, семиотика права, правовой знак, правовая знаковая конструкция, правовая знаковая система.

### LEGAL SIGN CONSTRUCTION AS A CATEGORY OF ANTHROPOLOGY OF LAW

**O. Pavlyshyn**

*National Academy of Internal Affairs,  
Kyiv, Solomyanska Sq., 1, e-mail: oleg55@voliacable.com*

In the article the legal sign and legal sign construction are explored in the context of the interaction of human and law as well as other problems of the anthropology of law. Main aspects of its interaction are determined on the basis of semiotics of law's and philosophy of law's methodology.

*Key-words:* anthropology of law, semiotics of law, legal sign, legal sign construction, legal sign system.

## ЭПИСТЕМОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ АНТРОПОЛОГИИ ПРАВА

*В. Петрушенко*

*Национальный университет «Львовская политехника»,  
г. Львов, ул. С. Бандери, 12, корп. 4, 328 к., e-mail: polyfil@rambler.ru*

«Духовная ситуации нашего времени» – одна из частых предметных рубрик в современной философии и общественной мысли. Она может показаться навязчивой, однако вполне оправданной, и по весьма существенным соображениям. Дело не только в том, что человеку, как и обществу, для того, чтобы уверенно ориентироваться в собственном жизненном процессе, нужны некоторые общие обозрения существующего состояния дел. Это действительно так. Однако более важным и существенным является тот хорошо ощущаемый ныне всеми факт, что духовная ситуация современного общества быстро изменяется, а эти изменения сегодня грозят вылиться в процесс непрекращающихся мутаций. Эти изменения, по мнению многих современных философов, в значительной степени связаны с влиянием идей постмодернизма как на общее состояние умов, так и на понимание того, что происходит в современном обществе [11, с. 939 – 953]. Философский постмодернизм выступил с довольно пессимистическими прогнозами относительно тех тенденций, что наблюдаются в основных сферах человеческой жизнедеятельности и в сферах духовной жизни общества. Речь, в частности, шла и о том, что человек современного общества давно утратил связь с тем, что называется жизненной реальностью в ее природно-вещественных и естественных, то есть спонтанных проявлениях; теперь он погружен в знаково-символический процесс, но ситуация усугубляется еще и тем, что это процесс N-ного порядка наслоений. То есть мы имеем дело не с первичными обозначениями, а с обозначениями многочисленных предыдущих обозначений (Ж. Бодрийяр – [2, с. 204 – 205]). Нечто, ничем и никак не обозначенное, оказывается для современного человека либо немым, либо пугающим.

Таким образом очерченная ситуация имеет своим началом так называемый «лингвистический поворот» в философии, развернувшийся в первой трети XX столетия [4, с. 9 – 38]. Уже в наше время этот поворот был обозначен «лингвистической тиранией» (Р. Рорти и др.), и совершенно справедливо. Суть поворота можно, несколько огрубляя, обозначить так: язык является первой и единственно осязательной

реальностью, с которой человек имеет дело и в которую он погружен. Все есть тест, все есть язык. Шлейф последствий такого понимания человеческой реальности ощутим еще и сегодня. В частности, он очень заметен в тех сферах и регионах гуманитарной мысли, которые связаны так или иначе с аналитической философией. Именно представители аналитической философии склонны считать знаково-символические формы основными для человека в его самоосуществлении и именно они настаивают на том, что в любой сфере деятельности прежде всего и по преимуществу следует стремиться к наведению ясности путем анализа языковых форм [1, с. 4 – 5]. Излишним будет настаивать на том, что антропология права испытывает ощутимое влияние такой мировоззренческой и методологической установки. Право вообще и антропология права, в частности, проявляет особую щепетильность к словам, формулировкам, текстовым образованиям. Отсюда почти автоматически следует заметное тяготение правовой мысли и философии права к методам и убеждениям аналитической философии.

Однако те тенденции в современном положении человека, которые обнаружил и обнажил философский постмодернизм, сегодня воспринимаются в большинстве случаев как сигнал тревоги, как привлечение внимания к симптомам. Реальная ситуация с положением современного человека сложнее и запутаннее, тем более, что мы имеем дело с разными культурами, разными уровнями цивилизационного процесса, с разными жизненными практиками. Но и в так называемых цивилизационно развитых странах как и в отдельных сферах их жизнедеятельности доверие к методологии аналитической философии граничит со скепсисом и сомнениями. Именно в антропологии права мы, быть может, особенно остро можем почувствовать неоправданность панлингвизма или лингвистического тоталитаризма. Понимание того, что между состоянием сознания определенного человека и продуцируемыми им знаковыми или языковыми сообщениями нет идентичности, как и понимание того, что судьба вот этого живого и конкретного человека не может совпасть с правовыми формулировками вынуждает в реальной правовой практике маневрировать и находить противовес или своего рода компенсацию в формах, например, прецедентного права или в применении суда присяжных.

Напомню оду из сентенций Ф.М. Достоевского, 190-летие со дня рождения которого отмечалось не так давно. Писатель сказал, что если бы ему с математической точностью доказали, что истина и Христос разошлись, он остался бы с Христом. Математически точные дока-



зательства производятся действительно с помощью знаков и в сфере знаково-символических форм, однако человек оказывается настолько же выше и сложнее знаково-лингвистических форм, насколько живая кровь, пульсирующая в жилах, сложнее знаков, вписанных в листок с данными анализа крови.

С философской точки зрения беда заключается еще и в том, что аналитическая философия не только оставляет вне поля своего зрения сложности и противоречия живого человека, но оставляет также за пределами своих интересов и богатую философскую традицию, связанную с изучением процессов познания и функционирования сознания, как и сами эти процессы. Внимание к эпистемологической составляющей антропологии права или к эпистемологическим ее основаниям, как мне представляется, может приблизить нас к более объемному видению и человека, и его представленности в праве.

Следует заметить, что в наше время процессами познавательной деятельности занимается целый комплект наук: кроме традиционных психологии, нейрофизиологии и информатики эти процессы исследуют когнитивные науки (когнитология, когнитивная психология и когнитивная антропология – [7, с. 133 – 164]), эволюционная эпистемология, психоллингвистика и т.д. В самом общем плане эти многочисленные исследования резюмируются гносеологией и эпистемологией как философской наукой о знании. Однако в обсуждении данного вопроса следует обратить внимание на два момента. Во-первых, эпистемология, зародившаяся как, прежде всего и по преимуществу, наука о научном знании и познании, в наше время переросла (с подачи П. Уинча и некоторых других исследователей) в общую или философскую эпистемологию, точнее – в эпистемологию, понимаемую как философская наука о знании [14, с. 1160 – 1166]. Во-вторых, более или менее традиционная для философии гносеология (теория познания) в свете сегодняшней методологии и смещений в историко-философском процессе рассматривается как позиция в исследовании познания, характерная для классической философии. Для гносеологии была характерной установка на то, чтобы рассматривать познание, в общем и целом, как и любой другой реальный процесс. То есть допускалась установка возможности внешнего наблюдения за познанием, внешней его оценки. Для эпистемологии же исходной посылкой служит тезис о том, что знание для внутреннего мира человека является первой и непосредственной реальностью, но оно, то есть знание, является основной формой репрезентации реальности для сознания [13, с. 20 – 21, 64 – 65]. Иными

словами, любая реальность становится доступной сознанию лишь тогда, когда она внутри сознания обретет представленность хотя бы в виде элементарного знания, выражаемого формулировкой «Это есть».

Эпистемология исходит из того, что ни в каких иных формах действительность не открывается человеку как человеку, то есть человеку, пребывающему в состоянии бодрствующего сознания. Если почему-то последнее, то есть сознание, замутняется или вообще отключается, то не будет уже в человеке той инстанции, которая может фиксировать что-либо, подводя это что-либо под понятие реальности. Эпистемология работает со знанием, отвергая возможность стать во внешнее отношение к познанию. Но в этой первой реальности для сознания, то есть в знании, эпистемология выделяет такие элементы, которые не могут быть продуцированными произвольными действиями сознания или воображения, которые навязываются сознанию, представляя для него чем-то самодостаточным и онтологически упрямым, и элементы, связанные с возможностями и внутренними актами мыслительной рефлексии.

Естественным является то, что эпистемология так или иначе связывает знание и познание с чувственным контактом человека с физической, вещной реальностью, поскольку история познания, как и история философии и науки убедительно доказали, что факт реального существования чего бы то ни было может быть установлен только на основании чувственного контакта [5, с. 40]. Интересно отметить то, что и некоторые теологические концепции и направления придерживаются такого же мнения. С другой стороны, эпистемология со времен И. Канта отстаивает убеждение в том, что иметь нечто в своих чувствах – еще не значит знать это нечто. Знание предполагает подведение чувственных впечатлений в единство с рефлексорирующими актами интеллекта [5, с. 41; 13, с. 113 – 116, 190 – 192]. В истории философии жил и в некоторой мере продолжает жить ошибочный взгляд на рефлексию человеческого ума как на то, что только тасует чувственные впечатления, не добавляя к ним ничего существенного. Если бы это было так, то роль именно того, чем человек принципиально отличается от любых животных, была сведена бы к исключительно вспомогательной. Но на деле это далеко не так, поскольку именно интеллекту человека принадлежит та заслуга, что он не просто соединяет или разделяет чувственные данные, но и относит их к определенным регионам бытия, а не просто абстрактным общностям в соответствии с их повторяющимися свойствами. Именно интеллект, реагируя на данные органов чувств, конста-

тирует наличие либо отсутствие чего-либо, то есть устанавливает факт «бытия – небытия» любого сущего или явления и, соответственно, в дальнейшем умозаключает о способе их бытия. Это и есть отнесение чувственного данного к регионам бытия (например, растения, тела, минералы и пр.).

С познавательной точки зрения акты, осуществляемые интеллектом, обладают всеобщим предметным схематизмом, то есть эти акты предельно однородны, и именно поэтому они наиболее адекватны знаково-символическим формам [10, с. 123 – 137]. Можно сказать и наоборот: эти акты, поскольку они не носят непосредственно чувственного характера, могут осуществляться и обретать реальность только на основе знаково-символических форм. В сфере чувственно данного слова и знаки носят, скорее, не выражающий, а обозначающий характер, поэтому слово, как правило, не имеет ничего общего с чувственно наблюдаемой вещью [3, с. 97]. Это следует учитывать и в правовой практике, поскольку фиксации действительно наличного и имеющего чувственно наблюдаемый характер в своих сущностных характеристиках не передаются словами, а их достоверность может надежно верифицироваться лишь предъявлением вещей или реальным опытом взаимодействия с ними.

Несколько иная ситуация возникает тогда, когда мы имеем дело с интеллектуальными актами: здесь достаточно строго значение слов увязывается с теми процедурами, операциями и схемами действий, на основе которых образуется данное предметное содержание и в дальнейшем используется. То есть здесь значение слов не только может, но и должно быть эксплицировано на основании образующих его содержание интеллектуальных актов. Эту характеристику абстрактных предметных понятий фиксировал, например, операционализм Д. Дьюи, теория предметного схематизма познавательных форм неокантианства марбургской школы [6, с. 82 – 84]. Именно в этой сфере – в сфере выражения предметных форм и регионов бытия в абстрактных или общих понятиях – лингвистическая философия наиболее близка к выражению сути познавательных форм и возможностей человека.

Взаимодействие чувственных данных (чувственных фиксаций) с интеллектуальными актами, носящими характер выражения предметных регионов бытия, и создает то, что называется знанием: знание – это некоторая данность, представленная в сознании вместе с совокупностью предметных актов и отношений, через которые эта данность интеллектуально осваивается. В этом моменте рассмотрения сущности

и структуры знания необходимо обратить внимание на два сопутствующих аспекта: во-первых, интеллектуальные акты характеризуются не только рефлексией на чувственные данные, но и на собственные действия, то есть обладают способностью к саморефлексии, к открытости своих действия для себя самих. Поэтому для человека, как же говорилось, контакты с реальностью носят не характер непосредственных реакций, а характер интеллектуальных оформлений таких контактов с последующей фиксацией их внутри поля (или экрана) интеллектуальной деятельности. Иными словами, человек не просто видит нечто, но фиксирует, что он видит, не просто знает, но знает, что знает и т.д. Именно на этой ступени формирования и функционирования знания появляется проблема адекватности знания и действительности, адекватности тех образований сознания, что в нем возникают и функционируют в результате контактов с действительностью и реальным положением дел. Но вследствие этого для самого познающего человека (и его сознания) возникает вопрос об основаниях синтеза чувственно данного с отработанными в познавательном опыте предметными схемами и актами. Исследование этих оснований в конечном итоге привели эпистемологию к признанию того, что строение знания носит не двух, а трехчленный характер: в основе синтеза чувственных данных с интеллектуальными предметными формами и актами лежат смысловые начала (или структуры) [12, с. 5 – 19; 13, с. 207 – 209]. В свою очередь, изучение последних показало, что они не создаются путем некоторого познавательного поиска, а лишь преднаходятся, извлекаются познанием из экзистенциального опыта, определенным образом эксплицируются и используются. К.-Г. Юнг называл такие смысловые начала сознания архетипами коллективного бессознательного, М.К. Мамардашвили – продуктивными тавтологиями [8, с. 80 – 81], а представители когнитивных наук – когнитивными схемами или картами [10, с. 123]. В философии и методологии науки с этими картами связываются общие представления о возможном объекте познания и способах, делающих его доступным познанию. Само собою разумеется, что и понимание, и смысловые ориентации человека или человеческого сообщества представляют собой довольно сложные образования, вырастающие как из жизненного опыта человека, так и его определенных индивидуальных характеристик. Но, кроме всего прочего, они также важны и потому, что отчетливо демонстрируют такое интересное эпистемологическое явление, как детерминацию познавательного отношения целым: это значит, что некоторый познавательный результат представляет собой

не столько собирание познавательных крох, сколько согласование их с некоторой изначальной цельной установкой или ориентацией человека. Смысловые детерминанты сознания и сознательного поведения вряд ли могут иметь однозначное логико-семантическое истолкование.

В многочисленных философских и культурологических исследованиях достаточно убедительно доказано, что основной формой выражения смысловых начал человеческого сознания являются символы культуры [9, с. 104 – 105; 13, с. 277 – 279]. И именно это делает исходные установки познавательного (или просто – сознательного) отношения человека к действительности непереводаемым однозначно на язык знаково-лингвистических форм и сообщений. Поэтому как вопросы справедливости, так и проблемы адекватного применения определенных правовых норм должны соотноситься – так или иначе, в той или иной степени – как с культурными традициями, с символическими формами и архетипическими ценностными установками участников определенного правового процесса или действия, так и с общим культурно-историческим контекстом, в который они вписаны. В любом случае, игнорирование эпистемологических сторон и составляющих антропологии права вряд ли будет содействовать совершенствованию правового поля современного общества, особенно с учетом того, что в настоящее время все больше речь идет о так называемом новом гуманизме, призванном со всей серьезностью отдать должное человеческой индивидуальности со всеми ее сторонами и сложностями.

#### Список использованных источников:

1. Аналитическая философия: Избранные тексты / Сост., вступ. ст. и коммент. А.Ф. Грязнова. – М.: Изд-во МГУ, 1993. – 181 с.
2. Бодрийяр Ж. К критике политической экономии знака (пер. с фр. Д.Кралечкин) / Жан Бодрийяр. – М.: Академический проект, 2007. – 335 с.
3. Вайсман Ф. Как я понимаю философию / Ф. Вайсман // Путь в философию. Антология. – М.: ПЕР СЭ, 2001. – 445 с.
4. Введение. Эволюция и основные характеристики аналитической философии // Аналитическая философия: Учеб. пособие / Под ред. М.В. Лебедева, А.З. Черняка. – М.: Изд-во РУДН, 2006. – 622 с.
5. Годстейн М. и Голдстейн И.Ф. Как мы познаем. Исследование процесса научного познания. Сокр. пер. с англ. / М. Голдстейн и И.Ф. Голдстейн. – М.: Знание, 1984. – 256 с.

6. Кассирер Э. Познание и действительность. Понятие субстанции и понятие функции / Э. Кассирер. – М.: ИТДГК, 2006. – 400 с.

7. Кучер Е.Н. Познание познания: когнитивные науки / Е.Н. Кучер // Когнитивный подход. Научная монография / Отв. редактор – акад. РАН В.А. Лекторский. – М.: «Канон+», 2008. – 464 с.

8. Мамардашвили М.К. Картезианские размышления / М.К. Мамардашвили. – М.: Издательская группа «Прогресс», 1993. – 352 с.

9. Мамардашвили М.К. Сознание и цивилизация / М.К. Мамардашвили. – СПб.: Азбука, Азбука – Аттискус, 2011. – 288 с.

10. Найссер У. Познание и реальность. Смысл и принципы когнитивной психологии / У. Найссер; [пер. с англ. В.В. Лучкова. Вступ. ст. и общ. ред. Б.М. Величковского]. – М.: Прогресс, 1981. – 232 с.

11. Неретина С. Пути к универсалиям / С. Неретина, А. Огурцов. – СПб.: РХГА, 2006. – 1000 с.

12. Остин Д. Три способа пролить чернила: Философские работы / Дж. Остин; [пер. с англ. В. Кирющенко; Вступ. статья В. Кирющенко, М. Колопонтин]. – СПб.: Изд-во «Алетейя»: Изд-во С.-Петерб. Ун-та, 2006. – 335 с.

13. Петрушенко В.Л. Філософія знання: онтологія, епістемологія, аксіологія / В. Петрушенко. – Львів: Ахілл, 2005. – 320 с.

14. Энциклопедия эпистемологии и философии науки. – М.: «Канон+» РООИ «Реабилитация», 2009. – 1248 с.

## ЕПІСТЕМОЛОГІЧНІ ПІДВАЛИНИ АНТРОПОЛОГІЇ ПРАВА

*В. Петрушенко*

*Національний університет «Львівська політехніка»,  
м. Львів, вул. С. Бандери, 12, e-mail: polyfil@rambler.ru*

У статті обґрунтовується позиція критичного ставлення до методології аналітичної філософії взагалі, як і стосовно філософії і антропології права. Автор доводить, що ця методологія ігнорує складності пізнавального ставлення людини до дійсності, вважаючи першою реальністю для людини сферу знаково-лінгвістичних форм. Аналізується структура пізнавального процесу як процесу формування знання з урахуванням змісту і завдань антропології права.

*Ключові слова:* пізнання, знання, чуттєві дані, інтелектуальні акти, рефлексія.

## EPISTEMOLOGICAL FOUNDATIONS OF THE ANTHROPOLOGY OF LAW

*V. Petrushenko*

*Lviv Polytechnic National University,*

*Lviv, Bandera Str., 12, build. IV, r. 328, e-mail: polyfil@rambler.ru*

In the article develops a critical attitude towards methodology of the analytical philosophy entirely and, by-turn, towards philosophy and anthropology of law. The author proves that the abovementioned methodology ignores complexity of human's cognitive relation to the reality while supposing that the sphere of sing-linguistic forms is the first reality for a human. The structure of cognitive process is analyzed as a process of knowledge's formation accounting content and aims of the anthropology of law.

*Keywords:* cognition, knowledge, sense data, intellectual acts, reflection.

## ПРИНЦИП НАЛЕЖНОГО УПРАВЛІННЯ (МІЖНАРОДНИЙ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД)

*С. Погребняк*

*Національний університет*

*«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»,  
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: s.pogrebnyak@buhgalter.factor.ua*

У сучасному світі все частіше констатується послаблення тісного зв'язку між керівниками й керованими, що призводить до втрати громадянами віри у здатність політиків належним чином управляти державою. Цю тенденцію яскраво проілюструвало всесвітнє опитування, проведене у 2005 році Центром соціологічних досліджень «Геллап Інтернешнл», яке виявило такий парадокс: близько 50% респондентів з усіх куточків світу заявили, що вибори в їхніх країнах відбуваються вільно й справедливо, але тільки 30% з них вважали, що їхня країна справді керується волею народу. У країнах колишнього радянського блоку такої думки дотримується лише один з кожних чотирьох громадян [1].

Реагуючи на цю соціальну проблему, міжнародні організації, уряди та організації громадянського суспільства започаткували по всьому світі цілу низку програм, програмних заходів та ініціатив, спрямованих на подолання браку довіри між владою та громадянами, зміцнення взаємної довіри та розуміння [1].

Одним із важливих інструментів у цьому напрямку є концепція належного управління (good governance). Досліджуючи її, ми маємо насамперед звернутися до поняття «управління» (governance).

У літературі слушно зазначається, що управління як теоретична конструкція ще знаходиться в процесі формування; крім того, слід ураховувати, що фахівці дають різне його визначення залежно від їх ідеологічних переконань і мети дослідження [2]. У той же час можна зауважити, що під терміном «governance» (управління, врядування) нерідко розуміють процес розпорядження владою відповідними публічними інститутами, до якого реально можуть залучитися зацікавлені суспільні групи, громадяни. Сам термін «governance» з'явився вперше в 1937 р. у статті американського економіста Роналда Коуза «The nature of the firm». У випадку комерційної діяльності або неурядових організацій, врядування пов'язане з менеджментом, узгодженням політик, процесів і правом прийняття рішень у сфері своєї компетенції [3].

Як політичне поняття воно використовується з початку 70-х рр. ХХ ст. Світовий банк визначає це поняття як здійснення політичної влади та використання інституційних ресурсів для вирішення проблем та справ суспільства [3]. У свою чергу ПРООН (The United Nations Development Programme) визначає «управління» як здійснення економічних, політичних та адміністративних повноважень з управління справами країни на всіх рівнях. Воно включає в себе механізми, процеси і інститути, через які громадяни і групи виражають свої інтереси, реалізують свої законні права, виконують свої обов'язки і врегульовують свої розбіжності» [4].

«Належне управління» є терміном, який символізує парадигмальну зміну ролі управління; він робить акцент на якості державного управління, що виражає себе через елементи і критерії [2]. Таким чином, в поняття управління вводиться нормативний вимір: належне управління пред'являє певні вимоги до процесу прийняття рішень і формулювання державної політики [5].

Принцип належного управління є одночасно давно існуючою<sup>1</sup> та новаторською ідеєю. Його конкретний зміст поступово виводився із давньої концепції захисту користувачів, отримувач своє закріплення і конкретизувався в різних інструментах та європейській судовій практиці. Сьогодні він виступає в якості одного з наріжних каменів сучасного адміністративного права [8].

На нашу думку, визнанню даного принципу сприяє концепція державної спроможності (stateness), яка запроваджується в науковий обіг Дж. Неттлом в 60-ті рр. ХХ ст. Він дав попереднє визначення держави як сторожа біля воріт, який регулює потоки дій всередині і зовні відповідної спільноти, а потім звернув увагу на держави з низьким ступенем «спроможності» (stateness) в внутрішній соціальній області. Слід звернути увагу на те, що державність передається в англійській мові двома термінами «statehood» і «stateness», які віддзеркалюють різні її аспекти: так, «statehood» (статусність) підкреслює первісну функцію держав, тоді як «stateness» (спроможність) – потенціал її здійснення. Держави,

<sup>1</sup> Наприклад, деякі дослідники знаходять філософське підґрунтя цієї ідеї у відомому вислові Аристотеля [Політика, 1252b] про державу, яка виникає для задоволення життєвих потреб, але існує заради досягнення належного життя [6, с. 16]. Належне життя починається з гарантій захисту життя, свободи і власності кожного, визначаючи умови виникнення держави, які Т. Гоббс, Дж. Лок та Ж.-Ж. Русо заклали в своїх теоріях суспільного договору [7].

які демонструють неспроможність виконувати покладені на них функції, іменують неспроможними державами, або державами-невдахами (failed states) [9, с. 21, 27-28]. Держава повинна демонструвати власну ефективність у виконанні функцій, тобто здійснювати не будь-яке, а належне управління.

Принцип належного управління виконує подвійну функцію: з одного боку, він діє як парасолька, під якою окремі правила згруповані разом навколо загальної, керівної ідеї, а саме ідеї належного управління, з іншого боку, це саме по собі може служити трампліном для конкретних нових правил, які стосуються тієї ж ідеї. Як принцип належного управління представляє собою відкрите джерело прав і обов'язків [8].

Спробуємо дослідити його основний зміст.

Так, у словнику ключових термінів Політичного Документу **ПРООН** «Управління для сталого людського розвитку» належне управління визначається як розподіл ресурсів та управління ними у відповідь на колективні проблеми, що характеризується участю, прозорістю, підзвітністю, верховенством права, ефективністю та справедливістю [4]. У цьому ж документі ПРООН визначає як основні характеристики належного управління: 1) участь; 2) верховенство права; 3) прозорість; 4) оперативність; 5) орієнтованість на консенсус; 6) справедливість; 7) ефективність і результативність; 8) підзвітність; 9) стратегічне бачення майбутнього [10].

Дослідники **Світового банку** виділили шість основних параметрів належного управління: 1) голос і підзвітність, яка включає в себе громадянські свободи і політичної стабільності; 2) ефективність влади, яка включає в себе якість вироблення політики і надання публічних послуг; 3) відсутність регуляторних обтяжень; 4) верховенство права, яке включає в себе захист прав власності; 5) незалежність судової влади; 6) боротьбу з корупцією [11].

На сайті Економічної та соціальної комісії ООН для Азії та Океанії (UNESCAP) зміст належного управління розкривається через вісім основних характеристик: 1) участь; 2) орієнтованість на консенсус; 3) підзвітність; 4) прозорість; 5) оперативність; 6) ефективність та дієвість; 7) справедливість та включеність; 8) додержання верховенства права. Він запевняє, що корупція зведена до мінімуму, думки меншості враховується і що голоси найбільш вразливих членів суспільства розглядаються в прийнятті рішень. Він також реагувати на нинішні і майбутні потреби суспільства. Крім того, комісія дає пояснення даних принципів:

– **участь.** Участь чоловіків і жінок є наріжним каменем належного управління. Участь може бути або безпосередньо, або через законні проміжні інститути або представників. Проте представницька демократія не обов'язково означає, що проблеми найбільш вразливих членів суспільства, будуть прийняті до уваги при прийнятті рішень. Участь має бути інформованою й організованою. Це означає, свободу об'єднань і висловлювання думок, з одного боку та організоване громадянське суспільство, з іншого боку;

– **верховенство права.** Належне управління вимагає справедливої правової бази, яка застосовується неупереджено. Воно також вимагає повного захисту прав людини, особливо меншин. Неупереджене виконання законів потребує незалежної судової системи та неупередженої й непідкупної поліції;

– **прозорість (транспарентність).** Відкритість означає, що рішення приймаються та їх виконання здійснюється в порядку, який дотримується правил і норм. Це також означає, що інформація вільно і прямо доступна тим, хто буде залежати від таких рішень та їх виконання. Це також означає, що поширюється достатньо інформації і що вона представлена в зрозумілій формі і в засобах масової інформації;

– **оперативність.** Належне управління вимагає, щоб інститути і процеси намагаються служити всім зацікавленим сторонам у розумні строки;

– **орієнтованість на консенсус.** Належне управління вимагає медіації різних інтересів у суспільстві для досягнення широкого консенсусу в суспільстві про те, що в інтересах всього суспільства, і як це може бути досягнуто. Вона також вимагає широкої і довгострокової перспективи стосовно того, що необхідно для сталого людського розвитку і, як досягти цілей такого розвитку. Це може бути тільки результатом розуміння історичних, культурних і соціальних контекстів даного суспільства або громади;

– **справедливість та включеність.** Добробут суспільства залежить від того, щоб всі його члени відчували, що вони мають частку в ньому і не відчували себе виключеними з життя суспільства. Це стосується всіх груп, але особливо найбільш вразливих, які мають можливості для поліпшення або збереження їх добробуту;

– **ефективність і продуктивність.** Належне управління означає, що процеси і інститути дають результати, які відповідають потребам суспільства, найкращим чином використовують наявні в їхньому розпорядженні ресурси. Концепція ефективності в контексті належно-

го управління охоплює також раціональне використання природних ресурсів та охорони навколишнього середовища;

– **підзвітність.** Підзвітність є ключовою вимогою належного управління. Не лише державні установи, а й організації приватного сектору і громадянського суспільства повинні бути підзвітні громадськості та їх інституціям. Хто є підзвітним варіюється залежно від того, чи є рішення або дії внутрішніми або зовнішніми стосовно організації чи установи. У цілому організація або установа підзвітна тим, хто буде залежати від їх рішення чи дії. Підзвітність не може бути забезпечена без прозорості і верховенства права [12].

Важливе значення для утвердження принципу належного управління мала діяльність Ради Європи та Європейських співтовариств.

Так, у 1977 р. *Рада Європи* стверджувала у своїй Резолюції 77 (31), що з розвитком сучасної держави державні адміністративні заходи набули все більш важливе значення, у зв'язку з чим індивіди стали більш залежними від адміністративних процедур. Йдеться, зокрема, про те, що органи державної влади, крім традиційних завдань забезпечення законності та правопорядку, все частіше виконували різноманітні функції, спрямовані на забезпечення добробуту громадян та покращенню суспільних умов. У цій ситуації виходячи зі свого основного завдання – захисту основних прав і свобод особи – Рада Європи мала намір докласти зусиль для покращення процедурного становища людини у відносинах з адміністрацією шляхом сприяння прийняттю правил, які забезпечували б справедливість у відносинах між громадянином і адміністративними органами. З цією метою в Резолюцію були включені такі принципи, як: 1) право бути заслуханим; 2) доступ до інформації; 3) допомога та представництво; 4) мотивування; 5) вказівка на засоби захисту [13].

Для того, щоб обмежити сферу застосування принципів Рада заявила, що запропоновані принципи застосовуються для захисту як фізичних, так і юридичних осіб в ході адміністративних процедур щодо будь-якого окремого заходу або рішення, які приймаються при здійсненні публічної влади і які мають такий характер, що безпосередньо зачіпає права, свободи чи інтереси осіб (адміністративний акт).

Іншим суттєвим кроком у визначенні принципів, пов'язаних з належним управлінням, стало прийняття Комітетом Міністрів Ради Європи 20 червня 2007 р. Рекомендації СМ/Rec (2007) державам-членам про належне управління. Додатком до цієї Рекомендації є Кодекс належного управління, схвалений з метою сприяння загально-

му визнанню певних принципів у державах-членах. Цей Кодекс (див. ст. 2-10) встановлює такі принципи належного управління, як: законність, рівність, безсторонність, пропорційність, правова визначеність, прийняття рішення в розумні строки, участь, повага до прайвесі, прозорість [14].

Крім того, у цьому контексті слід згадати про Європейську Стратегію інновацій та належного управління на місцевому рівні, яка була розроблена Центром експертизи та реформування місцевого самоврядування Ради Європи, здобула підтримку на 15-й Європейській конференції міністрів, відповідальних за місцеве та регіональне управління (м. Валенсія, 15-16 жовтня 2007 року), та була затверджена Комітетом Міністрів Ради Європи у 2008 році. Дана Стратегія поклала на органи місцевого самоврядування обов'язок постійного удосконалення системи управління та надання послуг відповідно до дванадцяти принципів, а саме:

1) чесне проведення виборів, представництво та участь, щоб забезпечити реальні можливості для всіх громадян мати свій голос у вирішенні місцевих справ;

2) чутливість, щоб забезпечити відповідне реагування органів місцевої влади на законні очікування та потреби громадян;

3) ефективність і результативність, щоб забезпечити досягнення цілей і водночас найбільш раціональне використання ресурсів;

4) відкритість та прозорість, щоб забезпечити публічний доступ до інформації та полегшити розуміння щодо ведення суспільних справ;

5) верховенство права, щоб забезпечити справедливість та політичну нейтральність місцевої влади у своїй діяльності;

6) етична поведінка, щоб забезпечити перевагу суспільних інтересів над приватними;

7) компетентність та спроможність, щоб забезпечити здатність представників та посадових осіб місцевої влади виконувати свої обов'язки;

8) інновації та відкритість до змін, щоб забезпечити здобуття користі від нових рішень та кращих практик;

9) сталий розвиток та орієнтація на довгострокові результати, щоб враховувати інтереси майбутніх поколінь у збереженні національної (місцевої) спадщини;

10) надійний фінансовий менеджмент, щоб забезпечити ощадливе та продуктивне використання публічних фінансів та інших матеріальних коштів;

11) права людини, культурна різноманітність та соціальне згуртування, щоб забезпечити захищеність і повагу до усіх громадян;

12) підзвітність, щоб забезпечити відповідальність посадових осіб місцевої влади за свої дії [15, с. 50-51].

Проте найбільш ґрунтовне втілення концепція належного управління отримала в межах *Європейського Союзу*.

Вважається, що її витoki можна знайти у судовій практиці (case-law) ЄС. Саме суди ЄС підкреслили важливість процесуальних гарантій *як протипаги адміністративного розсуду*. Суди також визнали перелік загальних адміністративних принципів, наприклад: загальний принцип управління на основі права; принцип недискримінації; принцип пропорційності; принцип правової визначеності; захисту законних очікувань; право бути почутим до прийняття публічною владою несприятливого рішення.

Суди ЄС поступово розвинули ці положення, перетворивши належне управління в основоположне право особи, яке має існувати в державах, де діє верховенство права. Іншими словами, вони створили неписане адміністративне право через свою судову практику. Таке мислення судів може бути витлумачено як еволюція від централізованої традиції франкоорієнтованого управління до більше індивідуально-орієнтованої точки зору адміністративних процедур ЄС [16].

Крім того, ідея належного управління отримала підтримку з боку політичних інституцій ЄС. Вони виходили з того, що довіра справляє значний позитивний вплив на побудову процвітаючої й компетентної держави, в якій громадяни відчують свою здатність впливати на політичний процес і розвиток держави, як такої. Тому закономірним результатом устремлень до кращого життя і майбутнього стала розробка принципів належного управління.

Європейська комісія назвала ці принципи головними рушійними силами європейського демократичного процесу Принципи належного управління визначені Європейською Комісією в Білій книзі з питань європейського управління (COM (2001) 428 final) [17]. Вони здебільшого узгоджуються з єдиними адміністративними принципами, проголошеними ініціативою SIGMA («European Principles for Public Administration» [Європейські принципи державної адміністрації], Sigma Paper № 27) [18].

Комісія сформулювала *п'ять базових принципів належного управління*, кожен з яких важливий і для створення *більш демократичного управління*. Вони лежать в основі демократії і верховенства

права в державах-членах, але вони поширюються на всіх рівнях влади – глобальному, європейському, національному, регіональному та місцевому. До таких принципів належать:

– **відкритість**. Державні інституції повинні працювати більш відкрито. Спільно з Державами-членами вони повинні активно спілкуватися з громадськістю, інформуючи її про те, що робить ЄС, і які рішення він приймає. Вони повинні користуватися доступною й зрозумілою для широкого загалу мовою. Це має особливе значення для посилення довіри до складних державних інституцій;

– **участь**. Якість, актуальність і ефективність програмних заходів ЄС залежить від забезпечення широкої громадської участі по всій довжині політичного ланцюжка – від початкового задуму до реалізації. Можна сподіватися, що покращення громадської участі призведе до збільшення віри у кінцевий результат і ті державні інституції, які проводять даний політичний курс. Громадська участь у величезній мірі залежить від інклюзивного підходу центральних органів влади при розробці та реалізації програмних заходів ЄС;

– **відповідальність**. Необхідно більш чітко визначити ролі різних сторін у законодавчому та виконавчому процесах. Кожна інституція ЄС повинна роз'яснювати й брати на себе відповідальність за те, що вона робить у Європі. Проте існує також потреба в більшій ясності та відповідальності з боку Держав-членів і всіх причетних до розробки та проведення політичного курсу ЄС на будь-якому рівні;

– **ефективність**. Програмні заходи мають бути ефективними, своєчасними і приносити необхідні результати на основі чітко поставлених завдань, оцінки майбутнього ефекту і, по можливості, минулого досвіду. Ефективність у рівній мірі залежить від пропорційного способу реалізації політичного курсу ЄС і прийняття рішень на найбільш доцільному рівні;

– **послідовність**. Програмні заходи і дії мають бути послідовними і добре зрозумілими. Необхідність взаємної узгодженості в рамках Союзу незмінно зростає; регіональні та місцеві органи влади дедалі більше втягуються в реалізацію політики ЄС. Узгодженість вимагає сильного політичного керівництва і почуття відповідальності з боку державних інституцій. Це дасть змогу забезпечити послідовний підхід у рамках великої та складної системи [17].

Сьогодні концепція належного управління втілена насамперед у двох документах ЄС: по-перше, в Хартії основних прав Європейського Союзу; по-друге, у Кодексі належної адміністративної поведінки.

Права та обов'язки, які містяться в усіх частинах ст. 41 і 42 Хартії основних прав Європейського Союзу, повинні природно розглядатися як центральна частина концепції належного управління.

Відповідно до ст. 41 Хартії основних прав ЄС **«Право на належне управління»**

1. Кожна особа має право на безсторонній, справедливий розгляд її справи у розумний термін установами та органами Європейського Союзу.

2. Це право включає у себе:

– право кожної особи висловити свою думку, перш ніж до неї особисто будуть вжиті заходи, які можуть потягнути за собою несприятливі для неї наслідки;

– право кожної особи на доступ до матеріалів, що її стосуються, за дотримання законних інтересів конфіденційності та професійної й комерційної таємниці;

– обов'язок адміністративних органів мотивувати свої рішення.

3. Кожна особа має право на відшкодування Співтовариством шкоди, завданої їй установами або її службовцями під час виконання ними своїх обов'язків, у відповідності до загальних засад права держав-членів.

4. Кожна особа має право звертатися до установ Союзу однією з офіційних мов Договору і мусить отримати відповідь тією ж мовою» [19].

Інновація ст. 41 Хартії полягає в тому, що вона перетворює деякі елементи об'єктивного принципу законності в **суб'єктивне право на належне управління**. Раніше поняття «належне управління» розглядалося в судовому порядку як принцип, а не як право. Отже, воно не могло бути самостійною правовою основою для позову, незважаючи на те, що сторона могла покладатися на цю концепцію. Після набрання чинності Хартії право на належне управління надає особі право очікувати і вимагати певного стандарту поведінки від публічної влади, поведінки, заснованої на верховенстві права. Це право відрізняється від «класичних» основних прав, таких як право на людську гідність і свободу думки, совісті і релігії, у зв'язку з тим, що воно захищає інтереси не тільки шляхом визнання його існування, але шляхом встановлення форм і процедур, яких повинні дотримуватися публічні установи [20].

У більшості досліджень, присвячених ст. 41 Хартії, підкреслюється, що дані положення ґрунтуються на існуванні Європейського Союзу, який підкорюється **верховенству права**, чії характеристики були розроблені в судовій практиці, яке закріплює *inter alia* **належне управління як загальний принцип права**.



Установлення права на належне управління свідчить про заснування нового фундаментального права. Це право *спрямоване на захист осіб у відносинах з державною адміністрацією*, який також є метою статті 42 (право на доступ до документів) і ст. 43 (Європейський омбудсмен).

Пункт 1 підтверджує це загальне право, яке ґрунтується на принципі верховенства права й *обумовлене необхідністю рівного ставлення* [21].

Зобов'язання адміністрації щодо неупередженості, справедливості і розумні строки вирішення справи кожної людини є *еквівалентом положення про право на доступ до правосуддя*, закріпленого у статті 47 Статуту (право на ефективний правовий захист і на справедливий судовий розгляд) [21].

Основні елементи цього права отримали розвиток в пункті 2 (право бути вислуханим і право кожної людини на доступ до його або її справи).

Це право також міститься у статті 2 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права і статті 13 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Зобов'язання інституцій ЄС виникають з положень Установчих договорів (йдеться про загальне зобов'язання мотивувати рішення, право на відшкодування шкоди та можливість спілкування з інститутами Союзу однією з мов Договору).

Хартія встановлює право кожної людини на поважне ставлення у відносинах з установами та органами Співтовариства. Викладене в розділі про громадянство це право *стосується всіх осіб, а не лише громадян ЄС*, оскільки воно пов'язане із зобов'язанням адміністрації діяти без дискримінації у всіх справах; суд визнав, що юридичні особи також користуються цим правом [21].

Слід звернути увагу на великий внесок у визнання права на належне управління Європейського омбудсмена Як відомо, одним з фундаментальних прав громадян Союзу, включених до цієї Хартії, є право подавати до Європейського Омбудсмена скарги щодо неналежного управління з боку установ та органів Союзу (Ст. 43). У річному звіті Європейського омбудсмена за 1997 рік визначається, що погане (неналежне) управління відбувається у випадку, коли державний орган не в змозі діяти відповідно до правила або принципу, який є обов'язковим для нього.

На основі пропозиції омбудсмена Європейський парламент прийняв 6 вересня 2001 р. резолюцію A5-0245/2001 та затвердив *Європейський*

*кодекс належної адміністративної поведінки*. Метою цього Кодексу є надання більш докладних роз'яснень того, що саме має означати на практиці право на належне управління. Акт складається з 27 статей і встановлює норми і принципи, які повинні дотримуватися у відносинах з громадськістю: законність, пропорційність, неприпустимість дискримінації, відсутність зловживання повноваженнями, безсторонність та незалежність, об'єктивність, законні очікування, послідовність та інформування, справедливість, ввічливість, відповідь на листи на мові громадян; право бути вислуханим і представити свої зауваження; рішення протягом розумного часу; обов'язок по розкриттю причини прийняття рішення, підтвердження отримання та зазначення відповідальної посадової особи, зобов'язання передати в компетентні служби, вказівка на можливість оскарження, повідомлення про рішення, захист даних, а також відповіді на запити про надання інформації [22].

У контексті нашого дослідження можна також згадати про Кодекс належної адміністративної поведінки для співробітників Європейської Комісії в їх відносинах з громадськістю, прийнятий 13 вересня 2000 року і набув чинності 1 листопада 2000 року. Він приводиться в додатку до Правил процедури Комісії і містить принципи і правила:

- про загальні принципи ефективного управління (законність, недискримінація та рівне ставлення, пропорційність, послідовність);
- про керівні принципи ефективної адміністративної поведінки (об'єктивність і неупередженість, інформування про адміністративні процедури);
- про інформацію про права зацікавлених сторін (заслуховування всіх сторін з прямим інтересом, обов'язок мотивувати прийняті рішення, обов'язок вказувати на можливість оскарження);
- про поведінку із запитом (запити на отримання документів, листування, телефонний зв'язок, електронна пошта, запити від засобів масової інформації);
- про захист персональних даних та конфіденційної інформації [23].

Крім того, принцип належного управління в останні роки нерідко пов'язується із діями інститутів ЄС, спрямованими на *боротьбу з корупцією*, яка розглядається як порушення рівного ставлення і бар'єр для вільної конкуренції [21].

## Список використаних джерел:

1. Куюмджиева А. Міжнародна практика заходів, спрямованих на зміцнення довіри між державою та організаціями громадянського суспільства : дослідження ; проект на замовлення Координатора проектів ОБСЄ в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.osce.org/uk/ukraine/75885>.

2. Abdellatif Adel M. Good Governance and Its Relationship to Democracy & Economic Development Governance Programme [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pogar.org/publications/governance/aa/goodgov.pdf>

3. Вишлова-Пилева І.І. Механізми впровадження концепції належного врядування на місцевому рівні : робота на здобуття кваліфікації магістра державного управління ; Національна академія державного управління при Президенті України, Харків. регіон. ін-т держ. упр. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://prozora.frdl.szczecin.pl/mod/resource/view.php?id=163>

4. Governance for Sustainable Human Development : A UNDP policy paper [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mirror.undp.org/magnet/policy/glossary.htm>

5. Santiso Carlos. Good Governance and Aid Effectiveness: The World Bank and Conditionality [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.eldis.org/fulltext/conditionality.pdf>

6. Арістотель. Політика / Арістотель ; [пер. з давньогр.]. – К. : Основи, 2003. – 239 с.

7. Obaidullah A.T.M. Democracy and Good Governance: The Role of Ombudsman [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.undp.org.bd/projects/prodocs/SPD/Obaidullah.pdf>

8. Váczí Péter. The Institution of Good Administration in the Council of Europe [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/sprava/vaczi\\_peter.pdf](http://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/sprava/vaczi_peter.pdf)

9. Ильин М.В. Структурные параметры неблагоприятия государств // Асимметрия мировой системы суверенитета: зоны проблемной государственности ; под ред. М.В. Ильина, И.В. Кудряшовой. – М. : МГИМО-Университет, 2011. – С. 20-47.

10. Governance for Sustainable Human Development : A UNDP policy paper [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mirror.undp.org/magnet/policy/chapter1.htm#b>

11. 2007 World Development Indicators [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/WDI07section5-intro.pdf>

12. What is Good Governance? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp>

13. Про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади : Резолюція (77) 31 Комітету Міністрів Ради Європи [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://apelyacia.org.ua/content/rezolyuciya-77-31-komitetu-ministriv-pro-zahist-osobi-stosovno-aktiv-administrativnih>

14. Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration : Adopted by the Committee of Ministers on 20 June 2007 at the 999bis meeting of the Ministers' Deputies [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877&Site=CM>

15. Досвід впровадження стандартів доброго врядування на місцевому рівні в Україні та інших європейських країнах : збірник науково-аналітичних та навчально-методичних матеріалів, нормативно-правових актів з питань впровадження стандартів доброго врядування на місцевому рівні ; упоряд. В.С. Куйбіда, В.В. Толкованов. – К. : ТОВ «Поліграфічний Центр «Крамар», 2010. – 258 с.

16. Principles of Good Administration In the Member States of the European Union [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>

17. European Governance : A White Paper [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001\\_0428en01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf)

18. European Principles for Public Administration. SIGMA PAPERS: No. 27 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unpan1.un.org/intrados/groups/public/documents/nispacee/unpan006804.pdf>

19. Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)

20. Lanza Elisabetta. The right to good administration in the European Union. Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1593523](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523)

21. Art 41. Right to good administration [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.eucharter.org/home.php?page\\_id=49](http://www.eucharter.org/home.php?page_id=49)

22. Європейський кодекс належної управлінської поведінки [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://civic.kmu.gov.ua/civic/doccatalog/document?id=128635>

23. Code of Good Administrative Behaviour for Staff of the European Commission in their Relations with the Public [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://ec.europa.eu/civil\\_society/code/\\_docs/code\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civil_society/code/_docs/code_en.pdf)

## ПРИНЦИП НАДЛЕЖАЩЕГО УПРАВЛЕНИЯ (МЕЖДУНАРОДНЫЙ И ЕВРОПЕЙСКИЙ ОПЫТ)

**С. Погребняк**

*Национальный университет*

*«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»,*

*г. Харьков, ул. Пушкинская, 77,*

*e-mail: s.pogrebnyak@buhgalter.factor.ua*

В статье на основе опыта ПРООН, Мирового банка и других международных организаций проанализирован общий смысл и раскрыто содержание принципа надлежащего управления. Отмечено, что концепция надлежащего управления, тесно связанная с идеями демократии и верховенства права, получила наибольшее развитие в деятельности Совета Европы и Европейского Союза. В частности, это привело к признанию ЕС такого основного права, как право на надлежащее управление.

*Ключевые слова:* принцип надлежащего управления, демократия, верховенство права, равное обращение, право на надлежащее управление.

## THE PRINCIPLE OF GOOD GOVERNANCE (INTERNATIONAL AND EUROPEAN EXPERIENCE)

**S. Pogrebniak**

*National University «Yaroslav the Wise Law Academy of Ukraine»,*

*Kharkiv, Pushkinska Str., 77,*

*e-mail: s.pogrebnyak@buhgalter.factor.ua*

In the article the principle of good governance, its general meaning and content are analyzed and disclosed in accordance with UNDP, World Bank and other international organizations experience. It is noted that the concept of good governance that is closely related to the ideas of democracy and the rule of law is most developed in the CE and the EU practice. In particular, the right to good administration as the fundamental right in the EU was the result of such recognition.

*Keywords:* the principle of good governance, democracy, rule of law, equal treatment, right to good administration

## ПРОЕКТ ПРАВОВОГО ОБЩЕСТВА И. КАНТА КАК КОНЦЕПТУАЛЬНАЯ ОСНОВА УНИВЕРСАЛИЗМА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

**О. Познякова**

*Белорусский государственный университет,*

*г. Минск, ул. Кальварийская, 9, e-mail: primalira@mail.ru*

В каждую переломную эпоху будущее предстает особенно неясным и темным, поскольку утрачиваются ориентиры общественного развития. Современная мировая цивилизация как раз представляет собой социокультурный феномен, суть и специфику которого зафиксировал в своих исследованиях российский академик В.С. Степин, по мнению которого, нынешнее общество, «вступает в полосу духовного кризиса, когда утрачиваются старые мировоззренческие ориентиры, а новых еще нет» [1, с. 2]. Человечество оказалось заложником непреодолимых кризисных ситуаций, порожденных техногенной цивилизацией и научно-техническим прогрессом. В связи с этим о нашей эпохе часто пишут, как о времени переоценки ценностей, поиска новых путей цивилизационного развития.

По мнению российского академика, строго однозначного прогноза развития цивилизации в ближайшем и отдаленном будущем никто не берется делать, поскольку только для очень простых систем, стабильно воспроизводящих свои состояния, предсказания могут быть строгими. «Когда ставится задача предсказать дальнейший ход исторического процесса, то реально выстраивается несколько сценариев. Какой из них реализуется, заранее определить невозможно, так как превращение потенциальных вариантов в действительность зависит от множества факторов, в том числе и случайных. Все, что можно сделать сейчас – это обозначить веер возможностей и в лучшем случае определить, какие из них более, а какие менее вероятны [1, с. 3].

В поисках универсальных ценностей современного глобализирующегося мира и программы развития будущего цивилизации следует обратиться к историко-философскому наследию немецкой классики, и в частности, к философско-историческому учению И. Канта. Этот мыслитель фактически предугадал многие «всемирно-гражданские» тенденции в развитии человечества и одновременно указал на те сложности и противоречия, которые ожидают людей на пути осуществления этого будущего.

Автор статьи поставил своей целью обосновать универсальный характер ценности Права в современном мире, используя в качестве доказательной концептуально-методологической базы философский проект правового общества И. Канта.

Для начала необходимо показать, что кантовский проект правового «Всемирно-гражданского общества» может быть рассмотрен сегодня в качестве одного из позитивных сценариев развития будущего человечества.

Дело в том, что в основу своей социально-исторической концепции И. Кант положил так называемую трансцендентальную идею «всеобщей истории во всемирно-гражданском плане». Этот аспект в контексте критической философии И. Канта с необходимостью предполагает рассмотрение указанной идеи в качестве регулятивного принципа поведения и деятельности людей, с одной стороны, а с другой – как идеал, положенный в основу проекта развития будущего человечества.

Такая позиция в отношении кантовской философии истории впервые была высказана еще в 1899 году русским писателем и историком философии П.В. Тихомировым в статье под названием «Вечный мир в философском проекте И. Канта» (Богословский вестник, №№3-4, 1899). Спустя сто лет эта идея звучит в качестве лейтмотива на всемирном кантовском конгрессе. Благодаря творчеству таких известных российских и западноевропейских мыслителей, как В.С. Степин, Н.В. Мотрошилова, Л.А. Калинин, С.И. Максимов, У. Райтмайер, М. Кастилло, Б. Тушлинг, М. Баум, Н. Хинске и др., термин «проект» прочно вошел в современный философский дискурс, посвященный кантовской концепции философии истории.

Целесообразность обращения к социально-историческим воззрениям И. Канта сегодня определяется прежде всего их позитивной направленностью. Большинство современных сценариев, прогнозирующих будущее человечества, увы, предсказывают катастрофический исход. И только прогрессивное понимание развития общества, так характерное для И. Канта и в целом для эпохи Просвещения, дает надежду современному человеку на выживание. Более того, кантовский проект правового «Всемирно-гражданского общества» принципиально разработан и обоснован с точки зрения возможности его реализации. Принципиальной основой и условием становления такой формы общественного устройства является, по И. Канту, универсальный характер природы человека, который содержит в себе потенциальную склонность к нравственному самосовершенствованию. Именно на пути самосовершенствования

человечество сможет выйти из «состояния несовершеннолетия», стать на путь просвещения и осуществления прав как конечной цели человеческого рода, что в свою очередь позволит заключить на правовой основе союз между народами и установить вечный мир.

Итак, принимая проект правового «Всемирно-гражданского общества» И. Канта в качестве сценария развития современной цивилизации, актуализируется звучание базовой его ценности, а именно востребованным становится детальное изучение понятия права в практической философии И. Канта.

«Коперниканским переворотом», совершенным И. Кантом в области практической философии, можно считать то, что он отказывается от онтологической легитимации права и обращается к поискам источника силы права в должностовании. Практическая философия права И. Канта отвергает в качестве критерия истины и моральности поведения согласие разума с внешним миром и утверждает этот критерий в согласии разума со своими собственными законами. В основу всей философии права И. Канта положен принцип субъективности. Человек предстает здесь как морально-автономный индивид, не нуждающийся во внешней опеке при осуществлении ценностно-нормативного выбора. Таким образом, самозаконность как высшее проявление свободы ограждает личность от произвола внутреннего и внешнего.

Положенный И. Кантом в основу правовой концепции принцип автономности субъекта позволяет рассмотреть проект правового общества как запрашиваемый разумом *морально-правовой идеал*, мыслимый лишь в качестве отдаленного, никогда незавершенного будущего. В аспекте международных отношений этот идеал предстает как «вечный мир» или освобождение от варварства и утверждение господства права во всемирном масштабе. Иными словами, взаимообуславливающими предпосылками становления правового «Всемирно-гражданского общества» являются мир между народами, с одной стороны, а с другой стороны – правовое общество. В качестве условий осуществления такого общества И. Кант выделяет следующие компоненты:

I. правовой человек как особый тип общественного индивида. Здесь важно подчеркнуть, что метафизическим условием обоснования принципа автономности субъекта является признание свободы высшей ценностью;

II. правосознание, основополагающей установкой которого являются безусловное право уважать чужое право и обязанность отстаивать собственное право;

III. институционально-опосредованное взаимодействие правовых субъектов, куда входит, во-первых, отделение исполнительной власти от законодательной, и, во-вторых, действие принципов, описанных И. Кантом в трактате «К вечному миру»:

- свобода членов общества (как людей);
- зависимость всех (как подданных) от законодательства;
- равенство всех (как граждан государства) [2, с. 373].

Важным и ценным в философии права И.Канта сегодня с точки зрения выживания человечества в условиях интегрирующегося мира является предложенный немецким мыслителем проект глобализации прав человека. Дело в том, что И. Кант полагал недостаточным заключение общественного договора внутри одного государства. Естественное состояние людей остается незавершенным до тех пор, пока они не найдут аналогичного выхода из основанного на конкуренции республиканского гражданского устройства внутри каждой и страны и федерации свободных государств в планетарном масштабе. Только в этом случае можно говорить о возможности реализации идеи права всемирного гражданства на практике. При этом философ подчеркивает: « А раз более или менее тесное общение между народами земли развилось всюду настолько, что нарушение права в одном месте чувствуется во всех других, идея права всемирного гражданства есть не фантастическое или нелепое представление о праве, а необходимое дополнение неписанного кодекса государственного и международного права к публичному праву человека вообще и потому к вечному миру» [2, 403].

Таким образом, высшим нравственным ориентиром для человека как участника исторического процесса И. Кант предлагает правоупорядоченное сообщество правовых государств, обеспечивающее прочный мир между народами. На современном этапе развития человечества, когда во многих частях земного шара разгораются военные конфликты, несущие с собой многочисленные жертвы, когда существует угроза ядерной войны, а жесточайшие террористические акты стали реальностью, обращение к праву как универсальной ценности звучит предельно остро и актуально. При этом следует учитывать, что нормативный приоритет принципов прав человека не только не отрицает плюрализм культур, но и обеспечивает возможности сосуществования и сотрудничества различных культур как в рамках мирового сообщества, так и внутри каждого суверенного социального организма. В своем философском проекте правового «Всемирно-гражданского общества» великий кенигсбержец раскрыл механизмы преодоления тех трудностей и

противоречий, с которыми люди столкнулись только сегодня в планетарном масштабе. Именно в этом отношении И. Кант – наш современник и союзник.

#### **Список использованных источников:**

1. Степин В.С. Россия в глобализирующемся мире: мировоззренческие и социокультурные аспекты / В.С. Степин. – М.: Наука, 2007. – 639 с.
2. Кант И. К вечному миру / И. Кант. Сочинения в 4-х томах на немецком и русском языках / под ред. Б. Тушлинга и Н.В. Мотрошиловой. – М.: издательская фирма АО «Ками», 1993-1994. – Т.1: «Трактаты и статьи» (1784-1796). – С. 353-477.

### **ПРОЕКТ ПРАВОВОГО СУСПІЛЬСТВА І. КАНТА ЯК КОНЦЕПТУАЛЬНА ОСНОВА УНІВЕРСАЛІЗМУ ПРАВ ЛЮДИНИ У СУЧАСНОМУ СВІТІ**

*О. Познякова*

*Білоруський державний університет,  
м. Мінськ, вул. Кальварійська, 9, e-mail: primalira@mail.ru*

У пошуках універсальних цінностей сучасного глобалізованого світу і прийнятної програми розвитку майбутнього цивілізації актуальним стає історико-філософська спадщина німецької класики, і зокрема, філософсько-історичне вчення І. Канта. Зроблено спробу обґрунтувати універсальний характер цінності права в сучасному світі, використовуючи в якості доказової концептуально-методологічної бази філософський проект правового суспільства І. Канта.

*Ключові слова:* сценарій розвитку майбутнього людства, правове суспільство, універсалізм прав людини, проект «всесвітньо-громадянського суспільства».

**KANT'S PROJECT OF THE LAW-BOUND SOCIETY  
AS A CONCEPTUAL FOUNDATION  
OF THE UNIVERSALISM OF HUMAN RIGHTS  
IN THE CONTEMPORARY WORLD**

***O. Poznjakova***

*Belarusian State University,  
Minsk, Kalvarijskaya Str., 9, e-mail: primalira@mail.ru*

Searching for the universal values of the modern globalized world and for an acceptable program of the development of the future of civilization a historical and philosophical heritage of the German classics is actualized. Kant's historical doctrine becomes today more and more important and popular. Using Kant's philosophical project of the Law-bound Society as a conceptual and methodological basis of justification, an attempt is undertaken to justify the universal value of human rights in the modern world.

*Keywords:* Law-bound Society, universalism of human rights, the project of the "world civil society", scenario for the future of humanity.

**ЛЮДЯНІСТЬ ПІД ЗАХИСТОМ ПРАВА**

***П. Рабінович***

*Львівський національний університет імені Івана Франка,  
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: rmp2009@mail.ru*

**Вступні зауваги.** 1 жовтня 1946 р. в німецькому місті Нюрнберг, у приміщенні колишнього міського суду було виголошено вирок Міжнародного воєнного трибуналу, створеного державами-переможцями у Другій світовій війні для притягнення до кримінальної відповідальності головних німецьких військових злочинців. Цей судовий орган протягом майже десяти місяців розглядав обвинувачення, висунуті двадцяти двом особам, які належали до вищого керівництва III Рейху.

Пізніше Генеральна Асамблея ООН затвердила (резолюціями від 11 грудня 1946 р. і 27 листопада 1947 р.) ті принципи, які були покладені в основу діяльності цього першого в історії людства реально діючого органу міжнародної кримінальної юстиції та його вироку і які відтоді, отже, набули значення світових стандартів міжнародного кримінального права і судочинства.

Згодом ООН ще неодноразово доводилось створювати тимчасові судові інституції задля міжнародного кримінального покарання керівників та вищих посадових осіб окремих держав, котрі скоїли діяння, так чи інакше подібні до тих, що ставились на провину керівникам фашистської Німеччини (зокрема, міжнародні трибунали для колишньої Югославії та для Руанди). А своєрідною верхівкою цієї, так би мовити, піраміди органів міжнародного кримінального судочинства став створений під егідою ООН постійний Міжнародний кримінальний суд (далі – МКС), який почав працювати у 2002 р. у місті Гаага.

Та все ж саме Нюрнберзький трибунал був і нині лишається історичним фундаментом цієї «піраміди». Тому без засвоєння «уроків» його діяльності навряд чи можливо адекватно інтерпретувати і сучасне міжнародне кримінальне право, і відповідне йому міжнародне кримінальне судочинство. Адже, як йдеться у Заяві Верховної Ради України «До 65-ої річниці Нюрнберзького процесу над фашистськими злочинцями» від 19 квітня 1991 р., принципи, визначені його Статутом, покладені в основу низки повоєнних міжнародно-правових документів [1]. Тому цілком закономірним є те, що документи Нюрнберзького процесу та його історичні наслідки лишаються предметом постійного вивчення як зарубіжних, так і вітчизняних фахівців [2, с.160-169]. Адже, вважаємо,

немає жодного перебільшення у твердженні про те, що Нюрнберзький трибунал «без сумніву є одним із доленосних подій в історії людства. За своїм масштабом він належить до тих епохальних явищ, котрі фундаментально змінюють весь лад життя і на довгі роки вперед задають імпульс цивілізаційного розвитку»[3, с.3].

**Міжнародні злочини проти людяності: загальна характеристика.** Один із таких уроків пов'язаний з тим, що у затвердженому в серпні 1945 року Статуті Нюрнберзького трибуналу було названо (вперше в історії кримінального права взагалі) такий делікт як «злочини проти людяності»<sup>1</sup>. та конкретизовано декілька його різновидів (п.«с» ст.6). До них було віднесено:

- вбивства, винищення, поневолення, заслання, вчиненні стосовно цивільного населення у мирний час або під час війни;
- переслідування з політичних, расових, чи релігійних мотивів з метою здійснення або у зв'язку зі злочинами проти миру чи воєнними злочинами незалежно від того, чи були ці дії порушенням внутрішнього права держави, де вони були вчинені, чи ні.

У Статутах Міжнародних трибуналів для колишньої Югославії та для Руанди на додаток до названих вище різновидів злочинів проти людяності були ще зазначені: депортація, ув'язнення, тортури, застосовані щодо тих чи інших соціальних груп (чи щодо населення), а також згвалтування членів цих груп.

У Статуті ж МКС (1998 р.) до зафіксованих раніше у міжнародно-правових документах різновидів згаданих злочинів було додано й

<sup>1</sup> Втім, принагідно зауважимо, що міжнародна констатація і заборона такого різновиду міжнародних кримінальних злочинів (у дещо іншому формулюванні) ще у 1899 рік. Тоді до преамбули гаагської Конвенції про закони і звичаї сухопутної війни було включено так зване застереження (рос. – «оговорка») Ф. Мартенса – на той час досить відомого в Європі російського фахівця з міжнародного права. У цьому застереженні вперше в міжнародно-правовому акті було вжито таке поняття як «закони людяності». Йшлося про те, що населення і конфліктуючі сторони залишаються під охороною та дією засад міжнародного права, оскільки вони впливають зі звичаїв, що встановилися між освіченими народами, з законів людяності та вимог суспільної свідомості.

Тоді, ясна річ, навряд чи хто міг прогнозувати, що майже через півстоліття поняття «людяність» знову з'явиться в одному з , можна сказати, епохальних міждержавних актів – Статуті Нюрнберзького трибуналу. В означеному документі злочини проти людяності було виокремлено, як зазначалось, у самостійний різновид деліктів [4].

різні форми сексуального насильства, насильницькі зникнення, а також переслідування й з гендерних мотивів (п.«к» ст.7).

Узагальнення властивостей, притаманних усім міжнародно-злочинним посяганням на людяність, дає підставу виділити, – як відзначають зарубіжні й вітчизняні фахівці, – такі їхні спільні риси:

- а) масовість (тобто масштабність): потерпілими суб'єктами, жертвами таких злочинних діянь є мирне населення, його певні соціальні групи, спільноти;
- б) систематичність (тривалість);
- в) цілеспрямована організованість (завичай інституціоналізованість);
- г) пов'язаність зі станом війни, збройними конфліктами, нападами.

Наведені показники злочинного характеру посягань на людяність мають, вочевидь, здебільшого формальний характер. Вони відображають так звану об'єктивну сторону таких деліктів.

Що ж торкається «матеріальних» (вже не формальних, а власне сутнісних, соціально-змістовних) – причому теж *об'єктивних* щодо потерпілих осіб – властивостей таких діянь, то певну інформацію про них можна зустріти якраз у згаданій статті Статуту МКС, яка присвячена саме злочинам проти людяності. У ній йдеться, зокрема, про «... нелюдські діяння ..., які полягають у навмисному спричиненні сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень, або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю». Означені характеристики мають, ясна річ, яскраво *оціночну* природу. Проте вони, так чи інакше, завжди «матеріалізуються» у небезпечних для життєдіяльності потерпілих суб'єктів («жертв») наслідках протиправної поведінки. Такі наслідки виникають та існують не в уяві, не в абстракції, а насамперед у реальному (матеріальному, соціальному чи духовному) житті, вони дістають прояв у емпірично фіксованих фактах, подіях. Причому ці наслідки є *очевидними*, «природними». Така очевидність (принаймні якщо не для усього суспільства, то для його певних соціальних груп, спільнот) є завжди конкретно-історичною. І саме вона, як видається, здатна слугувати *об'єктивною* підставою для соціально-змістовної оцінки (скажімо, оцінки страждань як «сильних», ушкоджень або шкоди як «серйозних»). Значення *очевидності* у цій площині полягає, вважаємо, у тому, що вона забезпечує недовільність, підставність кваліфікації певних діянь як міжнародно-кримінальних деліктів проти людяності.

У зв'язку з *очевидністю* є принципово важливою й та обставина, що джерела і природа (сутність) міжнародних злочинів проти людянос-

ті інтерпретуються на основі здебільшого *природно-правових* уявлень, поглядів, концепцій [5]. Так, на думку зарубіжного фахівця С. Глазера, принцип «нема злочину без покарання» у міжнародному кримінальному праві розуміється саме у природно-правовому аспекті: йдеться про злочин не у законі, а саме у *праві* [6, с.13]. А відомий вітчизняний вчений-міжнародник О.О. Мережко назвав рішення Нюрнберзького трибуналу «прикладом дієвості природного права у ХХ столітті» [7, с.32]. Та й справді, у самому вирокі Нюрнберзького трибуналу [8, с.307-415] прямо констатовано, що він (вирок) є «вираженням того міжнародного права, котре вже існувало на час утворення цього трибуналу», і що той, хто агресивно, всупереч укладеним угодам і без попередження, здійснив напад, «повинен знати, що вчиняє неправу справу». При цьому Трибунал констатував, що «...підсудні повинні були знати, що чинять всупереч міжнародному праву».

У названих вище міжнародно-правових актах, які забороняють злочинно посягати на людяність, використовуються зазвичай два техніко-юридичних способи закріплення такої заборони. Перший – коли поняття про цей делікт лише називається, термінологізується (наприклад, вживаються словосполучення «злочини проти людяності», «нелюдське поведіння і покарання»). А другий полягає у тому, що те діяння, котре відображається цим поняттям як *родовим*, конкретизується через вказівку на його різновиди (з їх, у разі необхідності, наступною офіційною інтерпретацією). Показово, що при цьому дефініція *загального* поняття цього злочину жодного разу так і не формулювалась. Більше того: прямо вказувалось на невичерпаність згаданих переліків, на їх «відкритість», можна сказати, незавершеність. Так, у Статуті Нюрнберзького трибуналу після переліку різновидів названого злочину бланкетно йшлося також про «інші жорстокості», а у Статуті МКС, як вже згадувалось, – про «інші нелюдські діяння аналогічного характеру». Це, до речі, дає підставу констатувати визнання (з боку ООН) допустимості застосування в міжнародному кримінальному праві «аналогії закону» ...

Вірогідність же збільшення кількості різновидів злочинів проти людяності можна пояснити, як видається, принаймні двома обставинами. По-перше, урізноманітнюванням засобів і способів скоєння саме таких правопорушень. (Так, до останніх пропонується включити, зокрема, пов'язане з тероризмом колективне та індивідуальне заручництво [9]). А по-друге, – посиленням нетерпимості до них з боку «совісті людства» (суто етичне поняття, згадане у преамбулі Загальної декларації прав людини), підвищенням «планки», рівня вимог до забез-

печення гуманності поведінки різноманітних суб'єктів суспільного життя – насамперед держав (їх органів, керівників, вищих посадових осіб) – стосовно індивідів, їхніх спільнот, об'єднань.

Так чи інакше, наприклад, у «ранній» юриспруденції МКС (як відзначають фахівці) дістали розвиток «контекстуальні елементи» злочинів проти людяності [10, с.91].

**Інші посягання на людяність.** Принципово важливим видається той факт, що вже після завершення діяльності Нюрнберзького (та й, до речі, Токійського) трибуналу у декількох міжнародно-правових актах всесвітнього рівня було закріплено заборону такого поведіння чи покарання, яке є «нелюдським». Йдеться, насамперед, про Загальну декларацію прав людини 1948 року, яка проголосила, що «ніхто не повинен зазнавати тортур або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує його гідність, поведіння і покарання» (ст.5), та про Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 року, де встановлено, що «нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поведінню чи покаранню» (ст.7).

Тим самим заборона вчинення нелюдських діянь була конституційована як справді універсальна, тобто така, що не залежить від яких би то не було конкретизуючих її характеристик та проявів (зокрема: від соціального чи індивідуального статусу її можливих порушників і суб'єктів, потерпілих внаслідок її порушення; від військового чи мирного часу її чинності; від кількості жертв (чи-то окремих індивідів, чи-то соціальних груп); від кількості відповідних деліктів (одноразових чи систематичних); від конкретно-історичних умов її дотримання чи порушення). У такий спосіб ця заборона, так би мовити, вийшла поза межі галузі міжнародного кримінального права і увійшла до іншої галузі – міжнародного права прав людини.

Але такий широкий підхід до розуміння усіх розглядуваних правових деліктів такого роду неминує породжувати потребу в наступній їх градації, класифікації (для початку хоча б доктринальної). Йдеться, отже, про вирішення її *видів* – принаймні злочинних та незлочинних.

Ознаки *злочинних* деліктів саме проти людяності досліджувались у міжнародно-правовій науці досить широко. Серед вітчизняних джерел слід згадати (окрім праць Н.А. Зелінської), зокрема, статті А.А. Маєвської та її кандидатську дисертацію «Злочини проти людяності: міжнародно-правовий аспект» (2002 р.). Спираючись на ці праці, ми й наводили вище такі ознаки.



А от щодо змістовної характеристики інших – міжнародно-незлочинних – деліктів проти людяності, то певну таку характеристику можна дістати, як видається, аналізуючи практику застосування Страсбурзьким судом (далі – Суд) ст.3 європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). У цій статті встановлено, зокрема, що ніхто не може бути підданий нелюдському поводженню чи покаранню.

Матеріали цієї практики є особливо цінними, оскільки допомагають з'ясувати, в яких випадках нелюдське поводження становить відносно самостійний делікт, який, з одного боку, не є тотожним «спорідненим», найближчим до нього правопорушенням (зокрема катуванню, приниженню гідності), а з іншого – не вичерпує тих його конкретних різновидів, котрі відображені у міжнародно-правових актах чи у національному законодавстві.

Адже – з огляду на щойно зазначені міжнародні стандарти – жертвами посягання на людяність можуть опинитись не тільки колективні суб'єкти (населення або якісь його частини), але й окремі індивіди (фізичні особи). В останньому випадку такі посягання, скоріше за все, переходять вже на рівень незлочинних.

Перш ніж вдатися до аналізу незлочинних посягань на людяність зазначимо, що, так би мовити, індивідуальна людяність потерпає від *будь-якого* порушення яких би то не було основоположних прав людини. Відповідальність за всі такі діяння завжди буде водночас і відповідальністю за їх антилюдяність. Отож у *найширшому* сенсі яке б то не було порушення основоположних прав людини вже шкодить людяності. Проте зараз нас цікавитиме спрямоване безпосередньо на фізичну особу таке посягання на людяність, яке повністю не вичерпується, не «поглинається» чітко зазначеними у позитивному праві іншими деліктами проти особи, а є явищем *родовим* щодо всіх останніх.

**Інтерпретація нелюдського поводження у рішеннях Суду.** Укладачі Конвенції презюмували, що саме Суд (а раніше – і Європейська комісія з прав людини) у своїй практиці визначить різницю між кожним із трьох видів деліктів, заборонених ст.3 Конвенції: а) катуванням, б) нелюдським поводженням або покаранням, в) таким, що принижує гідність, поводженням чи покаранням. І справді, це завдання було ним виконано.

Узагальнення вітчизняними фахівцями практики Суду з цього питання дозволило зробити такі основні висновки [11, с.863-865, 878-879]:

Для того, аби нелюдське поводження становило порушення ст.3, воно має досягнути *мінімального рівня* жорстокості. Оцінка цього рівня залежить від усіх обставин справи, зокрема від її тривалості, її впливу на фізичний чи психічний стан, а в деяких випадках від статі, віку і стану здоров'я жертви такого поводження. Отож оцінка мінімального рівня жорстокості за своєю сутністю є відносною: вона залежить також від характеру і контексту такого поводження, способу дій і методів, в яких воно проявляється.

Стосовно особи, яка позбавлена волі, будь-яке застосування фізичної сили, яке не було викликано її власними діями, в принципі є зазіханням на право, закріплене у ст.3 Конвенції.

Суд враховує наслідки, які мав несумісний зі статтею 3 вплив на особу. Зокрема, публічний характер покарання або поводження може бути доречним. Але разом з цим і відсутність публічності не є перешкодою тому, що б певне поводження потрапило до нелюдського: може бути цілком достатнім, що жертва принижена у своїх власних очах, навіть якщо вона не принижена в очах іншого.

Виходячи з того, що Конвенція є «живим інструментом, який має тлумачитися у світлі сьогоdnішнього дня», Суд вважає, що певні акти поведінки, які в минулому визначалися як нелюдське і принижуюче гідність поводження (на противагу катуванню), можуть інакше кваліфікуватися у майбутньому. Адже зростаючі стандарти у сфері захисту прав людини вимагають більшої рішучості в оцінці фундаментальних цінностей демократичного суспільства. Тому, наприклад, певні дії чи утримання від них, які раніше вважалися поза сферою регламентації ст.3, у майбутньому можуть бути визнаними в межах її регулювання саме завдяки більш жорсткому рівню оцінки.

Суд визначає мінімальний рівень жорстокості, виходячи з кумулятивного ефекту поводження стосовно конкретної жертви.

Що ж до основних критеріїв (показників) покарання, яке вважається нелюдським, належать насамперед такі:

Таке покарання має викликати страждання *особливого рівня*, що виникли під впливом насильства.

Для такої оцінки покарання слід мати на увазі не лише фізичні страждання, а й душевну пригніченість від чекання покарання в тих випадках, коли його виконання затримується.

При такому покаранні страждання, пов'язані з ним, мають бути більшими, ніж ті, які неминуче пов'язані з цією чи іншою формою законного покарання. Наслідки покарання, які тягнуть за собою приму-

сове підкорення вимогам кримінальної системи, в переважній частині справ, якщо не в усіх, не є покаранням нелюдським.

При оцінці покарання увагу слід звертати на фізичні та моральні страждання, які мають досягти такого рівня, що для особи з нормальними відчуттями, з врахуванням таких факторів як її стать, вік і здоров'я, можуть вважатися нелюдськими.

Для кваліфікації покарання як нелюдського потрібно враховувати ще й обставини справи і, особливо, характер та умови покарання як такого, спосіб і метод його виконання.

Непропорційно суворе, невиправдане або невідповідне покарання ув'язнених є нелюдським.

Відтак, саме принцип мінімального рівня жорстокості й визначає нижню межу страждань, зазнавши яких людина вважається такою, що піддана нелюдському поводженню, забороненому ст.3 Конвенції. (Верхню ж межею страждань, яких зазнає людина внаслідок порушення ст.3 Конвенції, є такий вид жорстокого, так би мовити, «кваліфікованого», поводження як катування»). При цьому така жорстокість має бути не зумовлена, не пов'язана безпосередньо з реалізацією законно призначеного кримінального покарання чи заходів юридичної відповідальності іншого виду, а також, скажімо, зі заходами лікарняно-оздоровчого характеру.

Взагалі ж можна сказати, що жорстокість – це така властивість діяння, яка полягає у його здатності зазвичай викликати в індивіда, якого воно торкається, біологічно чи соціально необґрунтовані страждання. Рівень же жорстокості, мабуть, «вимірюється» силою, глибиною таких страждань – негативних (больових, хворобливих, депресивних, пригнічених тощо) відчуттів, переживань, емоцій, думок. Саме таких страждань, які становлять природний, закономірний, «узвичаєний» результат впливу діяння суб'єкта-причинителя на стан (фізичний, психічний) потерпілого.

У літературі висловлена думка про те, що «категоризація рівнів та видів «забороненого поводження або покарання» та їх криміналізація...можуть призвести скоріше до плутанини, аніж до визначеності у термінології, яка застосовується, невизначеності із градацією видів забороненого поводження тощо» [12, с.86].

І справді, у *найширшому* сенсі усі три обговорювані види деліктів є поводженням нелюдським. (Це ще у 1968 році констатувала Європейська комісія з прав людини, розглядаючи так звану «грецьку справу»). Однак погодитись з наведеним поглядом навряд чи можливо. Адже

якщо не вдаватись до такої категоризації, ось тоді-то й збільшується ймовірність виникнення «плутанини» і «невизначеності» при застосуванні ст.3 Конвенції. А крім того, з'явиться підстава дорікати укладачам Конвенції в порушенні правил юридичної техніки, юридичної стилістики.

Окрім об'єктивної складової, делікт проти людяності (як, зрештою, й будь-яке правопорушення) характеризується, ясна річ, і суб'єктивною складовою та суб'єктивною передумовою останньої. Таку передумову становить принаймні байдуже (за відсутності прямого умислу), а зазвичай негуманне, зневажливе, нетерпиме, а то й вороже *психологічне ставлення* правопорушника до інших людей (людини) або до певної людської спільноти (при прямому умислі).

Інтерпретації Судом того чи іншого діяння держави-відповідача стосовно людини-заявника як поводження нелюдського сформульовані ним лише з природу окремих конкретних життєвих ситуацій. Однак у жодному рішенні цього Суду ніколи не формулювалося (і, радше за все, не буде формулюватись) визначення загального поняття такого поводження...

**Необхідність конструювання найзагальнішого поняття делікту проти людяності.** Викладене, гадаємо, свідчить про регулятивну потребу все ж сформулювати – хоча б доктринально – робочу (операціональну) дефініцію гранично загального поняття деліктів проти людяності. Тобто запропонувати таке загальнотеоретичне його визначення, котре охоплювало б усі ті їх види, що на сьогодні вже відомі й згадані у міжнародному кримінальному праві та у міжнародному праві прав людини, і під яке згодом можна буде «підвести» також й інші злочинні та незлочинні делікти такого роду (якщо вони виникнуть у майбутньому).

Оскільки безпосереднім об'єктом усіх деліктів, що розглядаються, є саме людяність, то навряд чи можливо збагнути достеменно їх сутність, їхню соціально-антропну природу, не з'ясувавши, а що ж, власне кажучи, становить собою те явище, котре відображається поняттям «людяність». Але з'ясувати це, здавалося б на перший погляд, навряд чи можливо, не звертаючись до фундаментальних положень науки про людину – до положень *антропології*.

**Людяність: спроба антропологічної інтерпретації.** Як перший, суто попередній, крок у пошуках розв'язання означеного завдання, звернемося хоча б до науково-довідкових джерел словникового та енциклопедичного характеру.

І ось хіба що не єдиним з доступних нам україномовних чи російськомовних джерел такого роду виявився філософсько-енциклопедич-

ний словник «Человек» (М.: Наука, 2000), в якому вміщено окрему статтю під назвою «Человеческая природа». Поняття про останню інтерпретується там у найабстрактнішій формі як «сукупність сталих, незмінних рис, загальних здібностей і властивостей, що виражають особливості людини як живої істоти і притаманні людині розумній в усі часи незалежно від біологічної еволюції та історичного процесу»<sup>1</sup>. Але у цьому ж тексті – після наведення поглядів відомих мислителів різних часів стосовно саме таких рис і властивостей – на закінчення робиться дещо песимістичний висновок: людська природа як певне явище, безперечно, існує, однак ми не в змозі здійснити її конкретну розшифровку, оскільки вона виявляє себе у різноманітних культурних і соціальних феноменах. Людська природа, отже, не зводиться до переліку якихось усталених ознак; зрештою сама ця природа не є застиглою. Зберігаючи себе як певна цілісність, вона, тим не менше, піддається змінам. І нарешті, заключний висновок автора цієї статті – відомого фахівця з антропології російського професора П.С. Гуревича – виглядає таким чином: «Мабуть, варто дослухатися до твердження М. Шелера про принципову неможливість визначити людську природу. Така дефініція означала б заперечення свободи і багатоманітності людини».

Отже, як бачимо, дістати якщо й не вичерпне, то хоча би більш-менш завершене *змістовне* уявлення про те, як же розуміти, витлумачувати феномен людяності (і відповідне поняття про нього), спираючись лише на сучасну антропологічну науку, є справою доволі проблематичною. Однак певною мірою її положення виявляються, так чи інакше, все ж небезкорисними задля аналізу деліктів проти людяності.

Крім того, слід зважати й на те, що самі ознаки людяності, їх наявність чи відсутність неабияк залежать від реальних природних і соціальних умов існування людини, є, зрештою, похідними від них. (Згадаємо відому афористичну сентенцію К. Маркса: аби повернути людині людське, потрібно самі умови, обставини її життя зробити людськими...). Тому, можна вважати, руйнація таких обставин теж становитиме посягання на людяність.

**Основні висновки.** Отож – як перший, початковий крок у напрямі розв'язання аналізованої тут проблеми – спробуємо (залучаючи й певну антропологічну аргументацію) запропонувати дефініцію гранично

<sup>1</sup> Отож, якщо вважати, що означені властивості існують об'єктивно стосовно усіх інших суб'єктів, тоді важко цілком погодись із твердженням про те, що «людяність – це природний, стихійний гуманізм. Гуманізм зрілий, цілеспрямований – це осмислена, усвідомлена людяність» [13, с.390].

загального поняття про те правопорушення, яке є предметом нашого дослідження. А саме: **делікт проти людяності** – це жорстоке ушкодження властивостей людини (біологічних, психічних, соціальних), що відрізняють її від усіх інших живих істот, або ушкодження умов її життєдіяльності, необхідних для формування, реалізації та розвитку таких властивостей, яке природно викликає її страждання.

Але у чому ж означені властивості полягають? Якою має бути їх *змістовна* характеристика? – Ось запитання, які видаються найважливішими. Та відповідь на них, гадаємо, зможе бути тільки-но конкретно-історичною, у певному сенсі релятивно-екзистенційною. Відтак, справді, навряд чи можна буде виявити з-поміж досліджуваних властивостей такі, котрі є (як мовиться у цитованій вище філософсько-антропологічній статті) «незмінними» в «усі часи»...

Запропонована щойно дефініція, є, ясна річ, небеззаперечною, в якихось її моментах, мабуть, досить вразливою. Але зараз наша мета полягала не в тому, аби дати цілком завершене, досконале, «відшліфоване» визначення обговорюваного поняття, а у стимулюванні, імпульсуванні подальших наукових пошуків у цьому напрямку.

Й останнє. Як відомо, в Україні у разі виникнення питання про притягнення до кримінальної чи до адміністративної відповідальності не дозволяється вдаватись до застосування аналогії закону або аналогії права. Тому, мабуть, варто обговорити питання про підставність включення до відповідних кодексів вказівки на санкції за скоєння *посягання на людяність* як окремого, самостійного правопорушення (бажано разом із аутентичним тлумаченням поняття про такий делікт). Адже захист від таких правопорушень має здійснюватись не тільки на міжнародному, але й на національному рівні. Та оскільки такої вказівки у цих кодексах поки що немає, то мало не єдиним засобом захисту українських громадян саме від нелюдського поведіння з боку держави лишатиметься їх звернення до Суду зі скаргами на порушення ст.3 Конвенції.

## Список використаних джерел:

1. Голос України. – 2011. – 7 травня.
2. Див., наприклад: Бест Дж. Война и право после 1945 г. / Дж. Бест [пер.с англ.]. – М., 2010. – 676 с.; Розбудова демократичного суспільства після Нюрнберзького трибуналу. 36 статей. – Одеса, 2010. – 270 с.; Зелинская Н.А. Нюрнбергская концепция международного преступления и принцип «ex post facto» в международном уголовном праве / Н.А. Зелинская // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. Т.7. – 2008. – С. 160–169.
3. Яртых И.С. Предисловие / И.С. Яртых // Нюрнбергский процесс: Защитительные речи адвокатов. – М., 2008. – Т.1. – С. 3–12.
4. Пустогаров В.В. Оговорка Мартенса – история и юридическое содержание / В.В. Пустогаров // Право и политика. – 2000. – № 3. – С. 17–21.
5. Рабінович С. Природно-правова очевидність та її юридична позитивація / С. Рабінович // Юридична Україна. – 2010. – №1. – С. 15–21.
6. Див. Ледях И.А. Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ / И.А. Ледях. – М.: Юрид. лит., 1973. – 159 с.
7. Мережко А.А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права / А.А. Мережко. – К.: Юстиніан, 2002. – 192 с.
8. Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками. Сб.материалов в 7-ми томах. – Т.VII. – М.: Госюриздат, 1961. – 760 с.
9. Нюрнберзький процес: незасвоєні уроки. Виступ Голови Верховної Ради України В. Литвина на Міжнародній науковій конференції, присвяченій 65-річчю Нюрнберзького процесу // Голос України. – 2011. – 18 травня.
10. Див.: Богуш Г. Обзорная конференция по Римскому статуту: новые горизонты международного уголовного правосудия / Г. Богуш // Сравнительное конституционное обозрение. – 2010. – №5.
11. Детальніше див.: Буткевич В.Г. Особливості з'ясування правового змісту ст.3 ЄКПЛ та застосування основних стандартів / В.Г. Буткевич // Європейський суд з прав людини. Судова практика. – Вип 1.– Ч.1-2. – К., 2011. – С. 791–895.
12. Пушкар П.В. Заборона катувань та інші форми жорстокого поводження чи покарання: застосування практики Європейського суду з прав людини / П.В. Пушкар // Європейський суд з прав людини. Судова практика. – Вип 1.– Ч.3. – К., 2011. – С. 50–116.
13. Борзенко И.М. Человечность человека: Основы современного гуманизма : Уч. пособ.для вузов. Изд. 2-ое, испр. и доп. / И.М. Борзенко, В.А. Кувакин, А.А. Кудишина. – М., 2005.

## ЧЕЛОВЕЧНОСТЬ ПОД ЗАЩИТОЙ ПРАВА

**П. Рабинович**

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко,  
г. Львов, ул. Университетская, 1, e-mail: rmp2009@mail.ru*

В статье анализируются деликты против человечности, посягаательства на которые впервые были официально объявлены противоправными в документах Нюрнбергского трибунала (1945–1946 гг.). Используется практика Европейского суда по правам человека. Привлекаются положения науки антропологии.

*Ключевые слова:* человечность, деликты против человечности, Нюрнбергский процесс, Европейский суд по правам человека.

## HUMANENESS UNDER THE PROTECTION OF LAW

**P. Rabinovych**

*Ivan Franko National University of Lviv,  
Lviv, Universytetska Str., 1, e-mail: rmp2009@mail.ru*

The article analyzes the delicts against humanness, infringement of which were for the first time announced in the documents of the Nurnberg Trials 1945-1946. The practice of the European Court of Human Rights and the statements of anthropology are invoked.

*Keywords:* humaneness, delicts against humaneness, Nurnberg Trials, European Court of Human Rights.

## ОТ СУЩНОСТНОЙ ВОЗМОЖНОСТИ – К СОЦИАЛЬНОЙ ФУНКЦИИ ЧЕЛОВЕКА? (ПОЛЕМИЧЕСКИЕ ЗАМЕТКИ О «ПРАВЕ ЕСТЕСТВА»)

*С. Рабинович*

*Львовский государственный университет внутренних дел,  
м. Львів, вул. Городоцька, 26, e-mail: serg\_rabin@yahoo.com*

В последние годы украинское правоведение обогатилось замечательными философскими исследованиями, переосмысливающими традиционную естественно-правовую проблематику с позиций экзистенциальной онтологии. Речь идет о работах А.В. Стовбы «Право естества» [1] и «Право и за-каз» [2]. Методологическая разработанность, концептуальная завершенность и внутренняя целостность указанных публикаций обуславливают их значимость для всех правоведов, интересующихся вопросами философии права и, в частности, онтологическими основаниями «естественного права».

Изложенные ниже тезисы имеют целью обратить внимание на отдельные проблемные моменты, которые, на наш взгляд, ставит перед современной философско-правовой мыслью концепция А.В. Стовбы.

Изложим ее основные положения на основе первой из указанных работ.

Отмечая, что в рамках классической дихотомии естественного и позитивного права утрачен из виду тот вопрос, который исходно «ставило» само естественное право как таковое, автор формулирует задачу исследования: реконструировать этот вопрос. Методологическим основанием для решения этой задачи выступает фундаментальная онтология М. Хайдеггера, согласно которой возможность права как ответа на вопросительность нашего бытия заключена в онтологической структуре человека, важнейшей составляющей которой является его разомкнутость.

Разомкнутость означает сущностную возможность двустороннего «события встречи» человеческой самости с миром и иными людьми, и мира, а также людей – с самостью. Опираясь на взгляды В. Майхофера, ученый подчеркивает, что мы всегда разомкнуты друг другу как кто-то (как покупатель и продавец, как отец и сын, как адвокат и подзащитный и т.д.), т. е. всегда имеет место особый способ существования человека, для обозначения чего вводится термин «бытие-как». Этот термин обозначает не просто конкретный способ вовлеченности в фактические

правоотношения, но титул для горизонта бытия-с как веера всех возможных его вариантов.

Естественное право первично имеет место таким способом, что изначально «дает нам доступ» к сущности сопричастующих в бытии-с нами людей, «размыкая» нас по отношению друг к другу. Таким образом естественное право позволяет понять других людей в их бытии-как, коррелятивно открывая нас им в соответствующем им модусе нашего бытия-как. «Право естества» оказывается укорененным в сущностной возможности человека подлинно быть-как, манифестируя свою конкретно-ситуативную и уникальную сущность. Динамизм права естества обусловлен множественностью модусов бытия-как. В результате «право естества» «представляет собой не «застывшую сущность», но «про-ис-шествие» людей в их существе, связанных друг с другом посредством «чина», заданного соответствующим модусом бытия-как.

Это право являет собой некий онтологический «приказ», адресатом которого предстает экзистирующее, т.е. выходящее за свои пределы, бытие-с-другими, «мы». Естественная «противоправность» проявляется как отказ явить себя в своем естестве, казать себя как некто (так, например, преступник в акте естественного преступления скрывает прежде всего свой исходный – правомерный – способ бытия-как, то есть то, как он должен был себя вести).

В итоге, проясняя тот бытийный вопрос, ответом на который является «право естества», автор приходит к выводу, что это вопрос о сути, «естестве» того Другого, кто связан с нами определенным образом, а также о том, как вести себя по направлению к нему. Поэтому наше бытие-как, коррелятивно связанное с бытием встречных нам иных людей, а именно как манифестация нашего и «чужого» естества, которое всякий раз есть определенным образом, есть бытие-в-праве. Исходя из этого, ««право естества» предстает как событие «при-каза» естества экзистирующей сиюбытности как разомкнутого бытия-как с другими, задающее всякому его чин как способ экзистирования».

В рассматриваемой экзистенциально-онтологической концепции сохраняется классическая противоположность «быть» и «казаться» – противопоставление, юснатуралистический характер которого представляется бесспорным. «Фюсис»-«номос», («природа» и «установление» – бытийная антиномия, к которой логически восходит концепция «права естества». Таким образом на неклассической основе происходит своеобразное возвращение к фундаменту естественно-пра-

вовой проблематики, заложенному античной философией (Гераклит, Ксенофан, Емпедокл, Анаксагор и др.).

Место дихотомии подлинного и неподлинного права («права по установлению») тут занимает противоположность подлинного и неподлинного существования. *Подлинность права обеспечивается благодаря подлинности естества.* Однако, как кажется, сама реальная возможность неподлинного существования (в от-казе, кажимости либо за-казе) создает возможность и реальность иного «права»: мнимого, неистинного, несправедливого (Впрочем, в таком случае речь пойдет уже не о праве «позитивном», во всяком случае, не в традиционном смысле этого слова).

«Приказ» права естества – требование социального должного, фундированного в социальном сущем. Подлинное бытие-как и сию-бытность являются сущностными возможностями, и поэтому – деонтическими образами и идеалами, бытийно укорененными, сокрытыми в эмпирии сущего. Эти возможности выражают потребности совместного существования людей, бытийно обусловлены общественным характером человека, которые, в конечном счете и формируют содержание требований «бытия-как».

В совместности социального бытия, в органичности социальных взаимосвязей, в которой люди раскрываются, «размыкаются» друг на друга в своих ролях в их связке, именно в этой совместности раскрывается социальная «природа вещей» как сущность ролевых межчеловеческих отношений.

Именно потребности этой совместности задают требования к со-существованию индивидов и являются, на наш взгляд, социальными истоками приказа. Бытийный «приказ, обращенный к экзистирующему бытию-с Другими», есть требование необходимости существования социальной системы как Целого, ее сохранения и развития.

Вряд ли является случайной связь между бытием-как в праве естества и теми социально-правовыми статусами, де-факто повсеместно присутствующими в современных обществах и к которым автор обращается (покупатель-продавец, адвокат-подзащитный, судья-подсудимый, муж-жена и др.)? Если же предположить, что такая связь является необходимой, не может ли быть редуцировано «право естества» к социально-ролевому (*сущему*) праву, истоки которого находятся в сущности юридических отношений?

Каким образом таинственный «приказ», не давая никаких содержательных предписаний, способен задавать способ «ко-экзистирования»

бытия-с? На наш взгляд, ответ может быть получен в плоскости социального сущего: отказ от выполнения своей роли кем-либо из реальных участников функциональной связки (купли-продажи, судопроизводства, брака и т.д.) является индивидуальным отрицанием нормативности соответствующего института, и соответственно – противоправным «от-казом». Поэтому, думается, императивность приказа задана самим *функциональным назначением социальных институтов.*

Природа юридического отношения обуславливает специфичное субъектное «функциональное назначение» каждого из его участников в реализации отношения в целом. Эта сущность надиндивидуальна, нормативна, и в этом смысле властно требует определенного поведения. Успешная реализация отношения требует взаимосогласованности действий участников общественных отношений, постоянного взаимного учета этих действий [3, с.10-41]. Представляется, что в сугубо юридико-прикладном, социорегулятивном плане именно эти требования и выражает приказ «сохранять разомкнутость».

Возникает также вопрос о том, является ли формальное требование «сохранения взаимной разомкнутости экзистирующих в бытии-с» именно *правовым* требованием (почему не считать его, например, общебытийным или же нравственным)? Вывод в пользу общебытийности усиливает также и тезис «Права и заказа» о том, что подлинное место человека в праве – внимание сути происходящего, его раскрытие и доведение до полноты. Не идет ли тут речь о месте человека в бытии, а не в праве как одной из сторон бытия? Иначе говоря, не совпадает ли тут право с бытием как таковым? Если да, то не является ли это своего рода экспансией права, некоей «юридизацией» бытия?

В связи с этим не совсем ясно, все ли ипостаси бытия-как как веера возможностей следует относить к правовым? (на каких основаниях, например, бытие-ученым либо бытие-капитаном не может быть признано именно *правовым* бытием)? (попутно заметим также, что в большинстве случаев существенно отличается от ролевого должное, но фактически нереализованное поведение преступника. Поскольку речь идет о нарушении *общих* бытийных запретов, исходно правомерное бытие-как предстает не столько частным модусом человеческого бытия, а собственно бытием-как-человек).

Следует признать, что в бытии-как человек оказывается лишь своеобразной *функцией бытия-с*, что, на наш взгляд, отражает экзистенциальную неполноту бытия-как. Такой результат, однако, представляется неизбежным следствием соотношения бытия-как и социальной роли.

«Правовой человек» – это функция, которую в технократическом обществе превращен человек как таковой. «Служение-для» как основообраз правового человека характерно для техницистского права, прежде всего права западного. «Право» в своем превращенном виде «права как техники» подчиняет себе тех, кто думает с его помощью добиться власти и контроля – эта мысль, прямо высказанная в «Праве и заказе», выражает идею экономического, социального и юридического отчуждения. Именно это отчуждение прежде всего и вызывает к жизни необходимость юснатуралистического переосмысления права.

Становясь институтом рыночного общества, право неминуемо отчуждается от его творцов и участников. Таким образом, институциональное право – форма отчуждения человека от самого себя, способ обезчеловечивания и партикуляризации сущности человека в обществе.

Обусловленность бытия-как рамками наличных социальных институтов и – заметим, возвращаясь к Марксу, – всей общественно-экономической системой – неминуемо создает поле напряжения между полнотой личностного самораскрытия и односторонностью юридически-ролевого бытия-как, которому по определению присуща частичность.

С одной стороны, горизонт подлинности социальной роли – и, очевидно, также и естественной правомерности подобающего ей поведения – задает наличная система экономических и иных социокультурных отношений. С другой стороны, сам процесс экзистирования как трансцендирования, выхода за пределы самости в направлении Другого имеет тенденцию к максимально полной реализации, в пределе которой неминуемо происходит трансформация одних сущностных возможностей в другие и смена социальных ролей: так, продавец может в конечном счете перестать быть-продавцом и оказаться дарителем, а покупатель – одариваемым. Во исполнение приказа, исходящего из разомкнутости, юридическое бытие может трансформироваться в бытие нравственное (вспомним концовку известного фильма, в которой старшина присяжных заседателей принимает на себя заботу о дальнейшей судьбе подсудимого ребенка, превращая их отношения в личные).

Следует ли бытие-как всегда считать собственно аутентичным способом себя-казания, а не, например, неизбежностью социальной роли? Представляется, в интерпретации В. Майхофером «бытия-как» [4, с. 251, 253] имеет место попытка «подсластить пилюлю» повседневного рыночного существования путем превращения юридического долга в общечеловеческое экзистенциальное переживание полноты бытия-как.

Подытоживая, отметим, что социально-онтологическое истолкование естественного права, начало которому было положено в западной философско-правовой мысли и блестящим примером которого в Украине являются сегодня работы А.В. Стовбы, является, на наш взгляд, наиболее плодотворным способом приближения к сущности права, наполнения соответствующего понятия реальным содержанием. В силу того, что, подобно самому праву естества, концепция последнего *несет свою меру в самой себе*, переинтерпретация ее с иных методологических позиций чревата редукционизмом и утратой некоторых составляющих аутентичности содержания. Тем не менее, критическое осмысление концепции, выявление как ее сильных сторон, так и уязвимых мест неминуемо требует выхода за ее собственные методологические пределы, перехода в иные плоскости философской рефлексии. Именно такая попытка и была предпринята выше.

#### Список использованных источников:

1. Стовба А. Право естества: в попытках переосмысления естественного права / А. Стовба // Российский ежегодник права. – 2009. – № 2. – СПб. : ООО «Университетск. издат. консорциум «Юрид. книга», 2009. – С.81–95.
2. Стовба О. Право і за-мовлення: до витоку сучасного мислення права / О. Стовба // Право України. – 2011. – № 8. – С. 71–78.
3. Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право / Г.В. Мальцев. – М. : Мысль, 1977. – 255 с.
4. Майхофер В. Право и бытие. Прологомены к онтологии права : пер. с нем. А.В. Стовбы / В. Майхофер // Российский ежегодник права. – 2008. – № 1. – СПб. : ООО «Университетск. издат. консорциум «Юрид. книга», 2009. – С. 186–258.

**ВІД СУТНІСНОЇ МОЖЛИВОСТІ –  
ДО СОЦІАЛЬНОЇ ФУНКЦІЇ ЛЮДИНИ?  
(ПОЛЕМІЧНІ НОТАТКИ ПРО «ПРАВО ЄСТВА»)**

***С. Рабінович***

*Львівський державний університет внутрішніх справ,  
м. Львів, вул. Городоцька, 26, e-mail: serg\_rabin@yahoo.com*

Статтю присвячено аналізу проблемних моментів екзистенційно-онтологічної концепції «права єства», розробленої О.В. Стівбою. Звертається увага на буттєву неповноту й частковість буття-як, на функціоналізацію «правової людини», яка відбувається в процесі інституціоналізації права в ринковому суспільстві. Обстоюється ідея соціальної зумовленості юснатуралістичного переосмислення права, про те, що необхідність такого переосмислення викликана передовсім процесами економічного, соціального і юридичного відчуження.

*Ключові слова:* природне право, право єства, буття-як, соціальна роль, соціальна функція, відчуження

**FROM ESSENTIAL POSSIBILITIES –  
TO THE SOCIAL FUNCTION OF HUMAN?  
(POLEMIC NOTES ON «LAW OF ESSENCE»)**

***S. Rabinovych***

*Lviv state university of internal affairs,  
Lviv, Horodotska Str., 26, e-mail: serg\_rabin@yahoo.com*

Article is dedicated to the analyses of the problematic points of existential ontological conception of the law of essence, elaborated by O.V. Stovba. Attention is paid to the existential partiality of the presence, namely functionalization of the “legal man”, that takes place in the institutionalization of the law in the market society. The idea of social determination of the “jus natural” rethinking of law is founded, namely that necessity of such rethinking is caused by the processes of economic, social and legal alienation.

*Keywords:* natural law, law of essence, existence-how, social role, social function, alienation.

**ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ  
ПОСМЕРТНИХ РЕПРОДУКТИВНИХ ПРОГРАМ**

***І. Рубець***

*Львівський національний університет імені Івана Франка,  
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: irusja\_rubec@mail.ru*

З давніх часів відомі ситуації, коли чоловік помирає від хвороби, нещасного випадку чи на полі бою після того, як дитина була зачата, але ще до її народження. Таких дітей було називали «посмертними». У більшості випадків ці діти визнавались такими, які походять від батька лише за умови, якщо вони були народжені до спливу відповідного періоду часу після його смерті. У літературі наявні також і випадки, коли народження дитини відбувалося вже після фізичної смерті матері – при пологах чи в результаті нещасного випадку [1]. За Сімейним кодексом України 2002 р. (далі – СК України) діє норма, яка регулює такі відносини. У ч. 2 ст. 122 СК України міститься правило: «дитина, яка народжена до спливу десяти місяців після припинення шлюбу або визнання його недійсним, походить від подружжя». Як відомо однією з підстав припинення шлюбу є смерть чоловіка або дружини.

У сьогоденні час новітні високорозвинуті наукові технології дають підстави розглянути поняття дітей, народжених після смерті їхніх батьків, по-новому. Застосування допоміжних репродуктивних технологій (далі – ДРТ) як методик лікування безпліддя призводить до виникнення ситуацій, коли не лише народження дитини, але й її зачаття може відбутися вже після смерті біологічних батьків. Саме таких дітей мають на увазі у літературі сьогодні, називаючи «посмертними». Якщо висловлюватися точніше, ідеться про дітей, посмертно зачатих. Заморожені гамети можуть зберігатися у відповідних умовах досить тривалий час. А тому визначення походження дитини, народженої з допомогою їх подальшого використання, жодним чином не пов'язане із моментом смерті батьків. І хоча в 1980 р. уже був описаний перший випадок не лише посмертного народження, а й посмертного відібрання репродуктивного матеріалу, належного правового врегулювання цієї процедури та подальших її наслідків немає практично у жодній державі світу [2]. Як наслідок, виникає низка проблемних ситуацій, пов'язаних із подальшою долею дітей, зачатих після смерті батьків (одного або обох), а також в принципі з можливістю їхнього народження.



Із питаннями посмертної репродукції людини зіткнулися чимало держав. В Німеччині, Швеції, Канаді, Австралії вона заборонена. В Англії дозволена, лише, якщо донор прижиттєво висловив на це чіткий намір. У Франції посмертна репродукція заборонена після судового розгляду однієї гучної справи. В Україні закон не передбачає жодних положень «за» або «проти» посмертної репродукції.

Питання походження дітей, зачатих після смерті їхніх батьків, піднімали у працях зарубіжних авторів у контексті дослідження реалізації посмертних репродуктивних програм, а також аналізу окремих судових рішень. Зокрема, слід відмітити внесок таких науковців, як Джуді Хантер, Кетрін Ван Хойген, Шарман Крістофер, Рус Зафран, Гейл Катта і ін. Оскільки законодавче регулювання окресленої проблематики в нашій державі повністю відсутнє, а без відповідного наукового обґрунтування створити будь-яку нормативну базу не видається реальним, існує гостра необхідність вітчизняних наукових напрацювань у зазначеній сфері.

Для того, щоб дитина була зачата вже після смерті батьків, передусім необхідно, аби її потенційна мати/батько залишила свій репродуктивний матеріал у кріобанку. Причини, з яких люди здійснюють цю процедуру, бувають різні, проте виділено два випадки, в яких заморожені гамети передаються на зберігання у кріобанки. Перший, коли особа проходить процедури штучного запліднення і для цього надає свої репродуктивні клітини. І другий, коли зразок генетичного матеріалу передається на зберігання в кріобанк перед проходженням хіміотерапії чи іншого лікування, яке своїм наслідком може викликати безпліддя або смерть [3].

Питання можливості зачаття дитини після смерті особи залежить від встановлення на це її наміру. Розглянемо кілька ситуацій. Перша, коли особа залишила своє волевиявлення щодо розпорядження кріоконсервованими гаметами на випадок смерті і друга, коли таке волевиявлення відсутнє. Видається, що намір стати батьком/матір'ю у випадку здавання гамет для лікування безпліддя більш очевидний, адже тут для зачаття дитини спрямовано конкретні дії. У другому випадку вважаємо, що гамети зберігалися з метою перестрахувати себе від можливого безпліддя. Така особа залишає за собою право вибору – стати в подальшому батьком/матір'ю, чи ні. Встановити її намір щодо народження дитини постає значно складнішим завданням. Проте, у жодній із цих ситуацій не можна сказати із упевненістю, чи бажання стати матір'ю/батьком поширювалося і на випадок смерті.

Якщо особа залишає волевиявлення щодо розпорядження її репродуктивним матеріалом після смерті, ситуація не викликає особливих труднощів. Такий випадок було простежено в 1993 р. у США. Сорокавосьмирічний чоловік на ім'я Вільям Кейн закінчив своє життя самогубством. Незадовго до цього він помістив на зберігання у кріобанк свої гамети і залишив право розпорядження щодо них своїй співмешканці Деборі, яка, на його думку, захотіла б народити від нього дитину. Дорослі діти Вільяма від попереднього шлюбу категорично заперечували це, проте, після тривалої судової тяганини Апеляційний суд Каліфорнії все ж таки присудив сперму померлого Деборі [4]. У 2008 р. Апеляційний суд Каліфорнії відмовив позивачці Айріс Ківернеджел використати для запліднення заморожені гамети її чоловіка. Джозеф Ківернеджел здав на зберігання у кріобанк сперму, проте зробив розпорядження знищити її на випадок його смерті [5]. У Великобританії у 2002 р. вдова вимагала отримання заморожених гамет померлого чоловіка, проте їй було у цьому відмовлено, оскільки напередодні смерті він відкликав свою згоду на розпорядження дружиною його гаметами після смерті. Позивачка наводила аргумент, що згода чоловіка була відкликана під тиском одного із медпрацівників закладу, проте суд відмовив їй, бо вважав, що намір чоловіка був повністю зрозумілим [7]. У кожному із цих випадків було виконано волю померлих і такий підхід цілком логічний та обґрунтований. В Україні проведення посмертних репродуктивних програм нічим не регулюється. Інструкція про застосування ДРТ, затверджена наказом МОЗ України 2008 р. передбачає, що ДРТ застосовуються за письмово оформленою згодою пацієнта. Звідси доходимо висновку, що для зачаття дитини після смерті її батьків, потрібна обов'язкова згода на проведення такої репродуктивної програми, як і в разі застосування будь-якої ДРТ. Очевидно, що цей висновок є суто формальним і не може розглядатися як такий, що був свідомо закладений у зміст норми. Тому стверджувати з упевненістю про неможливість народження у нашій державі посмертно зачатої дитини без оформленої на це прижиттєвої згоди не варто.

Отже, розглянемо випадок, коли зазначеного волевиявлення особи немає. У Франції в 1984 р. трапився перший прецедент щодо визначення долі гамет (справа Parlaix проти банку сперми SECOS). Двадцятичотирьохрічний чоловік перед проходженням курсу хіміотерапії здав на зберігання у кріобанк свій генетичний матеріал. Жодних розпоряджень щодо його використання на випадок смерті він не залишив. Через два роки цей чоловік помер, а його дружина звернулася до банку з вимо-

гою передати їй гамети покійного для проведення штучної інсеминації, стверджуючи, що таким був їх спільний намір із померлим чоловіком. Жінка отримала відмову. За захистом своїх прав вона звернулася до суду. Суд визначив сперму померлого як «сім'я життя», умову реалізації права людини на продовження роду та присудив передати її вдові [6]. У наступній справі *Hall v. Fertility Institute of New Orleans*, 647 So.2d 1348 (La. Ct. App. 1994) мати померлого чоловіка прагнула перешкодити партнерші, яка пережила її сина отримати його заморожені гамети, з приводу яких у заповіті нічого не йшлося. Партнерша пред'явила судові підписаний померлим «Act of Donation», що на її думку, підтверджував його бажання посмертно стати батьком. Суд першої інстанції визнав цей документ недійсним, проте суд другої інстанції не підтримав такого висновку і задовольнив вимогу заявниці [7]. Хоча цей документ фактично не встановлював наміру посмертного батьківства, проте в сукупності з іншими доказами він послуговував підставою на його підтвердження. Як бачимо, встановлення істинного наміру особи щодо посмертного батьківства/материнства є обов'язковою умовою будь-яких розпорядчих дій щодо її гамет. А відсутність розпорядження щодо них не завжди засвідчує відсутність бажання подарувати життя дитині вже після власної смерті.

У таких справах дуже велика роль належить добросовісності, справедливості і уважності розгляду всіх обставин справи судом. Адже без волевиявлення особи дуже складно з'ясувати її реальне відношення до проведення посмертної репродуктивної програми. Одні фахівці стверджують, що якщо вже особа здала свої гамети на зберігання, то це слід вважати достатнім фактом на підтвердження її бажання стати батьком/матір'ю. З іншого боку, як визначити, чи мала вона намір набути цього статусу при житті і лише з метою самій виховувати власну дитину, чи воліла народження генетично рідної собі дитини за будь-яких умов, навіть у випадку смерті. Не думаю, що категоричний підхід є обґрунтованим у цій категорії справ. Варто розглядати можливими різні варіанти. Наприклад, якщо партнер, інші близькі родичі померлого наполягають на зачатті немовляти від його гамет та підтверджують таке бажання у померлого, очевидно, що відмовляти у зародженні ще одного бажаного людського створіння лише на підставі формальних неузгодженостей, було б, як мінімум, не гуманно. З іншого боку, свідчення спадкоємців померлого не на користь народження дитини можуть бути зумовлені особистою зацікавленістю і не відповідати дійсності. З'ясувати всі обставини справи з особливою детальністю повинен суд.

Право на репродуктивну автономію особи потрібно розглядати як таке, що складається з обох складових – народжувати або не народжувати дітей [8]. Тому, спрямованими проти забезпечення цього права можна вважати як заборону у посмертному зачатті та народженні дитини, так і їх реалізацію. Видається, що відмова у народженні дитини повинна однозначно застосовуватися лише тоді, коли померлий дуже чітко висловив на це свій намір. В інших випадках варто застосовувати всі можливості, щоб життя все-таки було зароджене.

Саме тому, потрібно розглянути ще одну ситуацію. А саме, – коли намір особи щодо посмертного батьківства встановити майже неможливо. Що робити в такому випадку? Якщо близькі родичі померлого клопочуть про дозвіл використати його гамети для зачаття, мабуть варто надати таку можливість. Проте, що робити, коли ці особи не можуть дійти з приводу даного питання згоди? Наприклад, «проти» клопочуть особи, для яких ця дитина буде конкурентом при спадкуванні. У цьому випадку аргументів не на користь її зачаття та народження для суду може виявитися більше. Виникає питання, чи заперечували б ці особи проти її народження, якби це не зачіпало їхні інтереси? Можливо, в такій ситуації варто відмовити дитині у правовому зв'язку з померлим батьком/матір'ю, щоб не відмовляти у народженні? Наприклад, дружина померлого хоче народити від нього дитину. Визначити його намір щодо цього питання не виявляється можливим. Вона згідна взяти всі обов'язки по догляду і утриманню дитини на себе, без претензій на будь-які спадкові права. Такий варіант розвитку подій також не варто виключати. Адже його єдиним і, без сумніву, позитивним наслідком стає народження ще одного людського життя, а також надання ще одній жінці щастя відчувати радість материнства. Саме тут можна аналізувати ситуацію на основі описаного в літературі фактору наміру. Це означає взяти до уваги наміри всіх зацікавлених сторін. Прижиттєвий намір чоловіка, гамети якого використовуються, його партнерші, а також за наявності, так званої додаткової змінної – її нового партнера, який згідний взяти на себе батьківські обов'язки щодо майбутньої дитини. Не можна нехтувати наміром щодо розпорядження гаметами жодної із цих сторін, рішення повинно прийматися ціною найменшої шкоди [7]. У такому випадку відсутність походження дитини від її померлого батька/матері може послуговувати підставою її народження. Цю ситуацію можна назвати, певною мірою, викривленою, оскільки, за загальним правилом, факт народження дитини викликає питання визначення її походження.

Можна виділити два підходи до визначення походження дітей, зачатих після смерті їхніх батьків. Перший, коли дитина походить тільки за умови наявності формальної згоди померлого на посмертне батьківство. І другий, коли намір померлого стати батьком/матір'ю можна довести іншим способом. У деяких законах містяться чіткі вказівки діяти згідно першого варіанту. В одному із законів США спеціальним розділом «Батьківський статус померлої особи» передбачено, що особа, яка здала свої гамети в цілях стати батьком/матір'ю за допомогою ДРТ, померла до зачаття дитини, така особа не може вважатися батьком/матір'ю майбутньої дитини, окрім випадків, коли померлий надавав згоду на застосування ДРТ до його гамет і після смерті. У Флориді, якщо дитина була зачата від гамет померлого, вона не матиме прав на його спадкове майно, окрім випадків, коли померлий давав згоду на таке зачаття [7]. У січні 2002 р. у штаті Масачусетс уперше було визначено статус посмертно зачатих дітей, як законних спадкоємців своїх померлих батьків. У рішенні було зазначено, що такі діти, як плоди новітніх технологій, не повинні жодним чином бути дискриміновані порівняно з іншими дітьми. Втім, обов'язковою умовою їх правового зв'язку із померлими батьками має бути чітко висловлена прижиттєва згода на таке посмертне батьківство. Один лише факт залишення своїх гамет на зберігання не є достатнім аргументом підтвердження такого бажання [9]. Отож, у цьому випадку встановлення волевиявлення особи стати батьком/матір'ю посмертно і слугує підставою запису про таких осіб, як матір/батька дитини. В такій ситуації потрібно, щоб померлий батько/матір визнавалися батьком/матір'ю дитини за заявою зацікавлених осіб, пред'явивши документ, що підтверджує волевиявлення померлого. Дитина, з використанням гамет померлого, може бути народжена, використовуючи генетичний матеріал другого з подружжя, його партнера, донора, з використанням послуг сурогатної матері. Проте, батьком/матір'ю (окрім померлих) такої дитини записуватиметься ініціатор проведення репродуктивної програми по зачатті і народженні.

У випадку, коли закон не ставить чітких обмежень, намір посмертного батьківства/материнства особи можна доводити іншим способом. Необхідно встановити, чим саме підтверджується прийняте при житті рішення особи стати батьком/матір'ю після смерті. Доказами цього можуть бути свідчення другого з подружжя, партнера померлого, близьких родичів, листи, записи телефонних розмов тощо. Підтвердження правового зв'язку дитини та її померлих батьків може відбуватися

шляхом встановлення факту посмертного батьківства/материнства за рішенням суду.

Якщо ситуація складеться так, що дитина все таки буде народжена та зареєстрована як законна дитина померлого, перед нею постає ще одна проблема – вибороти своє право на спадщину за померлим батьком/матір'ю. Внаслідок абсолютної законодавчої непристосованості до науково-технічного прогресу у сфері ДРТ, виникають значні труднощі під час реалізації спадкових прав посмертних дітей. Відповідно до ст. 1222 Цивільного кодексу України 2003 р. спадкоємцями за заповітом і за законом можуть бути фізичні особи, які є живими на час відкриття спадщини, а також особи, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини. Цивільний кодекс штату Луїзіана зазначає, що дитина може спадкувати за померлим батьком/матір'ю, якщо на момент їх смерті вона перебувала в утробі [7]. У Справі *Hart v. Shalala* у США суд відмовив матері, яка позивалася від імені своєї новонародженої дочки, у праві на спадкування, оскільки дитина була народжена пізніше, ніж через 300 днів від дня смерті батька [2]. Трапляються навіть випадки, коли відмова оформити правовий зв'язок дитини з померлими батьками спричинена звичайним бажанням уникнути ускладнень із спадковим майном [9]. Очевидно, що така ситуація жодним чином не може бути виправдана. Правове регулювання відносин має забезпечувати інтереси учасників цих відносин, а не діяти їм на шкоду. Про наслідки недосконалості, а точніше, відсутності нормативного забезпечення сфери посмертного батьківства та дитинства свідчать і інші, не менш шокуючі факти.

До таких, зокрема, зачисляють випадки відібрання репродуктивного матеріалу від осіб, які не давали на це згоди – тих, хто перебуває у комі, померлих на полі бою солдат тощо. Наскільки це етично і виправдано, яка доля таких гамет і народжених внаслідок їх використання дітей, чи можуть вони офіційно вважатися дітьми своїх померлих батьків – питання спірні. Гадаю, що такі дії можна допускати і вважати виправданими у відповідних екстремальних ситуаціях загальнонаціонального значення, в умовах масових загибелей під час війни, загрози для генофонду та ін. Хоча, звичайно, відповіді на такі питання не повинні залишатися на рівні здогадок.

Окремим моментом постає проблема статусу ембріонів. Оскільки вона не з'ясована на загальноприйнятому рівні, немає змоги з точністю сказати, як правильно чинити з ембріонами померлих людей. Відповідь на питання, хто має ними розпорядитися і як можна це зробити, зали-

шається нез'ясованою. Зарубіжна судова практика йде шляхом різних течій: можливості знищувати ембріони в разі небажання особи набуття статусу посмертного батьківства або залишення за ембріоном права на народження, як за таким, що має власну гідність і право на життя. Законодавство України з приводу даного питання також мовчить.

Очевидно, що розв'язки усіх вищезазначених проблем мають бути передбачені в окремому законодавчому акті, присвяченому регулюванню питань застосування ДРТ. Обов'язково варто детально врегулювати застосування посмертних репродуктивних програм з усіма наслідками для дітей, батьків та інших зацікавлених суб'єктів. Потрібно дати визначення посмертної репродуктивної програми, а також посмертного батьківства/материнства; передбачити обов'язкові умови договорів про передання репродуктивного матеріалу на зберігання та про проведення посмертних репродуктивних програм; передбачити для цих договорів обов'язкову письмову форму з нотаріальним посвідченням тощо. В контексті дослідження, зокрема, цієї статті, запропонуємо до включення у цей спеціалізований закон норми, які стосуються вирішення окреслених у ній проблемних питань, та сформулюємо їх так:

«Обов'язковою умовою договору про проведення посмертної репродуктивної програми та про передання репродуктивного матеріалу на зберігання є розпорядження щодо його використання на випадок смерті власника, або вказівка осіб, уповноважених приймати таке рішення. Якщо зазначені умови не були передбачені відповідними договорами, вони можуть вказуватись у заповіті».

«Особа має право змінити своє рішення з приводу розпорядження репродуктивним матеріалом на випадок смерті чи щодо осіб, уповноважених приймати таке рішення, шляхом внесення змін у договір або включення відповідного пункту у заповіт, не залежно від того, яким із цих правочинів воно передбачалося».

«Якщо особа, яка передала свій репродуктивний матеріал на зберігання, не залишила розпорядження щодо його використання на випадок смерті, або щодо осіб, уповноважених приймати таке рішення, питання можливості такого використання вирішується судом в порядку позовного провадження, на підставі з'ясування прижиттєвого наміру цієї особи».

«Якщо неможливо з'ясувати прижиттєвий намір особи, яка передала свій репродуктивний матеріал на зберігання та не залишила розпорядження щодо його використання на випадок смерті, або щодо осіб, уповноважених приймати таке рішення, рішення про таке використання

приймається судом з врахуванням інтересів усіх зацікавлених сторін».

«Якщо є підстави вважати, що особа, яка залишила своє розпорядження щодо використання репродуктивним матеріалом на випадок смерті, або щодо осіб, уповноважених приймати таке рішення, змінила своє рішення, проте не встигла належно його оформити, питання про таке використання чи осіб вирішується судом у позовному порядку».

Необхідно буде внести також низку змін у чинне законодавство нашої держави і передусім у СК України. А саме, – передбачити окрему статтю 123-1 СК України під назвою «Визначення походження дитини, народженої в результаті застосування посмертних репродуктивних програм» та викласти її у такій редакції: «Дитина, народжена в результаті застосування посмертної репродуктивної програми, походить від своїх матері і (або) батька, після смерті яких вона була зачата, якщо при житті вони надали згоду на застосування посмертної репродуктивної програми, якщо таке рішення прийняли уповноважені ними, на випадок смерті, особи або суд. Походження дитини, народженої в результаті застосування посмертної репродуктивної програми, від своїх матері і (або) батька, після смерті яких вона була зачата, визначається на підставі рішення суду про встановлення факту посмертного батьківства/материнства, в порядку окремого провадження». Відповідно потрібно до ст. 256 Цивільно-процесуального кодексу України 2004 р. під назвою «Справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення», додати пункт десятий, який сформулювати у редакції: «Факту посмертного батьківства/материнства особи».

Зрозуміло, що ця стаття є лише вступом у надзвичайно складну і цікаву проблематику походження посмертно зачатих дітей. Для унормування правової бази цієї сфери необхідно розробляти багато нових та вносити зміни у значну кількість діючих правових норм законодавства України. Проте вже сьогодні є гостра потреба робити перші кроки у цьому напрямку, адже для забезпечення суспільного розвитку будь-якої держави розвиток науки у ній повинен бути підкріплений відповідним правовим забезпеченням.



## ФРОНЕСИС КАК ПРАВОВАЯ СПОСОБНОСТЬ

*Н. Сатохина*

*Национальный университет*

*«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»,  
г. Харьков, ул. Пушкинская, 77, e-mail: satokhina@mail.ru*

Признание человека, его прав и свобод наивысшей ценностью и цель гуманизации юридической практики в целом актуализируют герменевтико-экзистенциальные исследования в юриспруденции, в которых в центре правовой реальности оказывается не норма, а фигура субъекта права. При этом наиболее сложным для описания и анализа является динамический аспект правовой реальности, то есть вопрос о том, как существует право, или как оно осуществляется, и какая роль в его существовании (осуществлении) отводится субъекту. В рамках герменевтической философии права последнее не охватывается его традиционными определениями через идею права, закон, прецедент и т. д., а предстает как событие понимания, принципиально отличное как от научного познания, так и от простого применения нормы. Попытки прояснить его природу возвращают нас к аристотелевской идее «фронесиса». Среди многочисленных ее интерпретаций особое место занимает антропологическая концепция Поля Рикёра, для которого возвращение к понятию «фронесис» связано в первую очередь с обращением к категории «герменевтика применения», когда речь идет об интерпретации ситуаций, в которых могут верифицироваться корреляции между признанием правильности за нормами и признанием способностей – за людьми [1, с. 188].

Данная статья представляет собой попытку осмысления фронетической проблематики как герменевтической в контексте концепции правовых способностей Рикёра. Круг рассматриваемых вопросов, таким образом, охватывает проблему осуществления права, идею субъекта права и его способностей, вопрос о соотношении истины и справедливости, или, в более широкой перспективе – вопрос о природе понимания в осуществлении права, а также вопрос о том, какое значение имеет сегодня возвращение к идее фронесиса и ее переосмысление.

Сначала, взяв за основу антропологию Рикёра, мы определим то место, которое занимает фронесис среди правовых способностей (I), затем вернемся к истокам этой идеи у Аристотеля и пути, по которому она была воспринята европейскими языками (II), чтобы в дальнейшем,

через осмысление вслед за Рикёром конфликтного измерения права (III), прояснить с помощью этой идеи природу понимания в осуществлении права (IV).

I. Согласно Рикёру, антропологические предпосылки права таковы, что человек считается существом, способным воспринять предписания справедливого. Значит, речь идет об утверждениях, имеющих отношение к тому, кем человек является по способу существования; к тому, кем ему следует быть, если он должен стать субъектом, которому доступна моральная, юридическая и политическая проблематика – проблематика ценности. Рикёр распределяет соответствующие способности человека по трем уровням – телеологическому, деонтологическому и благоразумному – к которым принадлежат последовательно три фигуры справедливости, рассмотренные в режимах стремления, нормы и благоразумного суждения.

Телеологическому уровню стремления к благой жизни в справедливых институтах соответствуют экзистенциальные модальности человека правоспособного, признающиеся через разнообразные ответы на вопросы типа *кто?* Кто говорит? Кто действует? Кто рассказывает о себе? Кто считает себя ответственным за последствия своего действия? Ответы представляют собой утверждения касающиеся способностей. Я могу говорить, действовать, рассказывать о себе, признавать себя ответственным за последствия действий, автором (или виновником) которых я себя признаю. Словом, экзистенциальная тема, соотносящаяся со стремлением к благой жизни, представляет собой самоутверждение человека (право)способного. При этом истинностное измерение, к которому относятся способности, специфицирующие общую идею человеческой (право)способности, есть «удостоверение». Это вера, имеющая природу доверия. Ее противоположностью является подозрение, а не сомнение; ее нельзя опровергнуть, но ей можно дать отвод. Таким образом, мое стремление жить в справедливых институтах соотносится с удостоверением того, что я способен к этому стремлению к благой жизни, онтологически отличающему меня от других природных существ.

Деонтологическому плану, где господствует норма, обязательство, формализм и процедура, соответствует другая разновидность (право)способности, нежели та, какую Рикёр обозначает в терминах способности к действию. Это способность принять две «точки зрения», сопоставить личную и безличную точку зрения относительно собственной жизни, которая представляет собой онтологическую пресуппозицию

Кантова императива. Истинностное измерение в данном случае связано опять-таки с истиной удостоверения. Правило универсализации максимы получает поддержку от веры в то, что я могу сменить точку зрения, подняться с индивидуальной к беспристрастной точке зрения.

В плоскости практической мудрости речь идет о фронесисе, рассудительности как искусстве принимать справедливые решения в ситуациях неопределенности и конфликта. Переход к практической точке зрения влечет за собой окончательную трансформацию идеи справедливости. Высказывание права при конкретных обстоятельствах судебного процесса образует парадигматический пример правосудия как справедливости. Аристотель дал ей определение на последних страницах трактата о справедливости: «Такова природа справедливости: а именно, исправлять закон, там, где закону не удастся ничего предписать из-за своей чрезмерной обобщенности» (*Никомахова этика*, V, 14, 1137). О какой же разновидности истины идет здесь речь? По мнению Рикёра, ее нужно сформулировать в терминах приемлемости. Это своего рода ситуационная очевидность в констатирующем смысле, уверенность, согласно которой в данной конкретной ситуации данное конкретное решение является наилучшим, единственно возможным. Это очевидность *hic et nunc* того, что уместно сделать [2, с. 233-248].

**II.** Термин «фронесис» имеет греческое происхождение (гр. *φρόνησις*) и на русский переводится как рассудительность, мудрость, практическая мудрость, разум, практический разум, проницательность, благоразумие. Спектр возможных переводов этого термина свидетельствует об объеме его семантического поля в древнегреческом языке и способе его усвоения европейскими языками, исходя из латинского перевода – *prudencia* [3, с. 527-533]. Сначала термин *φρόνησις* означал мысль вместе с эмоциями и желаниями. Долгое время его не отличали от *σοφία* – «мудрости, знания, научного познания», как об этом свидетельствуют Платон и Аристотель. Со временем этот термин стал означать добродетель, в соответствии с которой действуют в сфере практики, «практическое знание», определенный тип понимания вещей преходящих и изменчивых, связанный с опытом. Так, Аристотель в «Никомаховой этике» [4] различает «мудреца» в смысле «ученый» и «мудреца» в смысле «рассудительный», соответственно сферы *σοφία* и *φρόνησις* (*Никомахова этика* VI, 7, 1141b 2, и далее). Аристотель разделяет рациональную часть души на научную и расчетливую. К первой относится изучение теоретических вещей, то есть таких, которые не могут быть другими, чем они есть, вещей необходимых. Совершенство этой части

души называется *σοφία* «мудрость». Расчетливой части, наоборот, принадлежит сфера вещей, которые могут быть иными, чем они есть, то есть вещей случайных. Совершенство этой части называется *φρόνησις* (*Никомахова этика* VI, 2, 1144b 14). Это добродетель, но в то же время это и определенный тип знания, понимание практических вещей. В отличие от теоретических наук, познание не является его единственной целью. *Φρόνησις* руководит действиями. Постановив один раз, что *φρόνησις* – это хорошее решение о средствах относительно цели, Аристотель уточняет, что это, прежде всего, познание конкретно-единичных вещей, а поэтому это понятие ближе к чувствам, чем к науке в строгом смысле (*Никомахова этика* VI, 9, 1142a 11-20).

Иными словами, у Аристотеля речь идет о том, какую роль надлежит сыграть разуму в сфере моральной деятельности. Но это такой разум и знание, которые не оторваны от бытия, а определяются этим бытием и, в свою очередь, определяют его. Моральное знание не является предметным знанием, то есть тот, кто знает, не стоит перед фактами, которые он только устанавливает, а он непосредственно связан с тем, что познает. Это нечто такое, что он должен делать. А значит, центральным компонентом такого знания выступает применение, которое и определяет это знание в полном объеме. Таким образом, анализ морального знания у Аристотеля представляет собой своеобразную модель герменевтической проблемы. Не случайно Аристотель, размышляя о моральном знании, обращается именно к юридической сфере, в которой проблема применения проявляется наиболее рельефно, поскольку «закон всегда является чем-то общим, и существуют отдельные случаи родов, для которых невозможно предложить общее высказывание, которое применялось бы к ним с абсолютной точностью» (*Никомахова этика* V, 14, 1137). Вслед за Аристотелем, определяющее значение аспекта применения для всякого понимания подчеркивает Ханс-Георг Гадамер. Более того, указывая на универсальность проблемы, философ при этом отмечает, что наиболее полно раскрыть ее сущность позволяет пример юридического понимания [5, с. 383-403].

Европейские языки усвоили фронесис, исходя из его латинского перевода. Когда Цицерон в трактате «Об обязанностях» [6] переводит *φρόνησις* как *prudencia*, в последнем ему слышалось *providencia*, искусство предвидения (от *pro-VIDEO*, «видеть наперед, предвидеть»): «под *prudencia*, на греческом *φρόνησις*, мы понимаем добродетель, отличную от *sapientia*: рассудительность – это наука о том, к чему стоит стремиться и [чего стоит] избегать; мудрость, которая является, как

я уже сказал, наивысшей добродетелью, – это наука о божественных и человеческих делах, в которой содержатся [принципы] совместного бытия и союза между богами и людьми» (Об обязанностях, I, 153). Когда же в одном из пассажей Цицерон переводит первую из добродетелей как *sapientia et prudentia* – «поиск и открытие истины» – то он, несомненно, остается сторонником рационализма стоиков, который впоследствии был воспринят всей латинской традицией [3, с. 531]. Но в отличие от философии эпохи Модерна, для наших современников наибольший интерес представляет именно наследие Аристотеля, для которого фронесис – это в первую очередь добродетель, а не форма практического разума; это совершенство, которое в качестве необходимой составляющей предполагает моральную добродетель умеренности, или сдержанности.

Как отмечает Рикёр, сфера фронесиса достаточно широка. Предметом отдельного рассмотрения для философа стали: медицинское суждение в крайних ситуациях, преимущественно в начале и в конце жизни; историческое суждение, когда необходимым бывает оценить сравнительный вес действий индивидов и действий коллективных сил; политическое суждение, когда глава правительства сталкивается с обязанностью установить порядок приоритетов между гетерогенными ценностями, сложив которые мы получили бы программу хорошего правительства [2, с. 249-259; 7, с. 442-480]. Но высказывание права при конкретных обстоятельствах судебного процесса представляет собой наиболее показательный пример фронетического суждения, среди прочего, благодаря определяющей роли конфликтного измерения в вынесении правового суждения.

**III.** Для того чтобы отвести конфликту надлежащее место, которое до этого ему не отводилось, Рикёр предлагает прислушаться к иному голосу, чем голос философии – к голосу греческой трагедии. В духе критической герменевтики целью такого вторжения философ провозглашает пробуждение импульса, способного породить наше недоверие не только к иллюзиям сердца, но и к иллюзиям самого практического разума [8, с. 288]. «Антигона» Софокла учит тому, что само содержание конфликта – несмотря на уже утраченный неповторимый характер мифической основы – сохраняет нерушимую перманентность. Иными словами, трагедия иллюстрирует то, что Рикёр называет агонистической основой человеческого испытания, где постоянно противостоят мужчина и женщина, юность и старость, общество и индивид, живые и мертвые, люди и божество. Самопознание же дается ценой жестокой

учебы, в процессе долгого путешествия сквозь эти повторяемые конфликты, чья универсальность неотделима от их локализации, которая каждый раз непреодолима [8, с. 291]. В известном сюжете представлен конфликт между позитивным правом Креона и вечным, неизменным правом Антигоны, конфликт, который не может быть разрешен однозначно, поскольку в основе его – внутренний конфликт каждого из героев. Это и обуславливает ценность и значение трагедии, которое Рикёр усматривает в том, что отказываясь дать разрешение конфликтам, она заставляет человека праксиса сориентировать действия на свой собственный риск и потратить его в направлении практической мудрости в ситуации, которая наилучшим образом соответствует трагической мудрости. Призыв к рассудительности насквозь пронизывает всё произведение: в «Антигоне» насчитывается пятьдесят случаев употребления терминов, которые касаются «обдумывания», производных от *boul. phren / pkron* [8, с. 295].

Переход же от трагической мудрости к практической Рикёр связывает с осмыслением двух ключевых вопросов: что делает конфликт неизбежным и какое решение способно привести в него действие. Ответы философ формулирует на уровне политических институций и в сфере интерперсональных отношений. Источником конфликтов, по мнению Рикёра, выступает не только односторонность характеров, но и односторонность самих моральных принципов, которые конфронтируют между собой в сложном жизненном многообразии. Так, реальное разнообразие благ, которые подлежат распределению, а также исторически и культурно детерминированный характер оценки этих благ приводит к конфликту между универсалистской претензией и контекстуалистскими ограничениями правила справедливости.

Конфликты, которые возникают в сфере политики, Рикёр распределяет по трем уровням радикальности: первый связан с повседневной дискуссией в правовом государстве, правила которого становятся предметом широкого согласия; второй – с поиском «хорошей» конституции; на третьем же аристотелевская фронесис касается процесса самой легитимации демократии в многообразии понятий. И в этом смысле не стоит надеяться на консенсус, который мог бы положить конец конфликтам. Демократия не является политическим режимом, лишенным конфликтов, но таким режимом, в котором они открыты и обсуждаются согласно известным арбитражным правилам. По этой же причине плюрализм мнений, имея свободный доступ к публичному проявлению, не является ни исключением, ни болезнью или несчастьем; он является



выражением такого характера публичного блага, который не может быть исчерпан ни научным, ни догматическим способом, чтобы дискуссию можно было считать завершенной. Демократия, в отличие от тоталитаризма, раскрывает себя, прежде всего, как общество, которое по своей форме принимает и сохраняет неопределенность. Поэтому политическая дискуссия не может быть завершена, хотя и должна иметь разрешение в ситуативном моральном суждении [8, с. 299-313].

Если же из политической сферы мы перейдем в сферу межличностных отношений, то тут перед нами предстанут новые источники конфликтов, в основном производные от раскола между уважением к закону и уважением к лицам. В этих новых рамках реальная множественность лиц уже составляет бóльшую проблему, чем множественность благ. При этом инаковость лиц очевидно противопоставляет себя унитарному понятию человечества. Возможность конфликта возникает тогда, когда инаковость лиц, неотделимая от самой идеи человеческой множественности, стремится стать при определенных обстоятельствах определяющей и не согласованной с универсальностью правил, которые поддерживают идею человечности. Практическая мудрость может в этих условиях состоять в том, чтобы отдать приоритет уважению к лицам под именем заботы, которая адресуется лицам в их незаменимой единичности [8, с. 314-327].

Нетрудно заметить, что все упомянутые дискуссии фокусируются на конфликте между универсализмом и контекстуализмом, который Рикёр пытается разрешить через переформулирование этики аргументации: антагонизм между аргументацией и конвенцией философ заменяет тонкой диалектикой между аргументацией и убеждением, которая имеет практический выход через арбитраж ситуативного морального суждения [8, с. 327-347].

**IV.** Таким образом, фронетическая проблематика состоит в изучении срединной зоны, где формируется суждение – на полпути между доказательством, подчиняющимся логическим условиям, и софизмом, мотивированным склонностью к соблазну или искушением устрашения. Эту срединную зону Рикёр называет различными терминами – сообразно задействованным стратегиям: риторической, в той мере, в какой риторика, согласно определению Аристотеля, состоит в том, чтобы дать «ответ» диалектике, понимаемой как учение о вероятных рассуждениях; герменевтической, в той мере, в какой эта стратегия подразумевает применение понимания и объяснения; поэтической, в той мере, в какой применение решения, подходящего для сингуляр-

ной ситуации, относится к сфере того, что – вслед за Кантом – можно назвать продуктивным воображением, чтобы отличить его от воображения просто репродуктивного [2, с. 27].

И в этом смысле правосудие, где право высказывается здесь и теперь, представляет собой парадигматический пример фронетической практики, в которой элемент конфликта обуславливает герменевтическую ситуацию. В контексте прояснения специфики последней интересным представляется предложенное Ричардом Рорти разграничение эпистемологии и герменевтики, познания и понимания. Если предметом эпистемологии является знание, соотносимое с нормальным дискурсом – совокупностью утверждений, которые участники разговора считают истинными, то герменевтика вступает в игру тогда, когда соглашения утрачивают смысл и возникает нечто новое. Роль познания в этом случае ограничивается нахождением соответствий и упорядочиванием уже существующего набора фактов, в то время как роль понимания состоит в нахождении новых парадигм и новых горизонтов знания, ранее не осмысленных, что позволяет в будущем дать работу познанию. Понимание при этом предстает как эвристика познания и непрерывная инновация вопреки систематизации и классификации [9, с. 235]. Так, правовое суждение всегда производится в единичной ситуации, а на решении всегда стоит печать внутреннего убеждения. Другими словами, правовая ситуация в силу своей уникальности всегда представляет собой аномальный дискурс и требует герменевтического осмысления, а решение судьи по конкретному делу предстает как инновация по отношению к существующей правовой традиции, содержит норму и потому не может рассматриваться в терминах истинности и ложности, а связано с отличным от эпистемологического критерием справедливости. Именно тут на первый план и выступает герменевтика как разговор, дискуссия с целью взаимопонимания, хотя совсем не обязательно, что в ходе этой дискуссии люди придут к определенным выводам. Более того, эта дискуссия не может быть завершена, хотя и должна иметь решение в ситуативном суждении.

По мнению Рикёра, ближайшая цель судопроизводства как раз и состоит в том, чтобы положить конец неопределенности, поскольку каждый конфликт содержит момент бесконечности. В этом состоит особенность правового суждения, в отличие, скажем, от исторического: потенциально неограниченный круг объяснения будет замкнут на судебном решении. Итак, вынести судебное решение – значит поставить точку в споре. Конечная же цель суда как института – способство-

вать общественному миру через примирение конфликтующих сторон благодаря «правовой переработке насилия путем перенесения его в пространство слова и речи» и, таким образом, «торжеству языка над насилием». Осознавая утопичность этой цели, философ в то же время отмечает, что эта утопия укоренена в сущности права и составляет его основу [10, с. 32-34].

В свою очередь, цель правосудия обуславливает тип осмысления правовой ситуации: «разрешение дела» как прекращение юридической неопределенности путем вынесения правового суждения (что имеет место в ситуации пробела в знании о фактах, который восполняется с помощью презумпций), «прояснение ситуации» как установления истины по делу (речь идет о причинно-следственном объяснении, которое свойственно эмпирическим наукам, в отличие от обоснования, присущего наукам нормативным) или понимание как такое осмысление ситуации, которое открывает возможности для примирения конфликтующих сторон. При этом последнее возможно именно в смысле аристотелевской фронесис, в которой воплощается идея справедливого в ситуации неопределенности и конфликта, или в среде трагизма действия.

Таким образом, возвращение к идее фронесиса означает для философии права переориентацию с регрессивного пути обоснования, крайним этапом которого является претензия последнего основания, на прогрессивный маршрут от нормы к ее осуществлению, на котором расположена конфликтная зона – зона трагизма действия. Правосудие при этом представляет собой парадигматический пример практики, в которой элемент конфликта обуславливает герменевтическую ситуацию, а право осуществляется через фронетическое понимание, которое имеет своим горизонтом мир, опосредованием – обсуждение и точкой приложения – единичные ситуации. Вместе с тем, фронесис как правовая способность – способность высказывать суждения относительно справедливости в ситуации неопределенности и конфликта – охватывает также и способность говорить, действовать, рассказывать о себе, признавать себя ответственным за последствия действий, автором (или виновником) которых мы являемся. Так, осознание герменевтической (фронетической) природы осуществления права предполагает формирование нового по стилю и качеству правового мышления, основанного на соответствующем признании способностей за людьми и этике ответственности.

#### Список использованных источников:

1. Рикёр П. Путь признания. Три очерка / П. Рикёр. – М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. – 268 с.
2. Рикёр П. Справедливое / П. Рикёр. – М.: Гнозис, Логос, 2005. – 304 с.
3. Лабарр'ер Ж.-Л. Фронесис / Ж.-Л. Лабарр'ер // Европейский словарь философий: Лексикон неперекладностей. – К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2009. – Т. 1. – С. 527-533.
4. Аристотель. Никомахова этика // Аристотель. Сочинения: в 4-х т. – М.: Мысль, 1976 – 1984. – Т. 4, 1983. – С. 53-293.
5. Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики / Х.-Г. Гадамер. – М.: Прогресс, 1988. – 700 с.
6. Цицерон М.Т. Моральные размышления о старости, о дружбе, об обязанностях / М.Т. Цицерон. – М.: Рипол Классик, 2010. – 511 с.
7. Рикёр П. Память, история, забвение / П. Рикёр. – М.: Издательство гуманитарной литературы, 2004. – 728 с.
8. Рікер П. Сам як інший / П. Рікер. – К.: Дух і літера, 2000. – 458 с.
9. Рорти Р. Философия и зеркало природы / Р. Рорти. – Новосибирск: Изд-во Новосибирского ун-та, 1997. – 320 с.
10. Рикёр П. Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права / П. Рикёрт // Вопросы философии. – 1996. – № 4. – С. 27-36.

## ФРОНЕСІС ЯК ПРАВОВА ЗДАТНІСТЬ

*Н. Сатохіна*

*Національний університет*

*«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»,  
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: satokhina@mail.ru*

Стаття присвячена осмисленню сучасних інтерпретацій аристотелівського поняття «фронесіс» в контексті антрополого-правової проблематики. Відштовхуючись від концепції правових здібностей Поля Рікера, фронесіс розглядається як здатність приймати справедливі рішення в ситуації невизначеності та конфлікту, або в середовищі трагізму дії. Стверджується, що правове судження являє собою парадигматичний приклад фронесичної мудрості, або герменевтичного розуміння, пов'язаного з проблемою застосування норми. Акцент зроблений на зв'язку між поверненням до поняття фронесіса, актуалізацією герменевтичної проблематики та визнанням правових здібностей за людьми.

*Ключові слова:* фронесіс, правова здатність, застосування, герменевтика права, розуміння.

## PHRONESIS AS LEGAL CAPABILITY

*N. Satokhina*

*National University «Yaroslav the Wise Law Academy of Ukraine»,  
Kharkiv, Pushkinska Str., 77, e-mail: satokhina@mail.ru*

The article deals with an attempt to understand a modern interpretation of Aristotle's idea of "phronesis" in the movement of the anthropological and legal range of problems. Departing from Paul Ricoeur legal capabilities conception, the phronesis is regarded as the capability to make just decisions in the situation of ambiguity and conflict or at the surroundings of the tragedy of the action. The author asserts that judgment is a paradigmatic instance of the phronetic wisdom, or hermeneutical understanding, connected with the problem of the application of a norm. The emphasis is placed on the connection between the return to the idea of phronesis, the actualization of hermeneutical range of problems and recognition of legal capabilities.

*Keywords:* phronesis, legal capability, hermeneutics of law, application, understanding.

## ДЕРЖАВОРОЗУМІННЯ (ВСТУП ДО НАУКОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ)

*В. Смородинський*

*Національний університет*

*«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»,  
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: taurus@skyland.com.ua*

**I. Сучасне державорозуміння.** Держава є однією з форм організації розвиненого суспільства, яка під впливом антропологічних та історичних чинників була обрана людством як найкраща для забезпечення співіснування людей, їхньої безпеки. Термін «держава» зазвичай використовується в таких значеннях: 1) як територіальне утворення; 2) як сукупність людей, що проживають на певній території й об'єднані публічною політичною владою (публічно-правовий союз); 3) як організація людей, які здійснюють державну владу, складають державний апарат (сукупність державних органів і посадових осіб, що мають державно-владні повноваження); 4) як сукупність політичних, публічно-владних відносин веління-підкорення). Усталеним є таке визначення: «Держава є територіальною організацією політичної влади, що існує на певній соціальній базі, виступає як офіційний представник усього суспільства й забезпечує за допомогою спеціального апарату реалізацію своєї політики» [1, с. 78].

Розмаїття розумінь держави обумовлюється різними підходами до співвідношення держави і права, розмаїттям означень права (плюралізмом праворозуміння). Розуміння права як продукту державної діяльності, вторинного щодо держави (позитивістське праворозуміння) обумовлює такі розуміння держави: а) соціологічне – як найефективнішої організації суверенної (верховної) влади в населення, яке мешкає в межах певної території. Різновидом є марксистсько-ленінське розуміння держави як організації влади економічно пануючого класу над економічно підлеглими; б) легістське – як змісту всієї сукупності законів про організацію, повноваження та здійснення суверенної примусової влади. Розуміння права як міри свободи людей, усталеного уявлення про справедливість (непозитивістське праворозуміння) обумовлює юридичне розуміння держави – як правової форми організації та функціонування публічної політичної влади. Цікаво, що всі наведені розуміння держави унеможливають застосування терміну «правова держава» як плеоазму («масло масляне»). На цей нюанс звертав увагу Г. Кельзен.

Також існують два підходи до державорозуміння залежно від співвідношення свободи людей і державних інтересів: а) ліберальний (свобода людини є найважливішим державним інтересом); б) державницький (інтереси держави важливіші за свободу людини).

Сучасне державорозуміння неможливе без уявлення про засадничі цілі сучасного державотворення з точки зору людини, яка і в цьому процесі має бути метою, а не засобом. У різні часи значущість держави обґрунтовувалася різними легітимаційними формулами (держава як родина, встановлення держави як результат суспільного договору тощо), але завжди та всюди визначалася засадничою метою її створення – забезпеченням прав людини (навіть до виникнення цього поняття), зокрема через забезпечення безпеки людини, соціального порядку (як складників природних прав людини на життя та гідне існування).

**II. Розуміння правової і соціальної державності та їх співвідношення.** Ідея правової державності сформувалася на тлі боротьби буржуазного суспільства проти державної системи абсолютної монархії. Її загально визнаний фундатор І. Кант вважав, що держава має бути правовою спільністю – такою, що організована й діє згідно з нормами права, оскільки тільки так можуть бути забезпечені дві найважливіші мети: 1) реалізація принципу справедливості в державі; 2) реалізація принципу свободи в розвитку індивіда.

Автором терміну «правова держава» (Rechtsstaat) є К. Велькер (Німеччина, 1813). Юридичним змістом цей термін наповнився у працях німецьких правознавців XIX ст. (Р. Моль, Р. Гнайст, О. Бер, Ф. Шталь та ін.). У Росії доктрина була сприйнята й розвинута наприкінці XIX – на початку XX ст. (М. Ковалевський, В. Гессен, С. Котляревський, М. Палієнко, Б. Кістяківський).

Класичними складниками доктрини правової державності є такі: 1) підвалиною існування держави є свобода індивіда; ядром концепції правової держави є доктрина прав людини; 2) самообмеження, пов'язаність держави правом; 3) повноваження державної влади не можуть виходити за межі, визначені божественними законами й цілями життя людей; 4) поділ державної влади на незалежні гілки, обмежені правом. Серед гарантій правової державності: самоврядування суспільства, незалежна судова влада, зокрема адміністративна юстиція.

Сучасні науковці (насамперед, німецькі – О. Гьоффе, Е. Губер та ін.) під правовою державою розуміють державу, яка характеризується такими формальними ознаками: 1) принцип поділу влади, тобто відокремленого існування законодавчої, виконавчої та судової влади; 2)

принцип незалежності суду, згідно з яким як процес судочинства, так і судові рішення мають бути повністю незалежні як від впливу вищих інстанцій, так і від будь-якого впливу ззовні; 3) принцип підзаконності адміністративного управління, що виключає можливість здійснення адміністративної діяльності, яка не визначена нормами чинного законодавства; 4) принцип правового судового захисту, що гарантує можливість вчинення судового позову проти будь-якої протиправної адміністративної дії; 5) принцип суспільно-правової компенсації, що забезпечує право на майнову компенсацію постраждалим внаслідок як законної, так і протиправної адміністративної діяльності в майновій сфері [2, с. 166-189].

Справжня правова держава також характеризується тим, що її справжнім сенсом та сутністю є реальна, матеріальна справедливість. Держава є дійсно правовою тільки в тому разі, якщо вона спрямована на забезпечення й збереження справедливості та рівності, якщо її метою є свобода й гідність її громадян.

Доктрина соціальної держави як держави соціальних реформ, що здійснюються з метою усунення класових конфліктів, виникла в Німеччині (Л. Штайн, 1842). Утім зараз доктринальне визначення мети «соціальної державності» виходить за межі «держави соціального забезпечення», хоча охоплює її. Соціальна держава низкою сучасних німецьких правників (Е. Губер, В. Кьорстінг та ін.), розглядається як така держава індустріальної епохи, в якій суперечність між існуючою державністю та індустріальним класовим суспільством долається шляхом соціальної інтеграції. Соціальна інтеграція – це постійний процес здійснення заходів, спрямованих на подолання неминучих в індустріальному суспільстві соціальної напруги, суперечностей і конфліктів шляхом єднання цього суспільства, усіх його класів, прошарків і груп.

Властивостями соціальної державності (й водночас заходами до її впровадження) є такі: 1) гідний людини прожитковий мінімум; 2) соціальна рівність; 3) соціальне забезпечення; 4) загальне підйом добробуту.

З цього випливають такі засадничі соціальні обов'язки держави щодо своїх громадян: 1) обов'язок політики соціального забезпечення; 2) обов'язок політики соціального страхування; 3) обов'язок політики із забезпечення соціального миру (шляхом заходів, спрямованих на улагодження конфліктів між соціальними партнерами).

Якщо сенсом правової державності є захист суспільства від держави, то сенсом соціальної є захист суспільства державою. Правова

держава бореться проти державного втручання, тоді як соціальна його передбачає. Водночас сучасна правова держава в умовах індустріального суспільства має сенс і може існувати тільки в тому разі, якщо вона одночасно є й соціальною державою. І навпаки: соціальна держава має сенс і може існувати тільки в тому разі, якщо вона одночасно є правовою державою. Адже сенс соціальної державності полягає у відновленні гідного існування індивіда в умовах індустріального суспільства, забезпеченні основоположних прав людини через соціальні заходи [2, там само].

**III. Верховенство права над державною сваволею як ієрархія соціальних регуляторів.** «Верховенство права» (точніше, «влада права», «панування права» – rule of law) є однією з найвідоміших юридичних концепцій англо-американської правничої думки. Її фундатором є професор Оксфордського університету А.В. Дайсі (1885). Концепцію «верховенство права» він розглядає як сукупність низки універсальних правових принципів, серед яких найважливішими є такі:

1) «жодна людина не може зазнавати покарання, тобто в законний спосіб зазнавати фізичних страждань чи матеріальних збитків, окрім як у випадку явного порушення закону, доведеного в юридичний спосіб у судах країни» (неприпустимість державної сваволі);

2) «кожна людина, незалежно від свого рангу чи суспільного стану, підпорядкована праву королівства, і на неї поширюється юрисдикція судів» (кожна людина є рівною перед законом і судом) [3, с. 511-528].

Ф.А. фон Гаек у своїй праці «Шлях до рабства» зазначає, що рецептом гарантування свободи особистості та її захисту від довільного державного втручання є повернення до первинних принципів класичних ліберальних доктрин «правової держави» і «верховенства права», які є наріжним каменем свободи. Принцип верховенства права означає, що уряд має виконувати правила, встановлені й проголошені задалегідь, – 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. Законодавець, керуючись цим принципом, має формулювати в законах не створені ним штучні веління, а вже апробовані суспільством загальні правила гідної поведінки. Цей принцип передбачає насамперед верховенство приватного права над публічним, верховенство закону, який гарантує свободу людини, а не обмежує її [4].

Принципи, що складають концептуальну юридичну конструкцію «верховенство права» та виводяться з неї, сформульовані судами,

зокрема Європейським Судом з прав людини, у своїх рішеннях (судова доктрина верховенства права), правознавцями, зокрема вітчизняними (С. Головатим, М. Козюброю, С. Погребняком, С. Шевчуком та ін.), у своїх дослідженнях (наукова доктрина верховенства права) [5-8].

Право є соціальним регулятором (важливим, але не єдиним), і доктрина «rule of law» (верховенство, панування, влада права) передбачає його верховенство не над державою (котра не є соціальним регулятором, отже, знаходиться з правом у різних системах координат), а над іншим соціальним регулятором – державною сваволею. Існування й важливість цього регулятора визнавали Платон, Дж. Локк та інші видатні мислителі минулих часів.

Так, Платон у діалозі «Політик» створив образ не обмеженого законом ідеального правителя, який володіє вищим знанням мудрого володарювання, що надає йому право мати абсолютну владу в державі й правити за власним розумінням. При цьому він не є тираном, оскільки його правління є не тиранічним (насильницьким і несправедливим), а навпаки – справедливим і м'яким.

Дж. Локк визнає, що в певних випадках виконавча влада заради суспільного блага може діяти попри норми закону або навіть всупереч йому – на підставі закону природи. Це є її прерогативою – дозволом, яким народ дає змогу своїм правителям робити деякі речі на власний розсуд, коли закон мовчить, а іноді й чинити всупереч букві закону заради суспільного блага.

Безумовно, державна сваволя є ефективним і простим у реалізації інструментом соціальної регуляції. Водночас це дуже небезпечний інструмент, який є антиподом ідеологем конституціоналізму та верховенства права. Він є об'єктивною реальністю, завжди співіснує разом із державою, хоча й заради виживання змінює свої зовнішні прояви. Тим важливішим є дослідження науковцями й вивчення майбутніми правниками його суттєвих рис, засад і умов здійснення, співвідношення з іншими суспільними регуляторами (насамперед із правом), відокремлення (якщо воно можливе) від такої «модної» й водночас проблемної юридичної категорії, як державна дискреція. На жаль, юридичні наука та освіта (зокрема теорія держави і права, конституційне право, філософія права) не приділяють уваги цим проблемам, відгороджують суспільство від неприємних, болючих, однак вельми значущих знань і практик.

### Список використаних джерел:

1. Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів вищих навчальних закладів] / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко [та ін.]; за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – Х.: Право, 2009. – 584 с.
2. Политическая философия в Германии: сб. статей; [пер. с нем.]. – М.: Современные тетради, 2005. – 520 с.
3. Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права / Упор.: С. Головатий, М. Козюбра, О. Сироїд. – К.: «Книги для бізнесу», 2008. – 992 с.
4. Хайек Ф.А. фон. Дорога к рабству / Ф.А. фон Хайек; [пер. с англ.]. – М.: Новое издательство, 2005. – 264 с.
5. Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2006. – 848 с.
6. Головатий С. Верховенство права : у 3 кн. / С. Головатий. – К.: Фенікс, 2006. – Книга друга. Верховенство права: від доктрини до принципу. – С. 625-1276.
7. Козюбра М. І. Верховенство права – основоположний принцип правової і політичної систем України / М.І. Козюбра // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. – Х.: Право, 2008. – Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / За заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – С. 148-173.
8. Погребняк С.П. Основоложні принципи права (змістовна характеристика): Монографія / С. Погребняк. – Х.: Право, 2008. – 240 с.

### ГОСУДАРСТВОПОНИМАНИЕ (ВВЕДЕНИЕ В НАУЧНОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ)

**В. Смородинский**

*Национальный университет*

*«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»,  
г. Харьков, ул. Пушкинская, 77, e-mail: taurus@skyland.com.ua*

Статья является конспективным теоретическим введением в обстоятельное научное исследование государства (современное государствопонимание). В ней освещены классические концепции места и роли государства в жизни человека, прослежено развитие идеи основных целей создания государства, которыми является обеспечение прав человека, в том числе его личной безопасности, путем установления и обеспечения справедливого общественного порядка.

*Ключевые слова:* государство, государствопонимание, правовое государство, социальное государство, государственный произвол, верховенство права над государственным произволом.

### INTERPRETATION OF STATE (INTRODUCTION INTO SCIENTIFIC RESEARCH)

**V. Smorodynsky**

*National University «Yaroslav Mudryi Law Academy of Ukraine»,  
Kharkiv, Pushkinska Str., 77, e-mail: taurus@skyland.com.ua*

The article is a short theoretical introduction into a thorough scientific research of the state (modern interpretation of state). It elucidates a classical concept of the state role in the life of a human being and human civilization. It traces the idea development of the main targets of the state creation, which are the ensuring of the human rights including the right to life and personal safety by establishing and ensuring the fair public order.

*Keywords:* state, interpretation of state, Rechtsstaat, social state, government lawlessness, rule of law over government lawlessness.

## ДО ПИТАННЯ ПРО МОРАЛЬНУ ЗНАЧУЩІСТЬ НАСЛІДКІВ ПОВЕДІНКИ У ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ПРАКТИЦІ

*М. Тарнавська*

*Львівський державний університет внутрішніх справ,  
м. Львів, вул. Городоцька, 26, e-mail: turyana@mail.ru*

Важливим аспектом проблеми правозастосовного морального оцінювання вчинку є визначення і врахування моральної значущості наслідків поведінки.

В даній статті вчинок розглядатимемо як *свідомо-мотивовану єдність людської поведінки, її мети та наслідків, яка виступає виразом ставлення людини-суб'єкта вчинку до іншої людини, до оточуючих, чи до всього суспільства* [1, с. 28; 2, с. 457; 3, с. 267].

Насамперед звернемо увагу на неоднорідність масиву наслідків поведінки. Деякі з них є настільки наближеними до дій чи бездіяльності (поведінки), що іноді окремі дослідники включають їх до самої поведінки. Так, представники деонтологічного напрямку в етиці А. Шапель, Й. Зайферт, Й. Ціглер, Й. Піпер, Х.-М. Вегас та ін. зазначають, що існують дії «внутрішньо злі», погані самі по собі, за своєю природою, незалежно від наслідків, які вони тягнуть за собою [4, с. 70]. При цьому як приклад таких дій ними називається вбивство, покарання невинуватого [5, с. 59]. В даному випадку фактично мова йде про два різновиди наслідків: умовно кажучи, про наслідки безпосередні (прямі) і похідні (вторинні, тобто ті, що породжуються безпосередніми). Так, щодо вбивства смерть людини є не дією, а її [прямим] наслідком, який, в свою чергу, здатний призвести до інших [похідних] наслідків.

Відтак, постає проблема окреслення кола тих наслідків поведінки, що повинні включатись до складу самого вчинку при його моральному оцінюванні. Згадана вище позиція висловлювалась «деонтологістами» у межах спору з цього приводу з представниками іншого філософського напрямку – консеквенціалізму. На думку «деонтологів», консеквенціалістське твердження про те, що саме наслідки визначають моральну оцінку вчинку, створює небезпеку надмірного розширення кола тих наслідків поведінки, оцінка яких повинна впливати на моральну оцінку вчинку. Так, як зазначає Х.-М. Вегас, похідним наслідком зради Юдою Христа є спасіння всього людства. Однак, визнати вчинок Юди морально добрим було б абсурдно [6, с. 161].

Очевидно, що для потреб правозастосовної практики коло наслідків поведінки особи повинно бути достатньо чітко окреслене, оскільки йдеться про оцінку вчинку конкретної людини, вияв її ставлення до інших людей, суспільства тощо, об'єктивізацію її моральної свідомості. Як видається, крім безпосередніх, до цього кола можуть належати *також і деякі непрямі, опосередковані наслідки*. Проблема, однак, полягає у визначенні того, які саме опосередковані наслідки поведінки мають охоплюватись поняттям вчинку і визначати межі моральної відповідальності.

Згідно з деонтологічною позицією, наслідки поведінки хоч не мають *визначального* впливу на загальну моральну оцінку вчинку, але повинні враховуватись при його оцінюванні, поряд із і метою, мотивом та іншими складовими [6, с. 160]. «Деонтологісти» вважають, що особу можна вважати відповідальною за морально негативні наслідки її поведінки лише тоді, коли їх можна було об'єктивно передбачити й уникнути. За відсутності хоча б однієї з цих умов особа не є морально відповідальною за такий наслідок [5, с. 61].

Загальним правилом оцінки вчинків у деонтологічній етиці є таке: «вчинок є морально добрим, якщо усі його елементи морально добрі. Неморальність хоча б одного з елементів призводить до неморальності усього вчинку» [5, с. 61]. Зрозуміло, що таке суворе правило не завжди узгоджується з реальними життєвими обставинами. З огляду на це, «деонтологісти» зазначають про *допустимість*, поряд з позитивними наслідками, також і морально негативних наслідків поведінки. Це можливо за наступних чотирьох умов: 1) поведінка особи повинна бути морально позитивною або нейтральною; 2) особа має прагнути тільки до позитивних наслідків, негативні можуть лише допускатися як можливі (однак при цьому має бути зроблено все, аби їх уникнути); 3) позитивні і негативні наслідки повинні бути домірними; 4) позитивний наслідок повинен бути виключно прямим наслідком поведінки, його походження від морально негативного наслідку не допускається [6, с. 159-160]. Таким чином є принциповим те, що морально-добрий наслідок повинен належати саме до *прямих* наслідків поведінки, негативні ж наслідки допускаються, зокрема, за умови, якщо серед первинних наслідків є позитивні, домірні негативним, або такі, що перевищують їх за значимістю.

Для представників же консеквенціалізму прямий характер позитивних наслідків не має особливого значення. Натомість для них важливий *баланс* між негативними і позитивними наслідками поведінки.

За етичними теоріями цього напрямку саме значущість наслідків поведінки визначає моральну оцінку всього вчинку [6, с. 140]. Власне поведінка як така вважається морально нейтральною, і набуває негативного чи позитивного забарвлення лише тоді, коли розглядається у сукупності з її наслідками [7, с. 144].

Окремі представники консеквенціалізму (так званий «нормативний консеквенціалізм» / rule consequentialism) погоджуються з тим, що існує певна сукупність «мінімальних» моральних норм, які мають абсолютний характер, і є обов'язковими до виконання (Роберт Нозік); інші визнають *важливість* деяких норм, при цьому, однак, заперечуючи їх абсолютність (Амартья Сен / Amartya Sen). Останні вважають допустимим порушення таких норм, якщо наслідки такого порушення будуть кращими, ніж наслідки їх дотримання.

У межах консеквенціалізму було також розроблено теорію «ідеального спостерігача», згідно з якою особа має передбачити всі можливі наслідки і обставини поведінки, на передбачення яких у даній конкретній ситуації можна «розумно сподіватися» (відзначимо, що така позиція загалом знайшла своє відображення зокрема, у Віденській конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, Правилрах УНІДРУА та низці інших міжнародно-правових актів). Таким чином, тут, подібно як і в деонтологізмі, *до кола наслідків поведінки входять ті, які особа могла і повинна була передбачити*. Таким чином, в обох випадках за основу береться критерій суб'єктивної передбачуваності. Головною відмінністю між деонтологізмом і консеквенціалізмом є розрізнення *первинних* і *вторинних* (похідних) наслідків та надання їм різної моральної значущості.

Представники так званого мотиваційного консеквенціалізму (motive consequentialism) (поряд із нормативним консеквенціалізмом цю течію вважають найбільш наближеною до деонтологістського напрямку), пов'язують наслідки поведінки з мотивацією особи. Вони обстоюють позицію, згідно з якою моральні оцінки вчинків з однаковими наслідками, але з різною мотивацією, також можуть бути різними [8].

Як зазначалось вище, етичні теорії консеквенціалізму та деонтологізму по-різному підходять до оцінювання поведінки (діяння). Представники деонтологізму дотримуються точки зору, згідно з якою деякі діяння є поганими як такі («самі у собі», самі по собі) [5, с. 59]. Для «консеквенціалістів» же саме по собі діяння є ціннісно нейтральним і набуває моральної значущості лише з огляду на його наслідки. Якщо не брати до уваги вже згадувані розбіжності у поглядах стосов-

но значущості первинних і похідних наслідків поведінки, позиції обох течій все ж не є цілком взаємовиключними і не поєднуваними. Річ у тім, що зазвичай ті діяння, що їх «деонтологісти» вважають самі по собі морально негативними (наприклад крадіжка чи катування людини) в плані морального оцінювання фактично неможливо відділити від їх *прямих* негативних наслідків (заволодіння чужою річчю одночасно супроводжується її вибуттям з володіння потерпілою особою; застосування сили одночасно викликає біль, душевні страждання, тілесні ушкодження потерпілого). Таким чином *коли мова йде про діяння, погане «саме по собі», навряд чи можна вважати, що його негативна моральна значущість жодним чином не пов'язана з наслідками*. Та якщо «консеквенціалісти» схильні робити висновки стосовно кожного конкретного вчинку окремо, встановлюючи значущість діяння за його наслідками, що настали чи можуть настати, то для деонтологістів значущість діяння залежить від того, чи узгоджується останнє з тим чи іншим обов'язком. Тож не зважаючи на те, що консеквенціональний та деонтологічний підходи є принципово відмінними, сучасні етики, все частіше вказуючи на їх спільні точки перетину, вважають за можливе застосовувати обидва підходи в повсякденній практичній діяльності.

У цьому плані показовим є те, що обидва підходи часто відображаються в межах одного і того ж нормативно-правового акту. До прикладу, КК України передбачено як злочини з матеріальним складом (вважаються закінченими лише з моменту настання суспільно-небезпечних наслідків), так і з формальним складом (є закінченими з моменту вчинення діяння). Тож, наприклад, при формулюванні ст. 264 КК використано консеквенціалістський підхід («недбале зберігання вогнепальної зброї або бойових припасів, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки»). Натомість у відповідності з деонтологістським підходом сформульовано норму ч. 1 ст. 263 КК («носіня, зберігання, придбання, виготовлення, ремонт, передача чи збут вогнепальної зброї... без передбаченого законом дозволу»). Як зазначається в юридичній літературі, негативна суспільна значущість (суспільна небезпечність) цього та інших діянь, передбачених формальними складами злочинів, пов'язана насамперед з тим, що наслідки «завжди або дуже часто виникають у разі скоєння відповідного діяння» [9, с. 15].

Відтак врахування наслідків вчиненого є обов'язковим при моральному оцінюванні вчинку. (Звідси, однак, не випливає, що завжди буде слушним протилежне. У низці випадків для морального оцінювання самих наслідків врахування вчиненого загалом може не давати прак-



тично нічого). Для встановлення значущості наслідків вчинку ВСУ рекомендує враховувати низку інших об'єктів морального оцінювання – ступінь шкоди, нанесеної певним цінностям, їх місце в ціннісній ієрархії, кількість осіб, що могли постраждати, можливість відновлення соціальних благ, яким завдано шкоду тощо (див., напр., п. 21 Постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами України законодавства про злочини проти безпеки виробництва» № 7 від 12. 06. 2009 р.). У деяких випадках звертається увага на необхідність врахування можливих наслідків вчинку і тоді, коли юридичною нормою не передбачена обов'язкова їх наявність (Постанова Пленуму ВСУ «Про практику розгляду судами трудових спорів» № 9 від 06. 11. 1992 р.)

Проаналізувавши правові позиції, висловлені у Постановах Пленуму стосовно морального оцінювання вчинку, можна констатувати, що, зокрема, в аспекті співвідношення «мотив / мета – наслідки» позицію ВСУ загалом можна віднести до напрямку *мотиваційного консеквенціалізму*. Показовим в цьому плані видається підхід до тлумачення морально-оцінкового поняття «вбивство з особливою жорстокістю» (п. 4 ч. 2 ст. 115 КК України) у Постанові Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» № 2 від 07. 02. 2003 р. На думку ВСУ, умисне вбивство визнається вчиненним з особливою жорстокістю, зокрема, якщо воно було поєднано із глумлінням над трупом. Водночас, не можна кваліфікувати вбивство як таке, ще було вчинене з особливою жорстокістю, на тій підставі, що винна особа в подальшому з метою приховання цього злочину знищила або розчленувала труп (п. 8 вказаної Постанови). Таким чином, для кваліфікації двох вчинків за однакових наслідків визначальною є саме суб'єктивна сторона вчиненого. Щоправда, при цьому прямо не вказується на специфічну мету – заподіяти «додаткові» страждання жертві або виявити особливу зневагу до неї чи її близьких, однак мета вказується як складова оцінкового еталону («вбивство з подальшим знищенням або розчленуванням трупа з метою приховання злочину не є вбивством з особливою жорстокістю» – курсив наш – М.Т.). Змодельємо два випадки вбивства: в першому тіло було розчленовано з метою приховати злочин, в іншому – без такої мети, тобто дії злочинця фактично мали характер глумління. При однакових наслідках, згідно викладеного вище роз'яснення, правова (а отже й моральна) оцінка вчинку буде різною.

Висловлене вище припущення підтверджується також і тим, що протилежний стосовно консеквенціалізму напрям – деонтологізм коре-

лює з етичним «абсолютизмом», ствержуючи, що деякі дії не можуть бути виправдані жодними обставинами чи намірами суб'єкта [10, с. 52]. У цьому аспекті він вочевидь не узгоджується зі специфікою морального оцінювання в межах правозастосовного процесу, яка ґрунтується на розумінні права як *необхідного мінімуму* моралі.

Висловлене підтверджує висновок про те, що *правові позиції ВСУ з питань морального оцінювання можна віднести радше до мотиваційного різновиду консеквенціалізму, аніж до деонтологізму*, адже, згідно з практикою цього органу, за одних і тих же наслідків (котрі, як правило, закріплені в юридичній нормі) моральні оцінки вчинків можуть суттєво відрізнятися з огляду саме на мотиви та/або мету.

Розглядаючи крізь призму співвідношення консеквенціалізму та деонтологізму позиції такої міжнародної судової інстанції як ЄСПЛ, насамперед слід вказати на поєднання обох підходів у самій Конвенції. Так, ч. 1 ст. 2 передбачає, що «право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання». Згідно з ч. 2 цієї ж статті, «позбавлення життя не розглядається як таке, що вчинене на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком необхідного застосування сили», зокрема «для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою», і «при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання» (п. «b», «c»). Таким чином, у даній статті чітко прослідковується консеквенціалістський підхід, оскільки допускається «правомірне» умисне вбивство для досягнення певної мети, причому не йдеться навіть про обов'язкову співмірність наслідків (людське життя за людське життя). Водночас ст. 3 Конвенції за якою «нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність поводженню або покаранню», не передбачає жодних умов або мети за яких таке поводження може бути дозволене. Така абсолютна заборона, коли діяння визнається недопустимим само по собі, незалежно від будь-яких інших елементів вчинку, зокрема, мети чи наслідків, відповідає деонтологічному підходу. Таким же чином сформульовані і деякі інші статті Конвенції, наприклад, ст. 6 (право на справедливий суд), ст. 7 (ніякого покарання без закону), ст. 14 (заборона дискримінації). Певні її статті чи їх окремі частини можна розглядати як такі, що поєднують обидва підходи. Так, наприклад, ч. 2 ст. 10 наголошує на тому, що здійснення свободи вираження поглядів «пов'язане з обов'язками і відпові-

дальністю», і може бути обмеженим з огляду на інтереси національної та громадської безпеки, територіальної цілісності, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, захисту прав інших осіб, підтримання авторитету і безсторонності суду тощо. Таким чином, йдеться про певні обов'язки, яких слід дотримувати першочергово, зокрема, у випадку, коли декілька моральних обов'язків можуть суперечити одне одному (обов'язок журналіста повідомляти новини і обов'язок не розголошувати конфіденційної інформації).

Такий підхід корелює із так званою «репрезентативною або плюралістичною деонтологією». В.Д. Росс, представник цього напрямку, виокремлює декілька обов'язків, дотримання яких робить вчинок морально добрим (допомагати іншим, не заподіювати шкоди, дотримуватись обіцянок тощо). У разі суперечності між такими обов'язками, плюралістична деонтологія все ж допускає можливість порушення одного з них заради дотримання іншого, більш важливого в даній ситуації [8]. Це загалом узгоджується з консеквенціалістською практикою зважування мети і засобів, до якої постійно вдається Суд. Загалом, плюралістичний деонтологізм називають ще «неабсолютним деонтологізмом», і, образно кажучи, він є своєрідним «містком» до консеквенціалізму.

Що стосується власне практики ЄСПЛ, то з одного боку, дотримання ним того чи іншого підходу багато в чому зумовлене самою Конвенцією. З іншого – її норми сформульовані таким чином, що допускають значну свободу розсуду і дають Суду у певній частині можливість формувати зазначені підходи самостійно. Зокрема, до зважування мети і засобів Суд вдається постійно, а не лише тоді, коли застосовувана стаття містить вказівку на таке зважування. Так, при вирішенні питання про наявність нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження, зокрема, у справі «Гюнайдин проти Туреччини» (2005) [11, с. 204], незважаючи на «деонтологічне» формулювання статті, ЄСПЛ зазначив наступне. «Цілком ймовірно, що необхідність застосування сили в цій справі виникла у зв'язку з поведінкою натовпу... Але, навіть припускаючи ймовірність того, що поведінка Ведата Гюнайдина справді виправдовувала застосування сили під час тієї сутички, сила, застосовувана під час арешту, не була пропорційною... Навіть припускаючи, що заявник підбурював натовп до нападу на поліцію, тілесні ушкодження, виявлені на його тілі, все-таки свідчили про те, що поліція застосувала надмірну силу. Йому було завдано тілесних ушкоджень на голові і шиї, і, з огляду на кількість і тяжкість цих ушкоджень, його життя опинилося під загрозою. Отже, такі ушкодження не могли бути спричинені

застосуванням пропорційної сили. На цих підставах суд постановив, що було порушення статті 3 у зв'язку з тілесними ушкодженнями, завданими Ведату Гюнайдину». Таким чином, Суд не обмежився простою констатацією заподіяння заявнику тілесних ушкоджень певного ступеню тяжкості, а розглянувши в комплексі поведінку заявника та поліції, дійшов до висновку про неспівмірність мети та застосованих в даному випадку засобів. Можна констатувати, що ЄСПЛ також виходить за межі заданих ст. 3 Конвенції критеріїв, коли встановлює наявність чи відсутність мети чи умислу образити заявника («Метью проти Нідерландів», 2003) [12, с. 181].

Хоча в практиці суду є справи, де саме мета діяння справила чималий вплив на моральну оцінку вчинку, відомо, що на відміну від класичної консеквенціалістської формули «мета виправдовує засоби», Суд послуговується підходом, за яким мета повинна бути домірною засобам.

Характеризуючи позицію ЄСПЛ загалом як консеквенціалістську, слід також вказати на деякі її особливості, які можна охарактеризувати як «деонтологічні вкраплення». Зокрема, те, що Суд встановлює значимість діянь як з огляду на їх можливі чи реальні наслідки, так і значимість діянь «самих по собі» (справа «Ураніо Токсо та інші проти Греції») [13, с. 236].

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що в правозастосовній практиці моральна значущість наслідків поведінки людини має визначатись з урахуванням передовсім: виду цінностей, яким була заподіяна шкода; ступеню заподіяної шкоди; можливості відновлення цінностей, яким була заподіяна шкода.

При визначенні впливу моральної значущості наслідків поведінки на правозастосовну моральну оцінку вчинку на практиці має місце використання консеквенціалістського або деонтологічного підходів. Згідно з першим підходом, моральну оцінку вчинку визначають саме його наслідки (як реальні, так і потенційні). Згідно з другим підходом, для такої оцінки визначальним є безумовне виконання суб'єктом певного обов'язку, а наслідки поведінки не мають іншого значення, аніж інші складові вчинку.

У правозастосованні вибір того чи іншого підходу зумовлюється, зокрема:

- морально-оцінковим підходом законодавця, закладеним у юридичній нормі, яка виступає підставою морального оцінювання;
- видом цінностей, на захист яких спрямована конкретна норма чи правовий інститут («цінність-мета» чи «цінність-засіб»);

– цільовими аспектами правового регулювання (мета конкретного законодавчого припису, соціальне призначення відповідного інституту права тощо).

Аналіз практики вітчизняних суб'єктів правозастосування та ЄСПЛ дозволяє зробити висновок, що здебільшого ними використовується саме консеквенціалістський підхід, зокрема, у тому числі і його різновид – мотиваційний консеквенціалізм, за яким при однакових наслідках оцінювання вчинку здійснюється за його мотивами. Навіть тоді, коли юридичною нормою, яка виступає підставою правозастосовного морального оцінювання, закріплено обов'язковість використання деонтологічного підходу, можливість використання консеквенціалістського підходу не виключається, зокрема, для визначення розміру відшкодування шкоди.

Специфіці правового регулювання загалом найбільше відповідає саме консеквенціалістський підхід, що і пояснює його широке застосування в правозастосовному моральному оцінюванні. Вказаний підхід узгоджується з розумінням права як деякого необхідного і достатнього «морального мінімуму», а також дозволяє не лише констатувати порушення правових та моральних норм, а й ефективно визначити розмір відшкодування. Крім того, використанням даного підходу уможливлено зважування, балансування і врешті-решт узгодження різноманітних суспільних інтересів.

#### Список використаних джерел:

1. Анисимов С.Ф. Мораль и поведение / С.Ф. Анисимов. – М.: Мысль, 1979. – 142 с.
2. Архангельский Л.М. Структура морали и система структурных категорий этике / Л.М. Архангельский // Актуальные проблемы марксистской этики [сборник статей]. – [общая ред. проф. Д. Г. Бандзеладзе] – Тбилиси : Изд-во Тбилисского ун-та, 1967. – С. 446-463.
3. Словарь по этике / Под ред. И.С. Кона.– М.: Политиздат, 1983. – 445 с.
4. Гьофнер Йозеф, Кардинал. Християнське суспільне вчення / Кардинал Гьофнер Йозеф. – Львів: Свічадо, 2002. – 304 с.
5. Обер Жан-Марі. Моральне богослов'я / Жан-Марі Обер. – Львів: Стрім, 1997. – 296 с.

6. Вегас Х.М. Основы христианской этики / Х.М. Вегас. – СПб.: Изд-во С. Петерб. ун-та; Изд-во Рус. христ. гуманист. акад., 2007. – 171 с.

7. Сердюк О.О. Основні етичні концепції бізнесу (соціально-компаративний аналіз) / О.О. Сердюк. – Донецьк: ТОВ «Юго-Восток, ЛТД», 2005. – 216 с.

8. Consequentialism [Електронний ресурс] : Режим доступу: <http://en.wikipedia.org/wiki/Consequentialism>

9. Ришелюк А.М. Коментар до розділу I Кримінального кодексу України / А.М. Ришелюк // Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М.І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Каннон, 2001. – 1104 с.

10. Рабінович С.П. Права людини у природно-правовій думці католицької церкви (за матеріалами соціальної доктрини католицизму) / С.П. Рабінович. – Львів: «Астрон», 2004. – 198 с.

11. Справа «Гюнайдин проти Туреччини» (2005 р.) // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 4'2006. – С. 201-204.

12. Справа «Метью проти Нідерландів» ( 2005 р.) // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 4'2006. – С. 173-181.

13. Справа «Уранію Токсо» та інші проти Греції» (2005 р.) // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 4'2006. – С. 233-236.

### К ВОПРОСУ О МОРАЛЬНОЙ ЗНАЧИМОСТИ ПОСЛЕДСТВИЙ ПОВЕДЕНИЯ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ

*М. Тарнавская*

*Львовский государственный университет внутренних дел,  
г. Львов, ул. Гордоцкая, 26, e-mail: [miryana@mail.ru](mailto:miryana@mail.ru)*

В статье рассматриваются вопросы влияния последствий поведения на моральную оценку поступка. Анализируются консеквенциалистические и деонтологические этические концепции, возможность их использования в правоприменительном моральном оценивании. Делается вывод о том, что консеквенциализм наиболее соответствует правовой специфике.

*Ключевые слова:* моральная оценка, поступок, последствия поведения, консеквенциализм, деонтологизм.

## ON THE QUESTION OF MORAL VALUE OF THE EFFECT OF BEHAVIOR IN LAW-APPLICATION PRACTICE

**M. Tarnavska**

*Lviv State University of Internal Affairs,  
Lviv, Horodotska Str., 26, e-mail: muryana@mail.ru*

The article considers an effect of the consequences of the behavior on moral evaluation of an act. The author analyzes consequential and deontological doctrines as well as their usage in moral evaluations during the application of law. The conclusion is that consequential approach is the most appropriate to legal matters.

*Key-words:* moral evaluation, act, the effect of behavior, consequentialism, deontology.

## СПОСОБНОСТЬ БЫТЬ СУБЪЕКТОМ ПРАВА

**В. Токарев**

*Самарская государственная областная академия (Наяновой),  
г. Самара, ул. Молодогвардейская, 196, e-mail: basiletok@gmail.com*

Размышления о человеке юридическом как субъекте права зачастую ведутся в контексте моральной философии эпохи модерна, одним из постулатов которой остается требование автономного законодательства. Как отмечает Ю. Хабермас, анализируя тексты И. Канта, «личность принимает моральную точку зрения, если она, в качестве демократического законодателя, держит совет с самой собой относительно того, может ли практика, возникающая при соблюдении гипотетически рассматриваемой нормы, быть принята всеми возможными ее участниками как потенциальными законодателями» [1, с. 95]. Таким образом, с одной стороны, закон получает моральное обоснование, когда он принимается всеми в перспективе каждого, а с другой, каждый, играя роль законодателя, участвует в основанном на сотрудничестве предприятии по принятию решений. Однако констатация необходимости признания за субъектом возможности быть суверенным законодателем самому себе не приближает его к статусу правового субъекта, если она не сопряжена с другим требованием – признать за ним право судить самого себя, т.е. возможность автономного судопроизводства. «Моральное сознание проявляется в суждениях, которые индивид выносит относительно своего собственного поведения и которые он может отчетливо сформулировать самому себе», – пишет В. Декомб [2, с. 342]. Названные требования подводят антрополога права к вопросу об институционально опосредованной способности человека быть правовым субъектом. Моральное сознание, юридическая форма суждений и их антропологическое основание тесно переплетаются, когда стоит непростая задача обнаружить универсальные признаки субъекта права. «Вопрос, поставленный в юридической форме: кто является субъектом права? – в конечном итоге не отличается от аналогичного вопроса, поставленного в форме моральной: кто является субъектом, достойным почтения и уважения? Вопрос, поставленный в моральной форме, в свою очередь, отсылает к аналогичному вопросу антропологического характера: каковы основополагающие черты самости (self, Selbst, ipse), способной почитать и уважать?», – полагает П. Рикер [3, с. 30]. Итак, уважение и самоуважение, авторитет внешних установле-

ний и автономной этики, правосудие и правовые суждения образуют то символическое пространство, в котором субъект права заявляет о себе и несет ответственность за свои поступки.

**I. Право быть услышанным.** В Ксенофоновых «Воспоминаниях о Сократе» среди рассуждений по поводу проявлений божественной заботы о человеке обращает на себя внимание одно замечание: «Они (т.е. боги – *B.T.*) дали нам способность передачи, посредством которой, именно – посредством слова, мы наделяем друг друга всем хорошим, составляем общества, издаем законы и пользуемся государственной жизнью» [4, с. 37]. Мысль, заключающая в себе несколько пластов смысла, проговаривается в контексте проблемы моральной природы человека и его способности к разумным суждениям. Прежде всего, что означает эта «передача, посредством которой...»? Очевидно, некую непрерывность, традицию, связь между прошлым и будущим, в которую каждый человек изначально вписан, что обусловлено его присутствием в истории. Анализируя эпоху зарождения западной традиции права, Г.Дж. Берман отмечает, что в XI-XII вв. «создавалось представление о законе как о предмете, который не только расширяется, но и растет и развивается на протяжении жизни поколений, причем более поздние его истолкования сознательно основываются на более ранних и заменяют их» [5, с. 12]. Между тем подобному представлению предшествовал взгляд на социальное (в т.ч. правовое) общение как непрерывную передачу, посредством которой его участники наделяют друг друга хорошим, составляют общества, издают законы и пользуются государственной жизнью. И центральным звеном этого процесса древнегреческими философами признавались не законы, а человек, их создающий и подчиняющийся их авторитету.

Кроме того, мысль Ксенофонта указывает на опосредованность моральных суждений *другостью*. Боги наделяют человека способностью судить о различных предметах, чтобы он мог высказывать свои суждения другим людям, передавать им информацию. Человек может состоять как субъект высказывания, и в более широкой перспективе – как субъект права только в том случае, если есть, для кого высказываться: «На самом деле только отношение к третьему, располагающееся на заднем плане отношения к “ты”, обеспечивает основу для институционального опосредования, какого требует складывание реального субъекта права, иными словами – гражданина» [3, с. 35]. Разумеется, следует различать Другого как “ты” и Другого как третье лицо, как “любого другого”, поскольку человек становится субъектом

права только тогда, когда его высказывания соотносятся с *другостью* вообще, с “любим другим” (вспомним мысль И. Канта об автономной личности как законодательнице самой себе).

Наконец, передавая *Другому* посредством слова информацию, значимую для *каждого*, мы тем самым, по мысли Ксенофонта, репатрируем адресата наших суждений на общую почву, оставленную им по каким-то причинам. Социальное общение предполагает универсальное пространство, полис, где распределены роли, установлены правила игры и справедливые дистанции между игроками. В противном случае нормы не действуют, т.к. ни одна норма не применима в хаосе. Значит, посредством слова субъект высказывания не только формируется как автономный законодатель и судья, но и предоставляет такую возможность тем, кто находится за границами политической публичности. Как пишет Ю. Хабермас: «...Позднейший интеграционный сдвиг к постнациональной социализации зависит не от некоего “общеевропейского народного субстрата”, но от коммуникационной сети общеевропейской политической публичности, которая входит в состав общей политической культуры, носителем которой является гражданское общество с его союзами по интересам, негосударственными организациями, гражданскими инициативами и движениями...» [1, с. 267].

Однако пространство политической публичности не однородно, расколото в ходе революций на собственно *политическое* и *правовое*, а вовлечение Другого в процесс коммуникации не проходит безболезненно. Примером служит практика Европейского Суда по правам человека. Так, в 1996 г. им было рассмотрено дело *Ahmed v. Austria* [6]. В 1992 г. на основании Конвенции ООН (1951) о статусе беженцев Австрия предоставила статус беженца гражданину Сомали Ахмеду, но в 1994 г. Федеральное бюро по делам беженцев Австрии лишило его этого статуса в связи с приговором к двум с половиной годам тюремного заключения за попытку грабежа, т.к. согласно ст. 5 Закона Австрии «О праве убежища» лицо лишается статуса беженца, если оно совершит преступление особой тяжести. Совершенное Ахмедом правонарушение попадало под формальные требования закона, которые были сомнительными с точки зрения положения п. 2 ст. 33 Конвенции ООН. На основании постановления Европейского Суда по правам человека, обратившего внимание и на характер совершенного преступления, и на ситуацию в Сомали, депортация была приостановлена. Тем не менее, приказ о депортации оставался в силе, что препятствовало получению разрешения на проживание на территории Австрии. Лишенный воз-

возможности устроиться на работу и вынужденный каждую неделю отмечаться в местной полиции, Ахмед покончил с собой на площади Прав Человека. Ему отказали не только в социальной интеграции, но и в способности быть субъектом права, в возможности быть услышанным.

Сегодня актуальность права быть услышанным, имеющего все основания для признания в качестве естественного права, следуя классической дифференциации прав и свобод, определяется тремя факторами. Прежде всего, это различие правового и политического пространств, проходящее по линии акта суждения, обусловленного в судебном процессе формальными правовыми процедурами, а в политическом процессе – механизмом осуществления суверенной власти. Стремление участника общественных отношений высказать собственную точку зрения по тому или иному вопросу достигает своей цели, принимая правовую форму, когда заранее определена мера свободы, в т.ч. для высказываний. Сложнее обстоит дело с выражением мнения в политическом поле, где заранее определен круг субъектов, способных к легитимному высказыванию, что оставляет другим ограниченные возможности для дискуссии. Гарантией права быть услышанным и преградой на пути расширения политического поля, распространявшего в XX в. свое влияние на правовое поле, стала ст. 19 Всеобщей декларации прав человека. Там сказано: «Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ».

Вторым фактором, актуализирующим право быть услышанным, является кризис республиканских ценностей и политической традиции, сформировавшихся под влиянием революций. Как отмечает А. Гарapon, «наблюдающийся сегодня рост влияния судов происходит в меньшей степени из сознательного, официально утвержденного выбора и в большей – из защитной реакции на крушение фундаментов в четырех сферах: политической, символической, психической и нормотворческой» [7, с. 28]. Речь идет о неспособности политических институтов оставаться верными демократической традиции и взятым ими на себя обещаниям, связанным с принципами принятия решений. Так, репрезентация вырождается в популизм и манипулирование общественным мнением, прозрачность социальных процессов – в повсеместное вмешательство СМИ, право – в нормативный продукт, не успевающий отвечать на вызовы времени. Единственным местом, где пока обеспечено

символическое измерение демократии, остается зал судебных заседаний. «Судья – идет ли речь о судьях Нюрнберга или о более скромных судьях из наших городских предместий – находится здесь для того, чтобы напоминать человечеству, нации или простому гражданину о взаимных обязательствах и обещаниях, начиная с первого обещания жизни и достоинства», – пишет А. Гарapon [7, с. 322]. Для напоминания необходимо говорить, поскольку обращение к памяти сопряжено со словом. Участвующие в судебном процессе стороны, защитник, обвинитель, свидетели, судья восстанавливают события прошлого и открыто сообщают о них в соответствии с требованиями процедуры, являющейся знаком правовой публичности. Об этом недвусмысленно заявлено в ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах: «Печать и публика могут не допускаться на все судебное разбирательство или часть его по соображениям морали, общественного порядка или государственной безопасности в демократическом обществе или когда того требуют интересы частной жизни сторон, или – в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо, при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия; однако любое судебное постановление по уголовному или гражданскому делу должно быть публичным, за исключением тех случаев, когда интересы несовершеннолетних требуют другого или когда дело касается матримониальных споров или опеки над детьми».

Публичность высказывания субъекта входит в структуру права, понимаемого шире, чем простая совокупность позитивных норм, а именно как пространство формирования субъекта, способного к высказыванию. Право – это обещание со стороны общества субъекту, способному обозначить себя в качестве автора своих высказываний и поступков, героя и рассказчика своей истории и способному за них отвечать, уважения его достоинства как общего блага. Поэтому наказание виновного должно преследовать цель повторного обретения им возможности свободного пользования словом в перспективе его возвращения в гражданское состояние, восстановления идентичности, чести и достоинства. «Чего недостает субъекту способному, чтобы быть *подлинным* субъектом права? Ему недостает условий актуализации его способностей. Для такой актуализации, по существу, необходимо постоянное опосредование межличностных форм дружести и институциональных форм ассоциации, и тогда эти способности станут реальными полномочиями, которым будут соответствовать реальные права», – утверждает П. Рикер [3, с. 34].

Следующим обстоятельством, привлекающим внимание к проблематике свободного высказывания в правовом пространстве, является постановка вопроса о его субъекте. Он должен быть способным совершать поступки, заявляя о своей идентичности, и отвечать за них, не оставляя сомнений в своей вменяемости. Эта способность связана с процессом коммуникации, тогда как вменяемость субъекта отсылает к его возможности «держать ответ». Индивид становится субъектом права через свободное высказывание. Впрочем, данное положение применимо и к коллективному субъекту, участвующему в т.н. «мультикультурных» отношениях. Поэтому Декларация о языках народов России начинается с признания языкового суверенитета как отдельной личности независимо от происхождения, социального и имущественного положения, расовой и национальной принадлежности, пола, образования, отношения к религии и места проживания, так и каждого народа.

В демократическом обществе сложно представить себе какое-либо право без корреспондирующей ему обязанности. Чтобы гарантировать правовое суждение от деформации в авторитарный монолог, корректнее рассматривать право на высказывание в качестве права быть услышанным, которому соответствует обязанность общества предоставить субъекту, заявляющему о себе как о правовом субъекте, возможность обрести свободу через слово. Признаками демократии, переживающей острый кризис и в то же время обновляющейся, являются не только и не столько активизация судебной власти и проведение демаркационной линии между политикой и правом, сколько переосмысление субъектом своей способности быть правовым, когда он, пусть и с налетом горечи, говорит о том, что «его требований не слышат». Здесь точка отсчета процесса формирования гражданского общества, адаптации институтов демократии к новым социальным реалиям и конструирования правового субъекта, обладающего правом быть услышанным как залогом обещанных ему свободы и достоинства, во имя которых он согласился на условия «общественного договора». Право быть услышанным – право субъекта, способного свободно высказывать суждения, быть признанным.

Несмотря на то определяющее для правовой ситуации и права в целом значение, каким обладает разрешающая ситуацию инстанция, ее основным участником остается субъект права, выступающий в роли субъекта вопрошания («*За что?*» или «*Как?*»), носителя акта признания («*Наш суд – самый гуманный суд в мире!*») и осваивающего в правовой ситуации опыт свободы. Проходя через правовую ситуацию, вопрошая

и высказываясь, ее участник получает опыт свободы и определяет свою позицию по отношению к праву. «Свобода едина, но проявляется она по-разному, в зависимости от обстоятельств. Философам, ставшим на ее защиту, можно задать один предварительный вопрос: какова была та особая ситуация, которая дала вам опыт свободы?», – спрашивает Ж.П. Сартр [8, с. 197]. Конечно, чужой опыт свободы нельзя передать никакими средствами, но слово позволяет осуществить коммуникацию, а право быть услышанным гарантирует ее результативность.

**II. Насилие символическое и реальное.** Тем не менее, в праве на высказывание таится опасность и для субъекта, пользующегося им, и для самого права. Хрупкость демократических традиций и излишняя формализация юридических процедур не защищают правовое поле от опасности символического и/или прямого насилия. Субъект высказывания может оккупировать пространство, предназначенное для свободной дискуссии, и в результате прекратить ее и приостановить действие правового порядка. «Если Революция – это язык, значит, она выдвигает на авансцену тех, кто умеет говорить на нем», – утверждает Ф. Фюре [9, с. 212]. Тогда происходит переворот в иерархии ценностей, трансформирующий право на высказывание в обязанность слушать, а правового субъекта – в политического субъекта. История революций знает, какую цену приходилось платить их вождям, добровольно отвергавшим статус правовых субъектов в погоне за благами политического статуса. «Для того чтобы индивид имел авторитет в собственных глазах, – полагает В. Декомб, – нужно, чтобы он подчинялся самому себе через отношения иерархии, которые приписывают этому индивиду этот самый авторитет в отношении самого себя» [2, с. 346]. Однако инверсия иерархии лишает авторитета самого автономного судью и опосредующего его суждения Другого.

Проблема заключается в том, что слово может быть как средством передачи юридического опыта, обеспечения справедливости, так и инструментом насилия над сознанием участников общественных отношений. Как пишет Ф. Бенетон: «От Мирабо до Робеспьера революционный дискурс развивается в манихейских понятиях. Ценности обозначены, а смысл слова искажен: свобода, тирания, варварство, человечность, фанатизм... не соотносятся больше с ситуациями, действиями или чувствами, они консубстанциональны действующим лицам» [10, с. 207]. Алхимия слова, принимающая форму политической риторики или идеологии, дискредитирует право на высказывание, поскольку «в итоге все сводится к главной дихотомии: с одной стороны,

Народ, невинный по своей природе, с другой, – враги народа, надежные метафизической виной» [там же]. Тех, кто узурпирует право говорить от имени народа, мало заботит, будут ли они услышаны, т.к. дискуссия не предполагается ими изначально, а «невинный Народ» – не более чем образ, продуцируемый ими в процессе говорения. Что же касается второго элемента дихотомии – врагов народа – то их априорно лишают прав, в том числе и возможности быть услышанными. Право становится пустой формальностью, оболочкой, за которой не стоит ничего, кроме разрыва между старым и новым политическими порядками. «Страшно, что я не знаю их законов; единственное, что я знаю – это руку, держащую меня за горло», – говорит Кафка, демонстрирующий нам изменчивость мира не через абсурд, а через его крайности. Не зная, находится он на территории правосудия или нет, герой его романа-предостережения «Процесс» Йозеф К. должен следить за своим поведением, каждую минуту ожидая приведения анонимно вынесенного смертного приговора в исполнение.

Вместо того чтобы оградить Йозефа К. от ощущения виновности, образы правосудия, напротив, уничтожают его. От них отводят взгляд, как от Медузы Горгоны. В притче «Перед вратами Закона» привратник говорит крестьянину: «Там, от покоя к покою, стоят привратники, один могущественнее другого. Уже третий из них внушал мне невыносимый страх» [11, с. 416]. Наконец, К. не может вынести вида судебного пристава: «Ему непременно надо было избавиться от служителя суда, чья золотая пуговица непрестанно мозолила ему глаза, хотя другие люди ее, наверно, не замечали» [11, с. 375]. Он обнаруживает в мастерской художника, что внешне богиня Правосудия похожа на богиню Охоты. Правосудие приравнивается к несправедливой, безжалостной облаве, которая завершается убийством загнанного зверя. «Как собаку!», – воскликнет Йозеф К. перед казнью. Но на охоте охотник преследует свою жертву; здесь, наоборот, жертва догоняет охотника. Чем настойчивее К. стремится освободиться от судебного процесса, тем скорее он бросается в волчью пасть, т.е. в пожирающее его правосудие. У Кафки виновность предвеляет приговор, а наказание предшествует преступлению: все перевернуто, следствием чего является необходимость защищаться: «Вообще-то защитников на допросы не допускают, поэтому им надо сразу после защиты, по возможности прямо у дверей кабинета следователя, выпытать у обвиняемого, о чем его допрашивали, и из этих, часто уже весьма путаных, показаний отобрать все, что может быть полезно для защиты» [11, с. 334].

Форма больше не отличается от содержания. Больше не существует границ между частной и публичной сферами. Йозеф К. арестован, но он может остаться у квартирной хозяйки: «Да, конечно, вы арестованы, но это не должно помешать выполнению ваших обязанностей. И вообще вам это не должно помешать вести обычную жизнь...» [11, с. 254]. Виновность заполняет собой все пространство: в мире Кафки нет убежища, нет щели, в которой можно было бы затаиться. Герой не принадлежит самому себе: как и Раскольников, Йозеф К. снимает комнату. У него нет собственного угла, обители, где бы он мог остаться наедине с собой, иными словами, алтаря: в любой момент его вышвырнут на улицу. Никакая передышка не возможна. Пространства небольшие и тесные, как помещения «подпольных» адвокатов или маленькая боковая кафедра в соборе. Это приводит к толчее людей, которые, по-видимому, не страдают от нее. Пространство всегда заполнено, улицы заставлены домами, «таинственными неподвижными героями». Повсюду возникают препятствия, которые надо преодолевать, закрытые двери, бесконечные коридоры, мрачные лестницы и комнаты настолько узкие, что в них «задыхается душа» [12, р. 38]. Йозеф К. в день своего первого допроса вынужден подниматься на верхний этаж странного здания по лестнице, где «все двери были открыты, дети вбегали и выбегали из комнат. Комнаты по большей части были маленькие, с одним окном, там же шла стирка» [11, с. 271]. Напрашивается аналогия с символикой восхождения на алтарь, наблюдаемой в судебном ритуале, но скинии на вершине нет. К сожалению, художественный вымысел Ф. Кафки время от времени обнаруживает себя в реальности и даже уступает ей.

Впрочем, есть надежда на конструктивную функцию слова. Так, по мнению П. Рикера, «в обществе – сколько бы насилия в нем ни оставалось и из-за происхождения этого общества, и из-за его обычаев – существует *место*, где слово одерживает верх над насилием» [3, с. 12]. Место реализации способности субъекта стать правовым обнаруживается не через любые акты суждения, но только благодаря слову, устанавливающему между участниками конфликта *справедливую дистанцию* и обуславливающему появление третьей стороны, разрешающей конфликт. Соприкосновение с правом происходит в ситуации или по поводу ситуации, нуждающейся в решении признающей инстанции. Если ее акт направлен на признание абстрактной модели ситуации и правового статуса ее гипотетических участников (Продавец, Покупатель, Преступник и т.п.), в теории права он определяется как нормативно-правовой. Когда объектом признания выступает конкретная



ситуация, принимается акт индивидуального применения права. В обоих случаях участники события опрашиваются на предмет того, какое место им принадлежит по праву в возникшей ситуации, разрешаемой правовым актом. Структура права формируется с опрашивания и решения, принятого на его основе. Необходимость в решении возникает в тот момент, когда по каким-либо причинам нарушается правопорядок, распавшийся на *право* и *порядок*. Тогда для возвращения к единству компетентная инстанция, опрашивая участников ситуации, сначала восстанавливает порядок, т.к. «норма нуждается в гомогенной среде» [13, с. 26].

Вместе с тем участники проблемной ситуации не только опрашиваются, но и вопрошают. Им необходимо достоверно знать о том, что ожидает их, чтобы свободно ориентироваться в пространстве правовой ситуации. «Когда возникает потребность в большей личной энергии и в большей личной инициативе, тогда определенность права становится непереносимым условием этих последних, становится вопросом самой личности», – пишет И.А. Покровский [14, с. 89]. С точки зрения юридической техники, в западных обществах модель вопрошания о перспективах развития правовой ситуации и о ее конечном итоге разработана детальнее, чем в иных обществах. При возникновении необходимости субъекты обращаются в вышестоящую инстанцию, принимающую окончательное решение, до которого рассмотрение конкретного дела откладывается. «Отношение двух лиц еще не создает правовой ситуации, но если в него вмешивается третий, то мы имеем дело с простейшим случаем социального отношения; если вмешивающийся третий является “беспристрастным и незаинтересованным”, если его вмешательство имеет принудительный характер, то это – простейшая правовая ситуация», – пишет А.М. Руткевич [15, с. 144]. Своим решением судья, кто бы в действительности ни исполнял его функции, создает гомогенную среду, в которой право существует как институциональное образование, воплощающее в себе начала формального равенства и справедливости. «Суждение обладает не только логическим составом в качестве акта дискурса, но еще и моральным составом – в той мере, в какой конечная целенаправленность акта (о)суждения, а именно его ориентация на укрепление гражданского мира, превосходит сиюминутную целенаправленность акта, кладущего конец неопределенности», – отмечает П. Рикер [3, с. 28].

Принципиально важным является тот факт, что правовая коммуникация принимает сегодня межкультурную форму, поднимая право быть

услышанным на уровень международных отношений. Это означает, что оно ожидает своего осмысления как в традиционном философско-правовом контексте, так и с точки зрения современной компаративистики, понимаемой как диалог юридических культур. Коммуникативный характер сравнительного правоведения выявил в 60-е годы XX в. Р. Давид, полагавший, что «путем широкого изучения структуры других обществ и других правовых систем компаративисты должны создать необходимые условия для плодотворного диалога» [16, с. 17]. Тем не менее, если исследователь современных правовых систем готов занять ответственную в научном плане позицию, ему надо принять ряд условий. Не останавливаясь на вопрошании, он должен перейти к обозначению притязания как права, долга как обязанности, индивида как участника правоотношения. Но при этом «вопросы, поставленные французским юристом африканцу в отношении организации семьи или земельных прав, африканцу непонятны, если они выражены терминами европейских институтов, совершенно чуждыми африканцам» [там же].

Следовательно, право быть услышанным – это не только право субъекта на признание в качестве правового, поскольку он способен свободно высказывать какие-либо суждения, но и его возможность говорить на своем родном языке и в пространстве своей правовой культуры об универсальных моральных ценностях. Итак, это естественное право человека на уважение достоинства как *способного* заявить о своих взглядах и нести ответственность за произнесенное слово на том языке, который привычен для него, при том условии, что собеседник приложит усилия к адекватному пониманию содержания его речи. «Признать” это означает избавиться от предрассудка, касающегося идентичности, отстаиваемой народами под влиянием гордости, страха или ненависти», – полагает П. Рикер [3, с. 32-33]. Признание за субъектом *права быть услышанным* переводит реальное насилие в символическое измерение судебного процесса и обуславливает реализацию в общественных отношениях принципа справедливости как воздаяния каждому по его заслугам в соответствии с общей мерой должного поведения.

**III. Процесс над самим собой.** Читая лекцию о религиозных аспектах права, Г.Дж. Берман замечает: «Как говорят англичане, правосудие должно не просто вершиться, но нужно, чтобы все *видели*, что оно вершится. Что вовсе не означает, что если правосудия не видно, то оно не будет признано; это означает, что если его не видно, то это не

правосудие» [17, с. 21]. А если правосудие слишком заметно? Можем ли мы тогда утверждать, что правосудие вершится? Почему язык судопроизводства переходит положенные законом пределы, захватывая те области общественных отношений, где на нем, казалось бы, не принято говорить? Что происходит с субъектом, оказавшимся вовлеченным в судебный процесс, перед которым встает выбор, не скрывшийся от пронизательного взгляда Ф. Кафки: «Есть три возможности освободиться от суда: полное оправдание, оправдание мнимое и волокита»? [11, с. 364] Как вести себя в ситуации презумпции виновности, размытых правил, остановленного времени и не имеющего четких границ пространства, среди образов правосудия, разобщенных и произвольно соединенных, в ужасающей перспективе приведения в исполнение тайно вынесенного приговора неизвестной всемогущей инстанции?

Сегодня, как отмечает А. Гарапон, «право стало новым языком, на котором формулируются новые политические запросы; последние, будучи следствием разочарования в государстве, сдающем свои позиции, в значительной мере обращены к правосудию» [7, с. 40-41]. В своих рассуждениях о правосудии он отталкивается от анализа его роли в демократическом обществе, не всегда адекватно воспринимаемой как политическими элитами, так и вездесущими СМИ. Для первых суд – слишком сложный механизм, не имеющий прямого отношения к политике, но при этом существенно меняющий облик государства. Выход судебной власти на сцену подрывает основы республиканской традиции публичной власти, отменяя иммунитеты официальных лиц, находя основания для вынесения решений за пределами национального права, прекращая тем самым корпоративное функционирование государства. Демократическое правосудие становится автономным, что, впрочем, и предполагалось изначально, поскольку оно «рождается на пересечении двух независимых историй: одна повествует о переходе от символической гетерономии к символической автономии, а другая – о разведении правосудия и политической власти» [18, р. 224]. В основание институциональной системы модерна была положена альтернатива «естественное право/позитивное право», или «Природа/человек», позже – «Разум/общество», сформулированная в юридических терминах и сменившая альтернативу «природа человека/божественная милость». Теперь она сама поставлена под сомнение, т.к. правосудие берет на себя и социальные, и политические, и психологические функции, без реализации которых не состоится процесс формирования правового субъекта.

Между тем судебный процесс должен проходить в символических рамках, в холодном, чопорном и отделенном от повседневной жизни мире. Осуществляемая в нем коммуникация имеет свои особенности, формальна и искусственна. Она противоположна коммуникации СМИ, требующих от правосудия прозрачности. СМИ не стремятся найти истину, предпочитая бесконечность судебного процесса и закручивание интриги. Отдавая предпочтение тем, кто расскажет интересную историю и сделает это лучше других, они усиливают эффект истинности в ущерб истине, а привлекательности – в ущерб аргументации. В их работе прозрачно все, за исключением того места, откуда истекает прозрачность, поэтому процесс создания ими реальности носит ущербный характер и избегает любых дискуссий. Таким образом, если политические элиты видят в юридикации общественной жизни угрозу лежащим в основе власти и авторитета принципам неподсудности и корпоративности, а также угрозу стабильности национального права, что отчасти объясняет их настороженное отношение к прогрессу правосудия, то СМИ активно вторгаются в судебную процедуру, делая более ощутимой хрупкость судебного дискурса. Однако и те, и другие недвусмысленно указывают, во-первых, на процессы трансформации демократии, справиться с которыми ни политические элиты, ни СМИ не в состоянии; во-вторых, на такую функцию правосудия как восстановление символического правового порядка и обозначение дистанции; в-третьих, на изменившиеся за последние полвека восприятие субъектом права самого себя как автономного законодателя и судью и восприятие им Другого.

Опасения просветителей по поводу демократии, высказанные ими на заре правового государства, оправдались с поразительной точностью. Как принято считать, демократиям свойственны отрицание зла, размывание политической сферы, упразднение дистанции в социальных отношениях, нивелирование различий и оспаривание иерархий. По мнению К. Лефора, в демократическом обществе «место власти становится *пустым местом*» [19, с. 26]. Еще Монтескье предупреждал о последствиях очарования демократией, но он же и предлагал лекарство от них – правосудие. Оно «оглашает справедливость в условиях разочарованной демократии, напоминает об общей норме в условиях плюралистической демократии, воздвигает символический барьер в условиях прямой демократии, воплощает авторитет в условиях представительной демократии» [7, с. 223]. В перспективе трансформации институтов демократии правосудие решает противоречивую задачу:

компенсировать излишнюю мягкость демократии за счет легитимного насилия, обеспечить дистанцию в обществе, где одна сфера перетекает в другую, провести различия в мире прямых сообщений, найти справедливость и поддержать фикции в мире, настроенном скептически.

Конечная цель правосудия, как она видится А. Гарапону, состоит в том, чтобы индивидуалистическую логику саморазрушения общества и индивида, апеллирующую либо к дикому либерализму, либо к дирижизму, заменить логикой внутренней дистанции демократии, фундаментального разрыва. «Демократия, в отличие от тоталитаризма, порождает конфликты, – полагает автор «Искусства судить». – Тоталитарная система покоится на отказе от любого различения, на провозглашении единства, на ликвидации классов, на идентичности Государства и народа» [18, р. 232]. Если она питается верой в возможность растворения социальных различений, то демократическая система призвана довести «внутренний разрыв» (*déchirement intérieur*) до предела. Любопытно то, что, несмотря на разные задачи, стоящие перед обоими политическими режимами, средство для их решения они выбирают общее – судебную процедуру. Она нужна для того, чтобы образовать экран между реальностью и ее репрезентацией, между властью и ее учреждением, индивидом и правовым субъектом. Следовательно, прежде чем стать репрессивным или социальным, гражданским или уголовным, правосудие выступает в качестве *символической инстанции*, обозначающей ориентиры. Оглашая справедливость, суд озвучивает те ценности, которые признаются базовыми в конкретном обществе, какая бы политическая система ни была ему присуща. В конце концов, демократия рискует встать на путь отмены различений, что часто происходит под ее именем, а тоталитаризм затрачивает колоссальную энергию, чтобы придать видимость правосудия политическим процессам над своими противниками. Так или иначе, власть всегда испытывает соблазн идентифицировать себя с самой собой, закрыв доступ к разрыву, к месту, занимаемому законом, и всегда сталкивается с правосудием или, по меньшей мере, с необходимостью его имитации.

Демократию сближает с тоталитаризмом постановочный характер судебной процедуры, расписанной законодателем по ролям. Впрочем, здесь тоталитаризм обнаруживает принципиальное расхождение с демократией. Он «отличается одновременно злоупотреблением игрой – все сплошная имитация, театр, идеологическая литургия – и дефицитом игры, невозможностью создания дистанции, разрыва, конфликта, переходящего на территорию права» [18, р. 239]. Пустота политического

пространства в демократическом обществе, вызывающая замешательство, возмущение и разочарование, в действительности служит антидотом от отравы тотальной идеологии и дегуманизации. Полноценная игра разворачивается лишь в свободном пространстве, ограниченном символическими рамками, где действуют правила, а не их суррогаты, как это происходит в романе Ф. Кафки «Процесс».

Талант автора обнаруживает себя в том эксперименте, который он ставит на глазах у читателя. Значение его шедевра не ограничивается предвидением тоталитаризма – в романе находит свое выражение невозможность существования мира, лишённого символики, универсума без закона, общества постмодерна, где эмансипация доведена до крайних пределов и отменено основополагающее институциональное ограничение. По этой причине «Процесс» никогда еще не был настолько современен как сегодня. Читать его надо не как философский трактат, а как экспериментальный отчет. Отсюда и своеобразный стиль, напоминающий протоколы полиции: канцелярский, равнодушный, «отстраненный», как сказали бы психиатры, нейтральный, исключая энтузиазм и негодование – именно тот, который нужен, чтобы в точности воссоздать эстетику преступления. Кафка передает нам ощущение страха в мире по эту сторону правила и правосудия, покинутого правом, где не остается более ничего, кроме разрозненных, безумных, неотвязных образов, тем не менее, связываемых между собой в тревожащей непринужденности. Потому что это те же самые символы правосудия, хорошо нам знакомые, но расставленные в ином порядке. Благодаря художественным средствам Кафке удается то, на что не способен антрополог: изобразить мир, не знающий семиотического ограничения, мир без символики, доводя вымысел до крайности. Речь идет не столько об абсурде судебного процесса, сколько об отсутствии правил; не столько о произвольных правилах, сколько о мире до установления в нем ограничений; речь идет об эксперименте, в котором читатель – не только наблюдатель, но и подопытный, испытывающий на себе вяжущую силу крайнего замешательства. Прежде всего, роман адресован не разуму, а чувствам: опыт непосредственного соприкосновения с образами правосудия заставляет нас испытать те же ощущения, что и Йозеф К. Когда правила исчезли, когда слова лишены смысловой нагрузки, никакая коммуникация невозможна, остаются образы, наблюдаемые, но не осознаваемые в полной мере.

Возвращая общество к истокам, основополагающему институциональному ограничению, правосудие напоминает о первоначальном

договоре, учредившем социальные институты. С этой целью используются образы, метафоры, прежде всего пространственные, т.к. правосудие неотделимо от места, обуславливающего идентификацию актера с его ролью, а всех вместе – со сценой, на которой разворачиваются исторические события. Разрыв между внутренним и внешним, частным и публичным, индивидом и правовым субъектом подчеркивается архитектурой дворца правосудия, символизирующей демократию, пространство, никем не занимаемое и на которое право может только указать. Между тем своя «архитектура» свойственна и судебному процессу как символическому ритуалу, обозначающего разрыв между его участниками. Напротив, «неформальное правосудие, когда процедурные правила игнорируются действующими лицами или даже самим законом, приводит к смешению мест, времен, участников и фактов» [18, р. 257]. Чем более символически подкрепленными будут границы пространства правосудия, тем скорее оно выполнит функцию обозначения дистанции, напомнив об основополагающем разрыве, сопряженном с абстракцией «общественного договора».

Закрепленную за правосудием функцию оно реализует не только через особый архитектурный стиль, но и через специфические образы. В судах висят картины, чьи сюжеты отсылают к героическому прошлому, стоят бюсты отцов-основателей судебной системы. Они формируют символическое измерение права, имеющее основательную историю. Кроме того, образы правосудия сублимируют свойственную человеку жестокость и осуществляют символическое принуждение. Так, освобождая субъекта от агрессивности, образы правосудия воссоздают ее внутри него, но уже в символической форме. Пустующее место власти в демократическом обществе является благодатной почвой для разгула насилия и выхода на поверхность жертвенного начала, направить которые в мирное русло можно с помощью судебного ритуала, повторяя на суде картину преступления символическими средствами. Поглощающие преступление образы правосудия освобождают от него правового субъекта, применяя к нему меры символического насилия. Случайно ли то, что художник Титорецци осведомлен о правосудии лучше самого Йозефа К.? «Если бы я всех этих судей написал тут, на холсте, – говорит он, – и вы бы стали защищаться перед этими холстами, вы бы достигли больших успехов, чем защищаясь перед настоящим судом» [11, с. 361]. Картина, над которой работает художник, изображающая в мягких и расплывчатых тонах судью на троне, говорит нам весьма много о правосудии: это картина в картине, сон во сне, образ, обладающий

двойной силой. К тому же, рисовать или судить – разве не одно и то же? Изображение судебных чиновников требует, как заявляет художник, соблюдения настолько сложных и тайных правил, что они не выходят за пределы привилегированных семейств [11, с. 363].

Правосудие – это напоминание, и в таком качестве оно предполагает повторение, как и любой ритуал. Оно мобилизует юридическую символику столько раз, сколько потребуется для возвращения субъекта к прошлому, когда им были совершены рассматриваемые в судебном процессе поступки и даны обязательства. Ритуал не всегда осмысливается субъектом, но он воспринимается им через всеохватывающую власть образов и через язык, общий для участников процесса. Язык и символы находятся между собой в диалектической взаимосвязи, т.к. символические рамки судебного процесса неподвижны и нечувствительны к политическим режимам, времени и истории. Задавая ситуацию для аргументов, т.е. для языка, они позволяют сочетать их рациональность с иррациональностью насилия и дополняют «общественный договор», узаконивая дискуссию и устраняя голое насилие из общественных отношений.

Ф. Кафка знакомит нас с процессом, лишенным места, с прекращенным процессом, в конечном счете, с отказом в правосудии. Как полагает Л. Альтюссер, преимущество прекращения процесса на основании признания преступника невменяемым, заключается в том, чтобы «показать, как ему отказывают в том месте, где, вызванный для дачи показаний, преступник может говорить от собственного имени», что и происходит с Йозефом К. Прекращение процесса делает ответственность невозможной и устраняет правосудие. Только через письмо оно еще может попытаться совершиться, как в случае Л. Альтюссера. После убийства своей жены и прекращения судебного процесса, он последний раз берется за перо, т.к. «если бы мне не было предоставлено такое “преимущество”, я бы предстал перед судом. И если бы я предстал перед судом, я бы отвечал. Эта книга является ответом, который я все равно должен был бы держать. И все то, о чем я прошу, мне предоставлено; теперь же пусть будет предоставлено то, что должно было бы стать моей обязанностью» [20, р. 9].

Этот роман напоминает другое изображение процесса, на этот раз в сфере киноискусства, принадлежащее еще одному еврею, укорененному в немецкой культуре: «М: Город ищет убийцу» Ф. Ланга. Два шедевра XX в. сближает поразительная симметрия – фильм завершается весьма странным процессом, организованным преступным миром

над Ф. Бекером. Ничто не упущено: ни участие адвоката, ни разграничение сакрального пространства канатами, ни риторические фигуры, ни, наконец, последнее слово перед казнью. Между произведениями происходит переход от *субъективной* крайности к *объективной* крайности судебного процесса. В то время как у Кафки акцент поставлен на внутреннем мире, в фильме Ланга все события разворачиваются в реальном мире, приводящем в отчаяние и пытающемся ухватить обрывки символической функции, покидающей современность: в этой имитации правосудия нет ни одного достаточно сильного символа, чтобы предотвратить расправу воров над убийцей и установить равновесие между его преступлениями и их решением устранить преступника.

Символическая функция правосудия оказалась актуальной, когда от него потребовали играть роль авторитета взамен трансцендентного источника власти. В этой роли были заинтересованы и публичное пространство, и правовой субъект, утративший, как уверяет А. Гарапон, свои корни, потерянный, изолированный, находящийся в судьбе референта, а в своей конфронтации с законом – последнюю жизненную опору [7, с. 25-26]. Такому положению вещей предшествовали два периода, называемые А. Гарапоном эпохами «диалектики преступления и наказания» и «симптома и лечения». На первом этапе под субъектом права понималась автономная в социальном и экономическом плане личность, буржуа XIX в., который предполагался наделенным правоспособностью в значении формального равенства. При этом не допускалось градации между абсолютной свободой и тюремным заключением, поскольку преступление воспринималось как ненадлежащая практика «свободного арбитра», как акт чистой («случайное заблуждение») либо развращенной (рецидив) воли. Вторая эпоха ознаменовалась квалификацией преступника с точки зрения заболевания; его наказания – с позиций терапии. Иными словами, субъекта описывали в медицинских терминах, а от правосудия требовали признания за ним чувства виновности и выполнения попечительской функции.

Субъект возвращает свою правоспособность и суверенитет над собой лишь в конце XX в., когда была предложена третья модель – *правового субъекта*, или *гражданско-политическая*, – презюмирующая, что субъект не сводится ни к его детерминантам, ни к его желаниям. Он – автор своей собственной речи и субъект слушания, автономный и зависимый, носитель неотчуждаемого достоинства и подверженный мимолетному ослаблению. В этой модели разрыв проходит не только по социальным институтам, но и внутри каждого субъекта, разделяя его

на хранителя достоинства, которое он не должен утратить, т.е. правового субъекта, и на единственное в своем роде существо, подверженное кризисам в конкретных ситуациях. Субъект несет в себе часть суверенитета, дающую ему право быть законодателем и судьей, разделяющим с другими субъектами язык, ценности, символическое пространство.

\*\*\*

Реставрируя правового субъекта, правосудие может сыграть с ним злую шутку. Не следует забывать о скрывающейся в судебном процессе опасности поглощения субъекта образами правосудия, если оно лишено своего постоянного и сакрального места. Процесс может никогда не завершиться, но он может и прекратиться задолго до его начала. И тогда встанет вопрос: поможет ли такая инверсия субъекту обрести свое достоинство в борьбе за право или приведет к его утрате? В то же время борьба за индивидуальные права, которая ведется под знаменем либеральной идеологии, направлена против политических институтов, государственного принуждения и формальных юридических процедур. Однако способности индивида быть правовым субъектом «останутся виртуальными, и даже не сложившимися или подавленными, в отсутствие межличностных и институциональных опосредований, причем государство среди этих последних фигурирует на месте, ставшем проблематичным» [3, с. 39]. Если допустить, что спектакль, поставленный перед Йозефом К., приснился ему, то не в практиках тоталитарного государства или в судебном процессе следует искать источник подавления суверенной личности. Главное препятствие на пути становления субъекта права – в нем самом, в искаженном восприятии своей роли автономного законодателя и судьи собственных поступков, исключая из его поля зрения других во имя монополизации права на высказывание и постепенно заполняющем его поле зрения образами, осуществляющими над ним символическое насилие.

#### Список использованных источников:

1. Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории / Ю. Хабермас. – СПб.: Наука, 2001. – 417 с.
2. Декомб В. Дополнение к субъекту. Исследование феномена действия от собственного лица / В. Декомб. – М.: Новое литературное обозрение, 2011. – 576 с.

3. Рикер П. Справедливое / П. Рикер. – М.: Гнозис-Логос, 2005. – 304 с.
4. Ксенофонт. Воспоминания о Сократе / Ксенофонт. – М.-Л.: Academia, 1935. – 417 с.
5. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г.Дж. Берман. – М.: Изд-во МГУ; Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА, 1998. – 624 с.
6. Ahmed v. Austria, № 25964/94, 17.12.96, (1997) 24 EHRR 278.
7. Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия / А. Гарапон. – М.: NOTA VENE, 2004. – 328 с.
8. Сартр Ж.П. Проблемы метода / Ж.П. Сартр. – М.: Академический Проект, 2008. – 222 с.
9. Фюре Ф. Постыжение Французской Революции / Ф. Фюре. – СПб.: ИНАПРЕСС, 1998. – 217 с.
10. Бенетон Ф. Введение в политическую науку / Ф. Бенетон. – М.: Весь мир, 2002. – 368 с.
11. Кафка Ф. Америка. Процесс. Из дневников / Ф. Кафка. – М.: ПОЛИТИЗДАТ, 1991. – 606 с.
12. Starobinski J. Kafka et Dostoïevski. – Cahiers du Sud. № 304. 1950. – P. 466-475.
13. Шмитт К. Политическая теология / К. Шмитт. – М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. – 336 с.
14. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – М.: Статут, 2001. – 354 с.
15. Руткевич А.М. Философия права А. Кожева / А.М. Руткевич // Вопросы философии. – 2002. – № 12. – С. 141-153.
16. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Международные отношения, 1996. – 400 с.
17. Берман Г.Дж. Вера и закон: примирение права и религии / Г.Дж. Берман. – М.: Московская школа политических исследований, 2008. – 464 с.
18. Gagaron A. Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire / A. Gagaron. – P.: Odile Jacob, 1997. – 355 p.
19. Лефор К. Политические очерки (XIX-XX века) / К. Лефор. – М.: РОССПЭН, 2000. – 368 с.
20. Althusser L. L'Avenir dure longtemps / L. Althusser. – Paris: Stock/IMEC, 1992. – 362 p.

## ЗДАТНІСТЬ БУТИ СУБ'ЄКТОМ ПРАВА

**В. Токарєв**

*Самарська державна обласна академія (Наянної),  
м. Самара, вул. Молодогвардійська, 196, e-mail: basiletok@gmail.com*

Автором аналізується здатність індивіда бути суб'єктом права. Піднімаються проблеми опосередкування моральних суджень, метафізики судового процесу, насильства. В якості ілюстрації наводиться постанова Європейського Суду з прав людини і роман Ф. Кафки «Процес».

*Ключові слова:* суб'єкт права, моральне судження, правосуддя, свобода, гідність.

## ABILITY TO BE A LEGAL SUBJECT

**V. Tokarev**

*Samara State Regional Academy (Nayanova),  
Samara, Molodogvardejskaya Str., 196, e-mail: basiletok@gmail.com*

Author examines the ability to be a legal subject. The basis of moral judgements, the metaphysics of justice and the violence are analysed. As an illustration, the decision of the European Court of Human Rights and F. Kafka's "Process".

*Keywords:* legal subject, moral judgement, justice, freedom, dignity

## ПРАВОСУДИЕ И ИГРА В РАБОТЕ Й. ХЕЙЗИНГА «ЧЕЛОВЕК ИГРАЮЩИЙ»<sup>1</sup>

*М. Томюк*

*Уральский федеральный университет*

*имени первого Президента России Б.Н. Ельцина,*

*г. Екатеринбург, пр. Ленина, 51, e-mail: mariano80@yandex.ru*

Й. Хейзинга, развивая идеи Шиллера (у Ф. Шиллера игра есть свободное самостоятельное раскрытие сущности человека: в игре человек творит реальность и самого себя), показал, что игра относится к сущностным характеристикам человека наряду с разумностью и созидательной способностью. Й. Хейзинга обосновал принципы игры, по его мнению, имеющей место не только в сфере искусства, но и в правосудии, политике и др.

Й. Хейзинга определяет игру как «добровольное действие либо занятие, совершаемое внутри установленных границ места и времени по добровольно принятым, но абсолютно обязательным правилам с целью, заключенной в нем самом, сопровождаемое чувством напряжения и радости, а также сознанием «иного бытия», нежели «обыденная» жизнь» [1, с. 41]. Игра как форма человеческой деятельности пронизывает все бытие людей.

В работе «Homo ludens» (1938) Й. Хейзинга раскрывает место и сущность игры в правосудии, обосновывает, почему применительно к правосудию можно говорить об игре. Взаимосвязь правосудия и игры в архаических культурах Й. Хейзинга рассматривает под тремя разными точками зрения: «Судебный процесс – как вид азартной игры, как состязание, как словесный поединок» [1, с. 87], или далее – «три игровые формы судопроизводства: это игра на счастье, состязание или спор об заклад, словесный поединок» [1, с. 91].

Конечно, рассуждает философ, игра, на первый взгляд, не совместима с правосудием, так как сфера закона не только отдалена от сферы игры, но и сфера закона – это сфера «священной серьезности», указания, установления, порядка, следования. Однако, как показывает правовая практика, правосудию как «священному и серьезному действию ни в коей мере не противопоставлена игровая окраска» [1, с. 85].

Далее, выявляя то, что роднит правовую практику, судопроизводство и игру, философ приходит к умозаключению, что и правосудие и

игра имеют общую черту – состязательность. На состязательный характер судебного спора указывали еще и греки, для которых спор в данном контексте «выступает как своего рода битва, обусловленная жесткими правилами и протекающая в освященных формах» [1, с. 85]. Поэтому понимание правосудия как состязания не является нововведением более поздних эпох, а, исходя из «агональной сущности правового спора» у греков, состязательность как характерная черта судебного спора сохраняется и сегодня: всякому состязанию присуще игровое качество, а любой игре – качество состязательности.

Важность представляет и выбор места для проведения судебного спора. Так, для греков это должно было быть место обязательно освященное, отрезанное, отгороженное, «священный круг, где восседали видные отовсюду судьи» [1, с. 85–86]. Й. Хейзинга сравнивает место судебного разбирательства с неким магическим кругом, игровым пространством, «внутри которого привычное деление людей по их рангу временно прекращается» [1, с. 86].

«Агональный» элемент как неотъемлемая часть судебного процесса при совокупности продуманных правил делает состязание в суде организованной «антитетической игрой». Судопроизводство трактуется философом как игра еще и потому, что ему присущи такие черты чисто агонального свойства, которые хочется назвать «игровыми» понятиями: победа и поражение, выпавший жребий, случайный исход, приз, состязание, бег наперегонки или спор об заклад, вознаграждение, приз.

Й. Хейзинга приводит пример из правовой практики греков, иллюстрируя призовой, игровой характер правосудия: в священном круге перед судьями лежит «два золотых таланта – такова, стало быть, сумма, каковой домогается каждая из сторон. Однако же это более походит на ставку или на приз, чем на предмет судебного разбирательства» [1, с. 88]. Взаимосвязь правосудия и азартной игры Й. Хейзинга обнаруживает также и в традициях германских народов: «по правовым обычаям древних германцев, границу марки или земельного надела подчас устанавливали метанием топора или состязанием в беге. Или, скажем, обладание неким правом определялось тем, что кому-либо завязывали глаза и он касался то ли какого-нибудь предмета, то ли самого человека; брали также яйцо и катали его или вращали. Все это случаи, когда для определения права нужно помериться силами или сыграть на удачу» [1, с. 90].

Судебный процесс, который сам уже есть спор, часто сопровождался тем, что присутствующие спорили (заклучали пари) на предмет того, чем закончится разбирательство. Й. Хейзинга пишет, что пари

<sup>1</sup> Йохан Хейзинга (1872–1945) – нидерландский философ, историк.

об исходе суда были характерны для правовой практики, например Англии: «Когда Анна Болейн и ее окружение предстали перед судом, то под впечатлением умной защиты ее брата Рошфора в Тауэр-холле присутствующие ставили десять против одного, что он будет оправдан» [1, с. 91].

Рассмотрим еще один аспект взаимосвязи правосудия и игры – правовой спор как словесный поединок, как «судоговорение по самой своей сути». На архаической фазе правосудия исход дела решали не наиболее взвешенные в юридическом отношении аргументы, правовой спор можно трактовать как «соствязание в хуле». Победа в правовом споре была гарантирована тому, кто превзойдет другого в «изоощреннейших поношениях» и окажется на высоте положения (ради победы все средства были хороши). Это еще одно свидетельство того, что правосудие находится в сфере игры, не освободилось из сферы игры и не утратило игровые свойства.

Й. Хейзинга приводит еще ряд доказательств взаимосвязи правосудия и игры. Например, состязания в игре на барабане или песенные поединки гренландских эскимосов выполняли функцию судебного разбирательства в чисто агональной форме и одновременно являлись игрой: эскимос, имея претензии к своему соплеменнику, вызывает его на состязание – песни под стук барабанов с обвинениями, оскорблениями, высмеиванием, причинением физической боли. Победа в песенно-барабанных битвах решала исход спора между соплеменниками. Исследователь подчеркивает, что данный обычай племени являлся формой принятия судебного решения, причем единственной формой правосудия, ничего другого в правовой практике этих народов не существовало.

Й. Хейзинга приходит к выводу, что сфера правосудия в архаичных культурах не является сферой «божьего суда» в собственном смысле слова. Понятие о приговоре божественных сил в отношении абстрактной истины и справедливости, пожалуй, может быть связано лишь вторично с подобными действиями; первичным же здесь является агональное решение как таковое, то есть решение относительно серьезных вещей, принимаемое в игре и через игру» [1, с. 93].

«И судопроизводство, и обычай божьего суда коренятся в практике агонального решения споров вообще, будь то с помощью жребия или испытания силы. Битва до победы или поражения священна сама по себе. Если она вдохновляется формулируемыми понятиями справедливости и несправедливости, она восходит тем самым в правовую сферу;

увиденная же в свете положительных представлений о божественной власти, она восходит в сферу религии. Первичными же здесь являются формы игрового характера», – рассуждает философ [1, с. 89].

Попытки «изгнать» игровой характер из судебной практики неоднократно предпринимались, например, в Риме, но не достигли желаемого. Так, Рутилий Руф (158–78 гг. до н. э.), древнеримский политик, оратор, консул, желая привести правосудие в соответствие с нормами права, проиграл свое дело и вынужден был удалиться в изгнание.

Игровой характер правосудия, имевший место в правовой практике у древних народов, исследователь обнаруживает в средние века и Новое время, когда рыцарские поединки, дуэли заменяют судебные разбирательства как таковые. Следует отметить, что общество признавало законность этих форм разрешения возникших противоречий. Элементы игры в сфере правосудия имеют место и в современных концепциях права, где состязательность постепенно обретает нормативно правовые основы.

#### Список использованных источников:

1. Хейзинга Й. Homo ludens. Статьи по истории культуры / Й. Хейзинга ; [сост., пер. и автор вступит. статьи Д.В. Сильвестров; научн. коммент. Д.Э. Харитоновича]. –М.: Прогресс-Традиция, 1997. – 416 с.



## ПРАВОСУДДЯ ТА ГРА У РОБОТІ Й. ГЕЙЗІНГА «ЛЮДИНА, ЯКА ГРАЄ»

**М. Томюк**

*Уральський федеральний університет  
імені першого Президента Росії Б.М. Єльцина,  
м. Єкатеринбург, пр. Леніна, 51, e-mail: mariano80@yandex.ru*

У статті автор аналізує трактування правосуддя, дану в роботі Й. Гейзінга «Homo ludens». Правосуддя та гра, ігровий характер правосуддя, змагання в судовому спорі, гра у правосуддя – основні позиції, виділені автором у книзі.

*Ключові слова:* правосуддя, гра як сутнісна характеристика людини, правосуддя як гра.

## JUSTICE AND GAME IN THE BOOK «HOMO LUDENS» J. HUIZINGA

**M. Tomyuk**

*Ural Federal University  
named after the first President of Russia B.N. Yeltsin,  
Yekaterinburg, Lenin Av., 51, e-mail: mariano80@yandex.ru*

In the paper the author analyzes the concept of justice given by J. Huizinga in his «Homo ludens». Justice and game, gaming nature of justice, competition in a judicial dispute, game in justice are the basic positions which are denoted by J. Huizinga in the book

*Keywords:* justice, game as an essential characteristic of a person, justice as a game.

## АНТРОПОЛОГИЧЕСКИЙ ТИП ПРАВОПОНИМАНИЯ И ГЕРМЕНЕВТИКА

**О. Томюк**

*Уральский федеральный университет  
имени первого Президента России Б.Н. Ельцина,  
г. Екатеринбург, пр. Ленина, 51, e-mail: helgago@yandex.ru*

Правопонимание – это сложившиеся в теории права концептуальные взгляды на сущность права, формы его выражения (источники), связь с государством, причины происхождения, назначение и др.

В рамках антропологии права – науки о человеке как социальном существе в его правовых проявлениях, изучающей правовые формы общественной жизни людей от древности до наших дней (В.С. Нерсесянц) сложился антропологический тип правопонимания.

Антропологический тип правопонимания предполагает обращение внимания на правовые тексты, правовые обычаи и традиции, правовые нормы, логику правового мышления, правовые ценности различных народов и культур, в целом правовое бытие человечества (в частности, этнические группы, народы, нации) на всех стадиях развития этого бытия.

Правопонимание в рамках антропологии права невозможно без анализа устных или письменных источников, памятников права, практики общественной жизни, процессов юридизации человеческого бытия, свойственных каждому историческому типу цивилизации.

Антропологический тип правопонимания связан с герменевтикой, поскольку понять право можно имея в виду определенный образ и представление о человеке. Такой позиции придерживается известный представитель антропологии права Н. Рулан, который считает, что герменевтика в антропологии права занимает существенное место, так как юридические правила для лучшего своего применения требуют толкования. Более того, для антропологии права герменевтика является одним из главных методологических подходов к праву, продуктивным методом познания права, так как при анализе правовых обычаев, традиций, норм используется метод проникновения во внутреннюю логику правового мышления иных народов и культур, других людей. Благодаря интерпретации правовых текстов, традиций того или иного народа становятся понятны правовые ценности народа, смыслы действий, знаков, символов.

Герменевтика (от греч. *hermeneutikos* – разъясняющий, истолковывающий) – искусство толкования различных текстов, символов, смыслов социокультуры. Юридическая герменевтика в самом широком плане представляет собой науку о толковании и применении норм права и проистекает из философской герменевтики.

По мнению Э. Гуссерля, отдельные культурные и исторические памятники имеют смысл только через соотнесенность с «жизненным миром». Феномен «жизненный мир» находился в поле научных интересов М. Хайдеггера. В его понимании «жизненный мир» – это языковая реальность, а «язык – дом бытия», поэтому герменевтика не только искусство толкования текстов, но и «свершение бытия». Х.Г. Гадамер рассматривает герменевтику не только как метод понимания текстов, но как особую философию понимания, предметом которой является вся совокупность знаний о мире и человеческом бытии. Поэтому понимание выступает как универсальный способ существования действующего человека, как его непосредственный (жизненные проявления, экзистенция), так и опосредствованный (история, культура) опыт. Следует отметить, что герменевтика – это не результат, а путь к знанию, сама практика получения истины.

Применительно к праву, правовым текстам интерес представляет работа Е.В. Васьковского «Руководство к толкованию и применению законов», в которой ученый утверждает, что целью толкования законов, любой правовой нормы является раскрытие их истинного смысла [1]. Сущность процесса понимания, по мнению исследователя, состоит в том, что условные знаки, служащие средством духовного общения людей между собой (слова, письмена, образы и др.), должны вызывать те же представления, какие в них заложены изначально, то есть понимать – значит сознавать и чувствовать то, что сознавал и чувствовал пишущий, создающий [1]. Если говорить о правовой норме, то толкование должно воспроизводить те же представления и понятия, которые связывал с данной нормой законодатель, которые составляют смысл нормы, выражают мысль и волю автора. Следовательно, толкование – это раскрытие содержания нормы, ее смысла, выяснение мысли и воли законодателя. Сама же по себе правовая норма представляет собой совокупность слов, условных знаков, посредством которых законодатель передает свои мысли, представления о путях решения правовой проблемы.

Но слова редко являются полным воплощением мысли, поэтому для понимания правовой нормы часто бывает недостаточным только

словесное или грамматическое толкование. Васьковский Е.В. считает, что выявление истинного смысла правовой нормы возможно путем логического (или реального) толкования, которое предполагает учет истории возникновения нормы, отношения нормы к действующему праву, связь нормы с действующей системой права, принципы построения закона, а также источники (общественные, экономические, политические и др.), которыми пользовался законодатель [1]. Следует отметить, что выяснение смысла правовой нормы не является одномоментным актом. Толкование проходит в несколько этапов: сначала следует подвергнуть норму словесному толкованию для установления ее буквального смысла, а затем обратиться к реальному толкованию, чтобы проверить результат словесного толкования и раскрыть ее действительный, внутренний смысл. Итак, выяснение истинного смысла любого закона, созданного в любой культуре, невозможно без уяснения множества факторов, повлиявших на создание правовой нормы.

Шпенглер О. в работе «Закат Европы», анализируя право в разных культурах, указывает на необходимость именно логического толкования правовых норм. Философ неоднократно высказывает мысль, что каждая культура вырабатывает свое право, имеющее смысл и значение для конкретной культуры. Культура у Шпенглера – «организм», обладающий самым жестким сквозным единством и обособленным от других, подобных ему «организмов» [2]. Философ вводит понятие первофеномен (внутренняя форма культуры, принцип), из которого развивается все многообразие культуры. Так, первофеномен египетской культуры – это образ прямого и неуклонного пути («египетское бытие – бытие странника, бредущего всегда в каком-то одном направлении»).

Как было отмечено ранее, понимание смысла закона, выявление его истинного содержания невозможно без знания истории возникновения нормы, без учета отношения нормы к действующему праву и ее связи с действующей системой права, без понимания процесса творения права. Все это вместе взятое является тем необходимым, без чего выявить истинный смысл не только какой-то конкретной нормы, но и права в целом практически невозможно. Такой подход к пониманию права характерен и для О. Шпенглера. Философ отмечает, что в традиционную эпоху право существовало еще в зачаточном состоянии, оно воспринималось как элемент мирового порядка. Правовой нормой считались наиболее мудрые и справедливые из существующих традиционных правил общественной жизни. Роль толкования в традиционную эпоху сводилось к тому, чтобы приспособить право к изменяющимся условиям.

Исследуя античное право, О. Шпенглер приходит к выводу, что античное право создавалось гражданами и для граждан. В античном праве в качестве обязательной формы государства определен полис, а каждая отдельная личность – это тело, входящее в состав полиса: «Только из этой основной формы общественного существования вытекает как само собой разумеющееся понятие личности как человека, который во всей своей совокупности идентичен с телом государства» – пишет философ [2, с. 745]. Именно из такого античного мироощущения, считает О. Шпенглер, и развилось все античное право, именно такой подход к миру и системе отношений в античном мире находит отражение в каждой правовой норме.

Право полиса представляет собой одновременно вещественное и божественное право. Так как античная религия была государственной, то и процесс творения государственного и божественного права был одинаков: право вещественное и право божественное создавалось гражданами. Решающим в античном праве было то, что оно создавалось из непосредственного общественного опыта. Как было отмечено выше, в правовой норме отражается воля законодателя. Шпенглер О. в работе «Закат Европы» обращает внимание на тот факт, что «римский претор должен был быть землевладельцем, офицером, обладать опытом в управленческих и финансовых вопросах и лишь вследствие этого был пригоден для судейской и одновременно правотворческой деятельности», выводя правовые нормы из экономических отношений, из конкретных случаев [2, с. 772]. Причем, римский претор одновременно занимался и судопроизводством, и созданием правовых норм. В начале срока правления претор издавал эдикт, имеющий силу в течение одного года, а также в каждом отдельном случае излагал перед присяжными конкретный правовой принцип, в соответствии с которым и выносился приговор. В результате создавалось «единовременное» право, не имевшее продолжения в будущем [2, с. 748]. Шпенглер О. считает, что «античное право – это право одного дня, даже одного мгновения. В соответствии с этой идеей в каждом отдельном случае оно создавалось именно для этого случая и по его окончании переставало быть правом» [2, с. 748]. В результате исследования философ выявил характерную черту античного права – сиюминутность права в античной культуре. Как следует из вышесказанного, процесс творения античного права отличался своеобразием и без проведения процедуры логического толкования практически не возможно понять истинный смысл античных законов.

В эпоху Возрождения, когда в Европе был велик интерес ко всему античному, типичные черты римского права нашли свое отражение в английском праве. Так, судья во время судебного заседания, в котором слушалось дело о совершенном преступлении, для которого нет правовой нормы, мог решить эту проблему путем создания нового правового акта. Однако, в отличие от античного права, этот новый правовой акт включался в свод законов при условии одобрения его судейской коллегией. Это свидетельствует о том, что западноевропейское право – это уже не право одного дня, а право, рассчитанное на долгосрочное существование. О. Шпенглер подчеркивает, что всякое право зависит от политических, экономических интересов, несет на себе отпечаток мировоззрения создателей, зависит от воли сословия, держащего в руках реальную власть. Более того, считает он, «любое законодательство – это в полной мере политический и даже партийно-политический акт» [2, с. 751].

Сравнивая античное и арабское право, О. Шпенглер называет главное отличие: античное право создавалось гражданами на основе практического опыта, а арабское исходит от бога, основано на авторитете имени, поэтому «человек Востока не требует ни практической целесообразности закона, который к нему применяется, ни логического обоснования приговора» [2, с. 762]. Философ указывает и на тот факт, что у римских и арабских судей отношение к правовым актам различно: если для претора правовой акт – это «квинтэссенция опыта, который он сделал своим», то для кади (в мусульманских странах судья, единолично осуществляющий судопроизводство на основе шариата) восприятие правового текста проникнуто божьим духом. Если у арабов в правовом тексте заключено, что «дух Божий и дух общины – это одно и то же», то в правовой норме заключена истина.

В западноевропейском праве правовые нормы не являются результатом «сильных и строгих обычаев социального и экономического существования», они были абстрагированы из латинских рукописей. Шпенглер О. пишет: «Западноевропейский юрист становится филологом, и место практического и жизненного опыта занимает научный опыт чисто логического анализа и сочетания правовых понятий, основанных исключительно на самих себе» [2, с. 771]. Такое явление он называет филологией правового языка, которой занималось специальное сословие людей, далеких от жизни и презирающих всякий «опыт, не вытекающий из процесса мышления» [2].

Итак, антропологический тип правопонимания сложившийся в рамках антропологии права нуждается в герменевтике как своим мето-

дологическом основании. Именно герменевтика позволяет правильно разъяснить, понять смысл правовых теорий, доктрин, концептуальных взглядов на сущность права существовавших в разных культурах и в разные эпохи.

#### **Список использованных источников:**

1. Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов. Для начинающих юристов / Е.В. Васьковский. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1913. – 152 с.
2. Шпенглер О. Закат Европы / О. Шпенглер. – М.; Минск: АСТ: Харвест, 2000. – 1376 с.

### **АНТРОПОЛОГІЧНИЙ ТИП ПРАВОРОЗУМІННЯ ТА ГЕРМЕНЕВТИКА**

***О. Томюк***

*Уральський федеральний університет  
імені першого Президента Росії Б.М. Єльцина,  
м. Єкатеринбург, пр. Леніна, 51, e-mail: helgago@yandex.ru*

У статті обґрунтовано взаємозв'язок антропологічного типу праворозуміння і герменевтики. Реалізація антропологічного типу праворозуміння неможлива без аналізу правових джерел, процесів юридизації людського буття, властивих кожному історичному типу цивілізації. Використовуючи метод проникнення у внутрішню логіку правового мислення народів, культур, метод інтерпретації правових текстів, герменевтика виступає в якості одного з головних методологічних підходів до права.

*Ключові слова:* праворозуміння, антропологія права, антропологічний тип праворозуміння, герменевтика.

### **THE ANTHROPOLOGICAL TYPE OF UNDERSTANDING OF LAW AND HERMENEUTICS**

***O. Tomyuk***

*Ural Federal University  
named after the first President of Russia B.N. Yeltsin,  
Yekaterinburg, Lenin Av., 51, e-mail: helgago@yandex.ru*

In the article the relationship of the anthropological type of understanding of the law and hermeneutics is justified. Implementation of the anthropological type of understanding of the law is impossible without an analysis of legal sources, processes of juridization of human being, specific to each type of historic civilization. Using the method of penetration into the inner logic of the legal thinking of the peoples, cultures, and a method of interpretation of legal texts, hermeneutics stands as one of the main methodological approaches to the law.

*Keywords:* understanding of law, anthropology of law, the anthropological type of understanding of the law, hermeneutics.

## РОЛЬ ПРИНЦИПІВ ПРАВА У ПРАВОЗАСТОСУВАННІ

**О. Уварова**

*Національний університет*

*«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»,  
м. Харків, вул. Пушкінська, 79, e-mail: olena\_uvarova@mail.ru*

Відповідаючи на питання про вплив принципів права на суспільні відносини, слід визнати, що він, перш за все, здійснюється через їх вплив на правосвідомість учасників правового регулювання, оскільки саме принципи права забезпечують власну цінність права. Саме через принципи права, в яких знаходять концентрований вираз визнані у суспільстві цінності, право сприймається як втілення ідей свободи, рівності, гуманізму, справедливості. Через принципи права у людей формуються уявлення про вимоги права і повага до нього, розуміння цінності правового регулювання. Крім того, принципи права як елемент його змісту приймають разом з нормами права участь у здійсненні правом його юридичних функцій – регулятивної та охоронної.

Проте принципи права здійснюють не тільки зовнішній (регулятивний) вплив, тобто вплив на суспільні відносини, але й внутрішній (інструментальний) вплив на право як систему, елементом якої вони є (шляхом оцінки відповідності між змістом права і його зовнішнім виразом, забезпечення системності правового регулювання тощо), оскільки саме принципи права лежать в основі правового регулювання і навколо них формуються норми права, виступають «як засіб досягнення цілісності й єдності права, забезпечення його внутрішньої узгодженості» [1, с. 189].

Функціональне призначення принципів права може бути покладено в основу побудови системи принципів права, що дозволить здійснити умовний поділ принципів права на дві ієрархічні підсистеми, які перебувають у тісному взаємозв'язку.

Першу підсистему становлять принципи, зміст яких складають вимоги до процесу праворегулювання. Такі вимоги переважно представлені у змісті принципу верховенства права, адже саме цей принцип «визначає цілі і зміст законів та інших нормативно-правових актів, зміст і спрямованість діяльності органів законодавчої та виконавчої влади, органів місцевого самоврядування» (п. 1 постанова Пленуму Верховного Суду України від 01.11.1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя»). Принципи, що входять

до цієї підсистеми, «орієнтують, яким саме чином необхідно себе поводити в процесі правотворчості і правореалізації» [2, с. 24-30].

Другу – вимоги, які застосовуються безпосередньо до відносин, які потребують врегулювання, відображають їх змістовні зв'язки.

Зміст вимог, що входять до двох названих груп, суттєво відрізняється, що обумовлено перш за все їх спрямованістю на різних адресатів: вимоги першої групи висувуються до якості правового регулювання в усіх його елементах (від закріплення правових норм у формальному праві до дій, спрямованих на їх реалізацію з боку уповноважених на це органів, зокрема, суду) – таким чином безпосередньо на суспільні відносини такі вимоги впливають лише опосередковано; вимоги другої групи мають своїм адресатом безпосередньо учасників суспільних відносин. Перша підсистема принципів права є необхідною передумовою реалізації вимог до суспільних відносин, її мінімальною гарантією.

Дві вказані підсистеми принципів представляють собою систему вимог, виведених із принципів справедливості, рівності, свободи, гуманізму. Ці принципи діють у межах правової системи в цілому – галузей, підгалузей і інститутів права. Вони, маючи засадничий для правової системи характер і діючи не тільки в межах правової системи, але й поза ними, утворюють спільний фундамент двох названих підсистем принципів права, об'єднуючи в собі як вимоги, що висувуються до системи правового регулювання, так і вимоги до учасників суспільних відносин.

Підкреслюючи методологічне значення принципів, яке випливає з того, що вони пронизують усю правову матерію, М.В. Цвік вказує на обумовленість впливу принципів на різні правові явища і на суспільні відносини в цілому тим, якою є ієрархія та характер взаємодії різних за своїм рівнем діючих в правовій сфері принципів – загальнолюдських, правової системи, права, міжгалузевих, галузевих, правових інститутів [3, с. 34]. Принципи, що входять до кожної з цих груп, здійснюють вплив за двома названими вище напрямками – як вимоги до системи правового регулювання та як вимоги до учасників суспільних відносин, забезпечуючи таким чином функціональний взаємозв'язок у межах ієрархічної системи, побудова якої обумовлена сферою дії принципів, що входять до тієї чи іншої групи.

Принципи права здійснюють вплив на процес правового регулювання на всіх його стадіях. Для нас найбільший інтерес представляє питання про роль принципів права у процесі правозастосування.

Роль принципів у правозастосуванні яскраво відобразив у своїй промові О.Ф. Коні: «...суддя, вирішуючи справу, ніколи не має ні права,

ні моральної підстави говорити: *Sie volo, sie jubco* – «я так хочу». Він має говорити, як Лютер: «Я не можу інакше», не можу, тому що і логіка речей, і внутрішнє почуття, і життєва правда, і смисл закону твердо й невідворотно підказує мені моє рішення і проти будь-якого іншого заговорить моя совість як судді та людини» [4, с. 3].

Найбільш відчутним вплив принципів права на процес правозастосування є на стадії встановлення юридичної основи справи, коли регулятивна функція принципів права знаходить прояв у таких напрямках:

Встановлення, чи є розглядуваний випадок таким, що охоплюється сферою дії права. Це питання правозастосовець може вирішити тільки через звернення до принципів права, які загальним чином окреслюють межі дії права.

Визначення змісту норм права, що врегульовують розглядуваний випадок, через їх системний зв'язок з принципами права. Принципи права виступають своєрідною призмою, через яку мають розглядатися норми [5, с. 121].

Саме звернення до принципів права дозволяє «інституціоналізувати правові цінності, оскільки призначення судового рішення полягає в тому, щоб у ході вирішення конкретної справи виявити уявлення про ті реальні цінності, котрі, можливо, і не зафіксовані у писаному праві, і саме їх покласти в основу рішення» [6, с. 229]. У цьому аспекті регулятивна функція принципів права проявляється опосередковано: правозастосовець має виходити з того, що норми права, які знаходять своє закріплення у формальних джерелах права, формулюються відповідно до принципів права, і саме відповідно до принципів здійснюється весь процес правового регулювання [7, с. 34]. Суддя, який не звертається у процесі правозастосування до принципів права, ризикує бути звинуваченим у «сліпоті до соціальних цінностей, «автоматизмі» або недостатній обґрунтованості рішень» [8, с. 206], адже завдання судді – не просто застосовувати закон, а постійно приводити чинний правопорядок у відповідність із справедливістю. Цю ж думку висловив і Т.Р.С. Аллан, вказавши, що «якою б великою не була влада законодавців щодо ухвалення загальних рішень, конкретне їх використання все одно залежатиме від судової влади; а оскільки йдеться про застосування закону в тому чи в тому випадку, то лише тоді ми й можемо з'ясувати справжню правову «інтенцію» постанови – як вона буде вплетена у складний гобелен попередніх законів та інших постанов, котрі виступають єдиним цілим; відповідно, суди мають вельми багаті можливості надавати громадянам захист, відповідальність за який покладає на них принцип верховенства права» [9, с. 24].

Розуміння ролі принципів права у процесі правозастосовного тлумачення дозволяє органу правозастосування перенести ідею справедливості, втілену в нормах права, на рівень конкретних правовідносин. Так, суд конкретизує вимоги справедливості, закріплені в правовій нормі, щодо окремих правовідносин або корегує ті правовідносини, учасники яких відхиляються від нормативно встановлених стандартів справедливості [7, с. 63]. Умовно кажучи, суддя має запитати себе, якою була б ця стаття, якщо її текст привести у відповідність до вимог справедливості, розуму і сучасного життя» [10, с. 87].

Наведені вище теоретичні розробки знаходять практичне підтвердження у практиці Європейського Суду з прав людини, який, зокрема, при вирішенні справ виходить з того, що в основу Конвенції покладено єдині принципи [11, с. 44]. Так, в одному зі своїх рішень Європейський суд вказав, що надання будь-якого тлумачення прав і свобод, які гарантуються, має відповідати «загальному духу Конвенції – правового акту, метою якого є забезпечення й розвиток ідеалів і цінностей демократичного суспільства» (Soering, 87; McCann et al., 146), розуміючи під духом Конвенції втілені в ній принципи.

Слід також звернути увагу, що у випадку нечіткості й суперечливості нормативного припису звернення правозастосовця до принципів права забезпечує від юридичних помилок. У таких випадках правозастосовець перш за все має керуватися тією посилкою, що мета правил, які інтерпретуються, є розумною, що правила не мають за мету створювати несправедливість або порушувати моральні принципи [8, с. 205], виходити з того, що задум законодавця полягав у розвитку фундаментальних цінностей системи, а не в їх запереченні [12, с. 33]. Саме тому застосування судом положень закону має відбуватись перш за все з урахуванням цілі та наміру законодавця, виходячи з принципу верховенства права (див. постанову Господарського суду Закарпатської області від 07 серпня 2006 р. у справі № 7/260-2006).

Найбільша потреба у врахуванні при розкритті змісту норми права вимог принципів права виникає у разі невизначеності норми права, залишення законодавцем простору для розсуду правозастосовця. Залишити такий простір законодавець може як свідомо – через пряму вказівку на повноваження органу правозастосування вирішувати певні питання на свій розсуд або через достатньо „гнучкі” формулювання правил поведінки, так і несвідомо, коли простір для розсуду правозастосовця з'являється через певні недоліки використаної нормотворчим органом юридичної техніки або неврахування ним певних особливос-

тей розвитку суспільних відносин, що не призводить до прогалини у правовому регулюванні, але робить його недостатньо чітким.

В цілому, слід зазначити, що аналіз судової практики України доводить, що принципи права здійснюють значний регулятивний вплив на суспільні відносини. Одним з рішень, в якому тлумачення судом норми права у світлі принципів права дозволило правильно вирішити справу, є постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 12 листопада 2007 р. № 1/72. Предметом розгляду суду стало питання про наявність у банків права в односторонньому порядку змінювати процентні ставки за кредитними договорами. Справа розглядалася до внесення змін до Цивільного кодексу України, в результаті яких до Кодексу було включено норму, що прямо забороняє банкам змінювати процентні ставки за кредитними договорами в односторонньому порядку. Чинне на той момент законодавство надавало банкам право змінювати процентні ставки за кредитними договорами у разі зміни облікової ставки Національного банку України, а також «в інших випадках». Поняття «інші випадки» конкретизовано не було. Проте, як вказав суд, це не дає підстав для висновку про те, що перелік випадків, коли в договорі може обумовлюватися можливість зміни облікової ставки, є необмеженим. Зазначене положення має тлумачитися з врахуванням положень п. 4 ч. 5 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів», згідно з яким встановлення дискримінаційних стосовно споживача правил зміни відсоткової ставки є несправедливою умовою договору (такою, що суперечить принципу добросовісності і має наслідком істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживачу – ст. 18 Закону). Звернення до принципів права дало суду підстави для висновку, поняття «інші випадки» не може тлумачитися поширено, а може охоплювати лише ті випадки, які не є дискримінаційними в розумінні п. 4 ч. 5 ст. 11 Закону.

3. Здійснення принципами права безпосереднього регулятивного впливу на суспільні відносини у випадку прогалин у позитивному праві.

Ще на початку ХХ століття Й.О. Покровський звертав увагу на те, що закон, навіть той, який представляє досить повну кодифікацію, все рівно має прогалини, оскільки не дивлячись на всі намагання, він не може охопити всієї нескінченної різноманітності життєвих відносин. Закон, навіть найдосконаліший, відстає від життя: раз виданий, він залишається непорушним, тоді як життя постійно йде вперед, створюючи нові потреби та нові відносини [13, с. 94-95].

Коли норма права, яка б врегульовувала розглядувану ситуацію, у позитивному праві відсутня, завдання правозастосовного органу

значно ускладнюється. У таких випадках суд має керуватися всією системою принципів права і на цій основі за наявності прогалини в законодавстві вирішувати справи, безпосередньо виходячи з правових принципів [14, с. 155]. Вітчизняна наука виробила два поняття на позначення такої ситуації: «прогалина в законі» і «прогалина в праві». Відповідно, способи подолання правозастосовним органом відсутності припису позитивного права для вирішення життєвої ситуації отримали назви „аналогія закону” й „аналогія права”.

Висновком за аналогією традиційно називають вирішення непередбаченого чинним правом випадку на підставі норми, що визначає схожий випадок. Якщо ця норма виражена в законі, поширення її на схожий випадок є аналогією закону; якщо ж вона має бути попередньо виведена з загальних принципів чинного права, отримуємо аналогію права. Можливість застосування аналогії у процесі правозастосування базується на припущенні, що законодавець справедливий і що якби він передбачив цей випадок, то врегулював би його так само, як і врегулював схожі з ним за суттю випадки [15, с. 342]. У такому разі має місце аналогія закону – і при цьому правозастосовець виходить з принципів справедливості й передбачуваності. До аналогії права правозастосовець змушений звертатися, коли врегульованого законодавцем схожого випадку, на який можна було б орієнтуватися при подоланні прогалини, немає. А отже слід керуватися тільки принципами права. Як аналогія закону, так і аналогія права зводяться до такого логічного процесу: слід провести аналіз конкретного випадку, знайти в законодавстві (або добути з нього) норму, яка регулює інший випадок, тотожний з даним у всіх юридично істотних елементах, розкрити юридичний принцип, наведений у цій нормі, й застосувати його до цього випадку [15, с. 343].

Слід погодитися з тими вченими, які вказують на певну умовність використання терміну „аналогія” щодо випадків, коли виникають неврегульовані уповноваженим органом випадки [16, с. 386]. В юридичній літературі переважно звертається увага на таку умовність по відношенню до поняття „аналогія права”. Зокрема, вказується, що в ситуації з аналогією права взагалі відсутня аналогія у строгому значенні, тому що в цьому випадку йдеться не про застосування подібного (аналогічного) закону, а про вирішення непередбаченого конкретною нормою випадку на основі загальних принципів права. Аналогія як і будь-яка логічна форма є відображенням певних зв'язків і відношень предметів реальної дійсності [17, с. 206]. У той же час аналогія права за своєю логічною структурою не є висновком за аналогією, а є дедук-

тивним умовиводом. А от аналогію закону за логічною структурою визнають виводом за аналогією у власному сенсі, оскільки при аналогії закону переносять ознаку з одного випадку (передбаченого законом) на інший випадок (не передбачений законом) на основі схожості цих випадків у низці істотних ознак.

Цікавий погляд на природу аналогії права і аналогії закону пропонує німецький цивіліст Я. Шапп. Він розуміє під аналогією права і закону лише ті випадки, коли один чи декілька приписів закону можна співвіднести з випадком, який розглядається, якщо не за дослівним значенням, то за змістом. Час від часу на розгляд судді потрапляють справи, до яких не можна застосовувати законодавчі положення ні прямо, ні за аналогією, тобто за їх смислом. Якщо суддя приймає рішення в такій справі, то він створює право в екстралегальному смислі. При цьому вчений ставить питання про те, чи має взагалі суддя право на такі дії, які масштаби застосовні до таких рішень і де межі для такої правотворчості. Дискусії з приводу статусу дій суддів у разі вирішення справи за умов відсутності відповідної норми права у позитивному праві точаться й у вітчизняній науці. Саме в питанні про прийняття рішень судами у так званих «складних справах» вбачають основний предмет спору між Г. Хартом і Р. Дворкіним: обидва вчених визнають, що у важких справах судді виходять за межі правил і розглядають цінності, але Г. Харт називає це актом законодавства, а Р. Дворкін апеляцією до принципів.

Сам Я. Шапп розмірковує так. Суддя не може відмовитися від прийняття рішення тільки на тій підставі, що він не може обґрунтувати його посиленням на закон. Навпроти, в цьому випадку він повинен замість законодавця сформулювати правову норму, яка дозволить йому винести рішення за відповідною справою. Частини II і III статті 1 Швейцарського цивільного кодексу наявно демонструють це: «Якщо закон не містить відповідного припису, то суддя має винести рішення на основі звичаєвого права, а якщо таке відсутнє – на основі правила, яке він встановив би як законодавець. При цьому він має слідувати визнаній доктрині і традиції». Там, де для створення нової норми права суддя не має в якості масштабу окремих законодавчих приписів, йому доводиться орієнтуватися на ще більш абстрактні принципи права, основні положення конституції і, нарешті, правову систему в цілому. Нова норма права має бути відкритою для інтеграції в правове ціле. Тому формулювання цієї норми здійснюється в режимі «intra ius» («у межах права»). Екстралегальна правотворчість має свої межі. При цьому якщо будь-яка матерія розумним чином може бути врегульованою

тільки законодавцем, то суддя не повинен претендувати на її врегулювання у своєму рішенні [18, с. 33].

Останнє зауваження має принципове значення для визначення меж повноважень правозастосовного органу. З одного боку, суд не повинен відмовляти у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини (оскільки у цьому випадку відбувається порушення принципу доступності правосуддя), з іншого – суд не може брати на себе повноваження з врегулювання питань, для відповіді на які є недостатнім звернення до принципів права, це питання, які віднесені до виключної компетенції правотворчого органу, що можуть бути вирішені тільки ним. Це переважно питання, пов'язані з визначенням процедури реалізації певних прав або встановлення відповідних обов'язків. Про обмеженість повноважень органів судової влади у випадку виникнення таких питань свідчить і практика Конституційного Суду України, який відмовляється давати офіційне тлумачення законодавчих положень, які можуть бути деталізовані виключно законодавцем.

У той самий час невиконання правотворчим органом свого обов'язку з визначення тієї чи іншої процедури, відсутність якої робить неможливою реалізацію певних прав і законних інтересів, не може ставати підставою для відмови у судовому захисті, оскільки «право включає такий невичерпний ресурс як принципи, і тому воно здатне надати правильну відповідь на будь-яке питання судді» [19, с. 76].

Отже, врегулювання суспільних відносин має відбуватись шляхом встановлення загальнообов'язкових правил поведінки спеціально уповноваженими на це органами. Проте, вимога чіткого розподілу повноважень не може ставати підставою для відмови у наданні судового захисту прав і законних інтересів у випадку відсутності встановленого уповноваженим органом правила поведінки, яке б напряду врегулювало спірний випадок. За такої ситуації перевага має бути надана принципу гарантованості доступу до правосуддя. Таким чином, застосування аналогії закону або права є можливим лише у випадку неможливості вирішення справи без неї [20, с. 554]. При цьому, як справедливо вказав Вищий господарський суд України в інформаційному листі від 07.04.2008 р. № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» аналогія права застосовується у разі неможливості використання аналогії закону.

Виняток становлять випадки, коли законодавець користується своїм повноваженням зі встановлення заборони на використання аналогії



права або закону. Так, відповідно до частини 4 статті 3 Кримінального кодексу України застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено.

В інших випадках законодавець може прямо вказувати на можливість застосування аналогії закону або права. Так, згідно з частиною 8 статті 8 Цивільного процесуального кодексу України якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права). Аналогічна норма закріплена у частині 7 статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України. При цьому суд має звертатися до застосування аналогії права або закону з урахуванням принципу, що знайшов відображення у статті 19 Конституції України: «Правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України». Саме посиленням на цей принцип обумовлена обмеженість застосування аналогії закону і права у галузях законодавства, що належать до публічного права.

Вплив принципів права на процес правозастосування здійснюється через висування принципами права системи вимог до позитивного права і до заснованого на ньому правового регулювання. Можна виокремити такі напрями дії принципів права у межах цієї функції:

1. Оцінка позитивного права на відповідність принципам права. Цей напрям реалізується принципами права на етапі встановлення юридичної основи вирішення справи. За наявності норми позитивного права, яка врегульовує випадок, що розглядається, правозастосовець має оцінити її на відповідність принципам права (Саме тому не можна погодитися з висловленою авторами Науково-практичного коментарю до цивільного законодавства України думкою, відповідно до якої «суди застосовують те законодавство, яке є. І вони не уповноважені давати загальну оцінку законодавства чи виносити окремі ухвали з приводу неясності нормативно-правового акту чи наявності суперечностей між актами законодавства. У будь-якому випадку ст. 166 Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 211 Цивільного процесуального кодексу України, ст. 90 Господарського процесуального кодексу України, ст. 23-2, 340 Кримінально-процесуального кодексу України, що передбачають підстави винесення окремої ухвали, не допускають цього у разі виявлення неясності законо-

давчих актів чи наявності суперечностей між такими актами» [21, с. 13]). У випадку виявлення колізії між нормами права її вирішення також має здійснюватись через звернення до принципів права як вимог до правового регулювання, оскільки наявність колізії свідчить про порушення одного з принципів права – системності правового регулювання. Цікавий історичний факт у цьому аспекті наводить Б. Таманага: у Давній Греції якщо встановлювалося, що нова законодавча норма суперечить чинним законам, ухваленим раніше, на ініціатора нового закону могли накласти покарання [8, с. 15].

Вимога суддівського нормоконтролю як одна з вимог принципу верховенства права набула розкриття у практиці Суду справедливості. До рішення від 25 липня 2002 року у справі С-50/00 Суд справедливості ніколи прямо не звертався до принципу верховенства права. Суд звертався до такої вимоги принципу верховенства права як принцип ієрархічної побудови юридичних норм і процедура суддівського контролю за несуперечливістю цих норм між собою. У вказаній вище справі судді виходили з більш ґрунтового розуміння принципу верховенства права, підкреслюючи, що Європейська співдружність базована на принципі верховенства права, що в свою чергу вимагає суддівського контролю за відповідністю актів її інституцій Договору і загальним принципам права, які включають фундаментальні права людини.

В Україні необхідність оцінки позитивного права на відповідність принципам права була визнана через надання прямої дії нормам Конституції України. Такі повноваження судових органів обумовлені особливим характером принципів і норм права, що знайшли закріплення в Конституції: «оскільки ці надпозитивні принципи записуються в конституції, вони набувають особливої переваги, що дозволяє судам розглядати їх як такі, що мають вищу силу і пріоритет над будь-якими юридичними актами в разі конфлікту. Унаслідок цього реальне (дійсне) право стає єдністю справедливості, яка утворює його сенс, і позитивності, що утворює його предметно-інституційну форму» [22, с. 172]. Закріплюючи (прямо чи опосередковано) ці принципи як орієнтири для позитивних законів, писані конституції доручають судам випробовувати відповідність цих законів засадничим положенням конституції [23, с. 42].

Серед наведених повноважень найбільш дискусійним є визнання за судами загальної юрисдикції можливості відмовитися від застосування певного нормативно-правового акта, який, на думку суду, суперечить Конституції, і застосувати норми Конституції. Приблизники

надання таких повноважень судам загальної юрисдикції посилаються на принцип прямої дії норм Конституції. Противники говорять про те, що: 1) вирішення колізії між Конституцією України і чинним нормативно-правовим актом, належить до виключної компетенції єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні – Конституційному Суду України (ст. 13 Закону України „Про Конституційний Суд України”); 2) положення нормативно-правових актів є основою для врегулювання необмеженої кількості випадків, а отже, якщо припустити, що вони протирічать Конституції України, то їх застосування у подальшому може призвести до порушення прав і свобод людини, а тому суд загальної юрисдикції має вказати через встановлену процедуру на цей недолік у правовому регулюванні єдиному органу конституційної юрисдикції, а не обмежуватись незастосуванням певного нормативно-правового акта в окремій справі; 3) нормативно-правовий акт до того моменту, доки він не втратить чинність на території України, має застосовуватись при врегулюванні випадків, які входять до сфери його регулювання, а отже, його незастосування у конкретній справі може стати підставою для скасування рішення суду вищою судовою інстанцією як незастосування матеріального права, що підлягало застосуванню у цій конкретній справі і могло вплинути на вирішення справи по суті.

Як видається, це питання має вирішуватись через розв’язання конфлікту між двома принципами – принципу прямої дії норм Конституції, вимог, що знайшли відображення в тексті і в дусі Конституції, з одного боку, і принципу виключеної компетенції органу конституційного судового контролю – з іншого. У кожній конкретній ситуації пріоритет може бути надано одному з них.

Такий висновок відповідає позиції Європейського Суду з прав людини, що була висловлена у Рішенні зі справи «Проніна проти України» (заява № 63566/00) від 18 липня 2006 року. Зокрема, у п. 24 вказаного Рішення Суд вказав, що «у правовій системі України, де фізична особа не має права індивідуального звернення до Конституційного Суду України, національні суди мають досліджувати питання відповідності нормативних актів Конституції і, якщо існує сумнів, звертатися з клопотанням про відкриття конституційного провадження. Однак з точки зору відповідного законодавства цю систему не можна тлумачити як таку, що вимагає від звичайних судів детально розглядати питання щодо конституційності, яке порушує сторона цивільного провадження, або зобов’язує суди передавати кожне таке питання до Конституційного Суду. Очевидно, суди загальної юрисдикції користуються певною

дискрецією щодо розгляду питань конституційності, які виникають в рамках цивільного провадження».

Про пріоритетність принципу прямої дії Конституції України, що є проявом визнання принципу верховенства права, свідчить і позиція Верховного Суду України, висловлена ним у постанові Пленуму «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя». В названій постанові вперше було визначено, в яких саме випадках суд зобов’язаний безпосередньо застосовувати норми Конституції. Це повинно відбуватись тоді, коли: зі змісту норм Конституції не випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом; закон, який був чинним до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, суперечить їй; правовідносини, котрі розглядаються судом, не врегульовано законом України, а нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою України, суперечить Конституції України; укази Президента України, які з огляду на їх нормативно-правовий характер підлягають застосуванню судами при вирішенні конкретних судових справ, суперечать Конституції України [24, с. 49]. Підтримує висловлену Верховним Судом України думку і М.І. Козюбра, який робить наголос на тому, що суди повинні безпосередньо застосовувати положення Конституції у випадках, коли вирішення справи на основі закону виявляється неможливим. І лише у разі неоднозначного тлумачення відповідних положень Конституції різними державними органами або вагомим сумнівів щодо конституційності закону, який підлягає застосуванню при вирішенні конкретної справи, суди у визначеному законом порядку мають звертатися до Конституційного Суду України [25, с. 94]. При цьому здійснюючи пошук права в межах Конституції, правозастосовні органи, особливо суди, мають залучати до цього пошуку не тільки текст Конституції, а й додаткові матеріали, які б дали змогу забезпечити як верховенство Конституції, так і верховенство права. Орієнтиром у цьому напрямі мають слугувати загальновизнані сучасним цивілізованим світом принципи права, міжнародні пакти про права людини, міжнародна судова практика, зокрема практика Європейського суду з прав людини, тенденції розвитку правових засобів захисту прав людини у європейському та міжнародному співтовариствах тощо.

Без звернення до принципів права не може бути вирішено й питання про те, яким чином впливають рішення й висновки Конституційного суду на дію нормативних актів, конституційність яких була предметом розгляду, у часі. В Україні це питання переважно викликано недостатньо чітким врегулюванням моменту набуття чинності актами Конституційного Суду України.

Згідно з частиною 2 статті 152 Конституції України закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнанні неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність. Згідно із Законом України «Про Конституційний Суд України» у разі, якщо правові акти або їх окремі положення визнаються такими, що не відповідають Конституції України (неконституційними), вони оголошуються нечинними і втрачають чинність від дня прийняття Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність (частина 2 статті 73); у рішенні Конституційного Суду України щодо конституційності правових актів, якими суперечливо регулюється порядок реалізації конституційних прав і свобод людини і громадянина визнається, норми якого закону є конституційними, а якого – неконституційними і нечинними (частина 2 статті 85). Звідси В. Тихий робить висновок: якщо той чи інший правовий акт або його окремі положення визнані Конституційним Судом України неконституційними вони фактично скасовуються і не мають юридичної сили з моменту ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність. І саме з цього часу закони, інші правові акти або їх окремі положення, які рішеннями Конституційного Суду України визнані неконституційними, не підлягають застосуванню як такі, що втратили чинність на підставі рішення Конституційного Суду України [26, с. 62-71].

Як зазначалося, оцінка позитивного права на відповідність принципам права не є виключною компетенцією органів конституційного судового контролю. Кожен суд загальної юрисдикції має оцінювати позитивне право, що підлягає застосуванню при вирішенні конкретної справи. Оцінка позитивного права судом загальної юрисдикції може бути як спеціальним предметом розгляду (в Україні такі справи належать до юрисдикції адміністративних судів), так і необхідним етапом у розгляді будь-якого судового спору на етапі визначення юридичної основи справи.

Таким чином, суд при визначенні юридичної основи справи має оцінити позитивне право на відповідність принципам права. Посиланням на принципи права суд може обґрунтувати відмову від застосування окремого законодавчого положення. Саме у цьому випадку виникає прогалина у позитивному праві, проте особливістю ситуації є те, що вона не є результатом відсутності волевиявлення законодавчого органу з приводу врегулювання певних суспільних відносин. Відсутність норми права, на підставі якої може бути врегульований конкретний

спір, зумовлена визнанням певного припису позитивного права правозастосовцем таким, що суперечить принципам права. У цьому випадку він вирішує справу на підставі принципів права, тобто використовує аналогію права. Але той факт, що таке використання стає результатом відмови від застосування чинного акту органу правотворчості, робить таке застосування екстралегальним (за висловом Я. Шаппа), або застосуванням *contra legem*, коли правозастосовний орган діє за межами позитивного права, проте у межах природного права. Слід зазначити, що «екстралегальне» правозастосування є допустимим у виняткових випадках і під контролем вищих судових інстанцій, які можуть скасувати таке рішення суду нижчої інстанції як таке, що прийняте з порушенням норм матеріального права. Національним судам відповідні повноваження, зокрема, надані статтею 202 Кодексу адміністративного судочинства України, статтею 309 Цивільного процесуального кодексу України, статтею 104 Господарського процесуального кодексу України, які однією з підстав скасування рішення суду першої інстанції називають порушення або неправильне застосування норм матеріального права, при цьому розцінюючи норми як порушені або неправильно застосовані, якщо застосовано закон, який не поширюється на ці правовідносини, або не застосовано закон, який підлягав застосуванню.

Як справедливо вказує М.І. Козюбра, *contra legem* можуть застосовуватись права людини, які є безпосередньо діючим правом – саме вони можуть застосовуватись всупереч закону, якщо закон суперечить фундаментальним правам людини: не відображає природно-правові начала; не відповідає загальноновизнаним міжнародно-правовим принципам і нормам про права людини і громадянина; прийнятий нелегітимним органом державної влади тощо [25, с. 92].

2. Оцінка процесу правозакріплення. Цей напрям впливу принципів права на регулювання суспільних відносин знайшов відображення в частині 3 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України. Відповідно до неї адміністративний суд у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень перевіряє, чи прийняті (вчинені) вони, зокрема, на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); безсторонньо (неупереджено); добросовісно; розсудливо; з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації; пропорційно зокрема з дотриманням необхідного

го балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Судовий нормоконтроль передбачає оцінку чинного законодавства не тільки з точки зору матеріальної, тобто змістової, їх перевірки, так і формальної, тобто перевірки встановленої процедури їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності і дотримання повноважень при їх прийнятті [26, с. 55-65].

Вимога оцінки процесу правозакріплення на відповідність принципам права походить із змісту принципу верховенства права, „який вимагає, крім іншого, що втручання владних суб'єктів у сферу реалізації прав особи має перебувати під ефективним контролем, який має бути забезпечений судовою системою, яка має бути останнім захисним притулком, судовий контроль має бути забезпечений найбільшими гарантіями незалежної, неупередженої та належної процедури». Це вимога того, щоб кожного разу, коли громадська свобода перебуває під загрозою, посадові особи мають втрачати всі дискреційні повноваження і перебувати під суворим наглядом (*Silver and others v/ United Kingdom*, 25 March 1983, § 90).

У подальшому Європейський Суд з прав людини сформулював вимогу до якості закону, що входить до змісту принципу верховенства права й охоплює собою випадки, аналогічні наведеному вище. Вимога до якості закону передбачає, по-перше, що закон повинен бути доступним особі, тобто містити зрозумілі й чіткі формулювання, які б давали особі можливість самостійно або з відповідною консультацією регулювати свою поведінку. По-друге, він має бути передбачуваним, тобто таким, щоб особа могла передбачити наслідки його застосування. По-третє, закон повинен відповідати всім іншим вимогам верховенства права, зокрема він з достатньою чіткістю має встановлювати межі дискреційних повноважень, та спосіб їх здійснення. Це необхідно, щоб особа була захищеною від свавілля суб'єктів владних повноважень (пункт 27 рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Круслен проти Франції» від 24 квітня 1990 року).

Корисним для національної судової практики є також врахування того факту, що, досліджуючи конкретні обставини справи на предмет дотримання прав людини і загалом верховенства права, Європейський Суд часто аналізує конкретну правову ситуацію крізь призму трьох критеріїв: 1) чи втручання держави у право людини відбулося відповід-

но до закону; 2) чи воно мало правомірну мету; 3) чи воно було необхідним у демократичному суспільстві.

У межах першого критерію прецедентна практика Суду свідчить, що якісними вимогами до національного закону, без якого він не може бути відображенням природного права, зокрема, є: доступність (своєчасне доведення закону до відома населення), передбачуваність, чіткість, достатня деталізованість (юридичний припис є передбачуваний, якщо він сформульований з достатньою точністю, яка дасть змогу особі самостійно або ж у необхідних випадках – за посередництва відповідного консультування – регулювати свою поведінку, передбачити наслідки, до яких може призвести певна дія). Так сталося у справі «*Volokhy v. Ukraine*», в якій Суд проаналізував відповідні положення національного законодавства і дійшов висновку, що вони не відповідають вимогам якості закону. Тим часом дотримання цих вимог було б однією з умов забезпечення верховенства права і, зокрема, дотримання права людини на повагу до приватного життя. Крім того, «загально-правовий критерій визначеності, зрозумілості, недвозначності правової норми витікає з принципу рівності усіх перед законом і судом, оскільки така рівність може бути забезпечена лише за умови єдиного розуміння й тлумачення всіма правозастосовцями».

Застосування другого і третього критеріїв можна проілюструвати на прикладі такої справи. У справі *Malone*, 2 August 1984, §68 британський підданий подав скаргу щодо застосування до нього незаконного телефонного прослуховування усупереч статтям 8 і 13 Конвенції. Суд, розглядаючи цю справу, не заборонив використовувати телефонне прослуховування, проте вказав на необхідність здійснювати його у суворій відповідності із законодавчими вимогами. Згідно з позицією суду, «надання необмеженої влади виконавчим органам буде суперечити принципу верховенства права. Тому право має визначати сферу, в якій органи влади наділені компетенцією вирішувати питання на свій розсуд, а також спосіб, в який вони мають діяти, достатньо чітко, визначати легітимну мету застосування таких повноважень, надавати особі адекватний захист від свавільного втручання з боку владних суб'єктів». Суд вказав, що національне право з цього питання є дещо неясним і таким, що допускає неоднозначне тлумачення, що призводить до відсутності мінімального рівня правового захисту, як того вимагає принцип верховенства права. Право повинно володіти якістю визначеності з метою попередження будь-якого свавільного втручання. У зв'язку з цим принципом слід звернути також увагу на

справу Metropolitan Church of Bessarabia and others v/ Moldova від 13 грудня 2001 року, в якій Суд підкреслив, що висловлювання «приписаний законом» означає, між іншим, що право має бути доступним і передбачуваним у своїй дії, його правила мають бути сформульовані достатньо чітко, щоб забезпечити можливість індивіду співвіднести з ним свою поведінку.

Проблема незабезпечення верховенства права за двома іншими критеріями може виявитись й на рівні правозастосування. Наприклад, у справі «Hunt v. Ukraine» Суд встановив, що позбавлення батьківських прав було здійснено відповідно до національного матеріального закону, який відповідав усім вимогам якості. Однак право на повагу до приватного життя не було дотримане, оскільки національний суд здійснив у це право таке втручання, яке не було необхідним у демократичному суспільстві. Як наслідок, незабезпечення верховенства права відбулося саме на рівні правозастосування, хоча і в умовах функціонування правового закону. У зв'язку з цим слід виділити ще один напрям впливу принципів права на процес правозастосування у межах інструментальної функції принципів права – виконання ними ролі критерію для оцінки самого процесу правозастосування.

3. Оцінка процесу правозастосування (дій правозастосовця) (забезпечення належності правосуддя). Принципи права висувають вимоги до організації процесу правозастосування, оскільки через виконання процедурних правил забезпечується мінімальна гарантія вирішення справи по суті у відповідності з вимогами матеріального характеру. Крім того, принципи права мають обмежити свободу правозастосовних органів у прийнятті рішень.

За даними Парламентської Асамблеї, більш ніж половина справ, розглянутих Європейським судом з прав людини, стосується принципу забезпечення гарантування судового захисту, який отримав детальне розкриття в практиці Європейського суду. У кримінальних справах він реалізується через систему таких вимог:

– кримінальний процес представляє собою одне ціле, і захист за статтею 6 не припиняється з прийняттям рішення в першій інстанції. Держава має слідувати за тим, щоб сторони користувалися, й у вищих судових інстанціях також, основоположними гарантіями, передбаченими цією нормою;

– при розгляді справи в першій інстанції поняття справедливого судового розгляду означає, за загальним правилом, можливість для обвинуваченого бути присутнім на судових засіданнях;

– принцип рівності сторін є елементом більш широкого поняття справедливого судового розгляду, яке включає також фундаментальний принцип змагальності кримінального процесу. Право на змагальний кримінальний процес передбачає, як для обвинувачення, так і для захисту, можливість ознайомитися з зауваженнями й доказами, представленими іншою стороною, й відповісти на них. Національне законодавство може виконувати цю вимогу по-різному, але передбачений ним спосіб має гарантувати, що протилежна сторона буде знати про надання зауважень і буде мати можливість їх коментувати (Belziuk, 37) [11, с. 388].

Прослідкувати дію принципів права, що виявляється в оцінці процесу правозастосування, можна й в судовій практиці України. Так, зокрема, у постанові Київського апеляційного господарського суду від 10.07.2008 р. № 20/442 суд виходив з того, що закон встановлює рівні можливості сторін і гарантує їм право на захист своїх інтересів. Принцип рівності учасників судового процесу перед законом і судом є важливим засобом захисту їх прав і законних інтересів, що унеможливує ущемлення будь-чиїх процесуальних прав. Це дає змогу сторонам вчиняти передбачені законодавством процесуальні дії, реалізовувати надані їм законом права і виконувати покладені на них обов'язки. Особи, які беруть участь у справі, вправі вільно розпоряджатися своїми матеріальними і процесуальними правами, в тому числі подавати докази на підтвердження обставин, на які вони посилаються.

В цілому, аналіз судової практики дозволяє зробити висновок, що система вимог до правового регулювання, зокрема до позитивного права, процесів правозакріплення, правотлумачення, правозастосування, складають зміст принципу верховенства права. Кожна з цих вимог має відповідати принципам справедливості, рівності, свободи і гуманізму – принципам, що займають вищу сходинку в ієрархії принципів.

#### Список використаних джерел:

1. Козюбра Н.И. Социалистическое право и общественное сознание / Н.И. Козюбра. – К.: Наук. думка, 1979. – 208 с.
2. Ткаченко В.Д. Функціональне призначення законності / В.Д. Ткаченко // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1996. – № 6. – С. 24-30.
3. Цвік М.В. Методологічне значення принципів права / М.В. Цвік // Проблеми методології сучасного правознавства. Матеріали конференції. 9-10 жовтня 1996 р. – Київ. – С. 34.

4. Кони А.Ф. Избранное / А.Ф. Кони; сост., вступ.ст. и примеч. Г.М. Миронова и Л.Г. Миронова. – М.: Сов.Россия, 1989. – 496 с.
5. Чередниченко Е.Е. Принципы уголовного законодательства: понятие, система, проблемы законодательной регламентации / Е.Е. Чередниченко. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 192 с.
6. Шевчук С.В. Судовий прецедент у праві ЄС / С.В. Шевчук // Бюл. М-ва юст. України. – 2007. – № 6. – С. 78-85.
7. Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія / С.П. Погребняк. – Х.: Право, 2008. – 240 с.
8. Харт Г.Л.А. Понятие права. / Г.Л.А. Харт ; [пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева]. – СПб.: Изд-во С.-Петерб.ун-та, 2007. – 302 с.
9. Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права ; [пер. з англ. Р. Семківа]. – К.: Вид.дім «Києво-Могилянська академія», 2008. – 385 с.
10. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффе-Спинози ; [пер. с фр. В.А. Туманова]. – М.: Междунар. отношения, 1999. – 400 с.
11. Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. / М. Де Сальвиа. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 1072 с.
12. Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак ; [пер. с англ.]. – М.: «Норма», 1999. – 376 с.
13. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – 5-е изд. – М.: Статут, 2009. – 351 с.
14. Явич Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений / Л.С. Явич. – М.: Юрид. лит., 1961. – 172 с.
15. Васильковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е.В. Васильковский. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – 508 с.
16. Муромцев С.А. Суд и закон в гражданском праве / С.А. Муромцев // Юрид. вест. – 1880. – № 11. – С. 386.
17. Кнапп В. Логика в правовом сознании / В. Кнапп, А. Герлох. – М.: Прогресс, 1987. – 312 с.
18. Шапп Ян. Система германского гражданского права: учебник / Ян Шапп ; [пер. с нем. С.В. Королева]. – М.: Международные отношения, 2006. – 360 с.
19. Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты / А.Н. Верещагин. – М.: Международн.отношения, 2004. – 344 с.

20. Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации / В.О. Лучин. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2002. – 687 с.
21. Методологія тлумачення нормативно-правових актів України / Відп. ред. В.Г. Ротань. – К.:Юрид. книга; Севастополь; Ін-т юрид. дослід., 2008– 848 с.
22. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Могография / С.И. Максимов. – Х.: Право, 2002. – 328 с.
23. Ципеліус Р. Філософія права: Підручник / Р. Ципеліус ; [пер. з нім. Є.М. Перепічя, Л.А. Сотниченко, С.В. Пролєєва]. – К.: Тандем, 2000. – 300 с.
24. Конституція України: Науково-практичний коментар / В.Б. Авер'янов, О.В. Батанов, Ю.В. Баулін [та ін.]; редкол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевий та ін. – Х.: Право; К.: Ін Юре, 2003. – 808 с.
25. Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв / М. Козюбра // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2-3. – С. 91-102.
26. Тихий В. Правотлумачення Конституційним Судом України та правова природа його рішень / В. Тихий // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 1. – С. 62-71.

## **РОЛЬ ПРИНЦИПОВ ПРАВА В ПРАВОПРИМЕНЕНИИ**

***Е. Уварова***

*Национальный университет*

*«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»,  
г. Харьков, ул. Пушкинская, 79, e-mail: olena\_uvarova@mail.ru*

В статье раскрыты основные направления влияния принципов права на регулирование общественных отношений на стадии правоприменения. Предложена классификация принципов права, в основу которой положен именно функциональный критерий. Приведен детальный анализ тех форм, в которых принципы права оказывают влияние на правоприменительный процесс.

*Ключевые слова:* принципы права, правовые нормы, правоприменение, правовое регулирование, правовая система, правило поведения.

## THE LEGAL PRINCIPLES' ROLE IN THE APPLICATION OF LAW

*O. Uvarova*

*National University «Yaroslav the Wise Law Academy of Ukraine»,  
Kharkiv, Pushkinska Str., 79, e-mail: olena\_uvarova@mail.ru*

The article reveals the basic directions of the influence of legal principles upon the regulation of social relations on the stage of application of law. The author proposes a new approach to the classification of legal principles on the criteria of their impact on the development and functioning of law. The detailed analysis is given to the forms of legal principles' influence upon the process of application of law.

*Keywords:* legal principle, legal norm, law applying, legal regulation, legal system, rule of law.

## АНТРОПОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ РОЗВИТКУ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

*Л. Удовика*

*Запорізький національний університет,  
м. Запоріжжя, вул. Жуковського, 66, e-mail: lora\_znu@mail.ru*

Глобальна фінансово-економічна криза та революції у низці африканських країн на тлі посилення загроз і нестабільності у світі, спричинених природними катаклізмами та зміною клімату, використання сили і погроза силою, що повертаються у практику міжнародних відносин, стали черговим викликом світовій цивілізації, обумовили невідомість перспектив міжнародної та національних правових систем, сприяють усвідомленню необхідності системних змін їх розвитку, прискорюють пошук шляхів модернізації.

У підвищенні рівня організації соціуму в умовах глобалізації, ступеня його керованості, в усуненні асиметричних загроз – посилення небезпечної тенденції перегляду національних кордонів поза нормами міжнародного права, поширення зброї масового знищення, міжнародного тероризму, транскордонної організованої злочинності, нелегальної міграції, піратства, ескалації міждержавних і міжнародних конфліктів, наркобізнесу, незаконної торгівлі зброєю та ядерними матеріалами, торгівлі людьми, кіберзагроз, загалом – у вирішенні проблем і протиріч, що загрожують існуванню цивілізації, істотно зростає роль права.

Тенденція зростання ролі й значення права в житті суспільства й усього людства в умовах глобалізації, у забезпеченні його стабільності й функціонування корелюється із тенденцією зростання ролі й значення людини як у суспільстві, так і в праві. При цьому змінюється буття самої людини, модифікуються її права й свободи, зростають і розширюються потреби та інтереси, значна їх частина, зокрема потреба в безпеці, самоідентифікації, самореалізації й визнанні, набуває глобального характеру, проникає у сферу правових відносин, знаходить прояв у нормах і правилах поведінки, закріплених у нормативно-правових актах, вносить зміни у структуру й особливості функціонування правової системи.

Істотною є й та обставина, що ідентифікація України як сучасної європейської країни, її інтеграція у світовий правовий простір можливі за умови наявності обґрунтованої стратегії соціально-правового

розвитку в умовах глобалізації, яка поряд із рецепцією універсальних цінностей – відстоює та захищає національні інтереси, сприяє збереженню і розвитку національної своєрідності, що спонукає до пошуків адекватних форм осмислення процесів плюралізації та глобалізації у праві, переорієнтації методології правознавства на антропологічних засадах.

Зазначене вище обумовлює нагальну необхідність досліджень трансформацій правової системи, визначення напрямів і наслідків впливу глобалізації на правову систему, її підсистеми й елементи крізь призму людини, її потреби та інтереси, з метою забезпечення від негативних, руйнівних наслідків глобалізаційних процесів правовими засобами.

Отже, актуальність філософсько-антропологічної концептуалізації трансформацій правової системи в умовах глобалізації зумовлена як сучасними реаліями правової системи, її модернізацією та інтеграцією до європейського й світового правового простору, так і проблемами філософсько-правового осмислення та обґрунтування подальшого правового розвитку України, удосконалення її методології, зокрема на засадах антропологічної парадигми.

Метою пропонованої статті є визначення антропологічних засад розвитку національної правової системи в умовах глобалізації.

Методологічне підґрунтя у розв'язанні окресленої проблеми складають наукові доробки вітчизняних і західних фахівців у галузі права, таких, як: В. Бабкін, В. Денисов, А. Дмитрієв, В. Журавський, В. Забігайло, А. Заєць, О. Зайчук, Р. Калюжний М. Козюбра, А. Колодій, В. Копейчиков, О. Копиленко, В. Костицький, М. Костицький, О. Кресін, І. Кресіна, К. Лемак, Л. Луць, С. Максимов, П. Мартиненко, О. Мурашин, О. Лисенко, Ю. Оборотов, Н. Оніщенко, В. Опришко, М. Панов, О. Петришин, В. Погорілко, П. Рабінович, М. Савчин, В. Селіванов, В. Сіренко, О. Скакун, О. Скрипнюк, В. Тацій, О. Тихомиров, О. Тодика, М. Цвік, В. Шаповал, Ю. Шемшученко та ін.

В умовах глобалізації перед національною правовою системою постало важливе завдання – забезпечити такі можливості розвитку людини правовими засобами, які були б адекватними сучасним реаліям, дієвими й досяжними. Нажаль, дані Доповіді про особливості розвитку людини 1970-2010 ІРЛП [1] та Доповіді про розвиток людини свідчать, що Україна посідає 67 місце серед 167 держав, а середня тривалість життя становить лише 68,6 років [2]. Представлені показники свідчать про необхідність докладати значних зусиль для стабілізації розвитку, утвердження демократії й громадянського суспільства, розвитку люд-

ського потенціалу, національного й культурного розмаїття, правової системи та механізмів саморегуляції громадянського суспільства.

Першочерговим в оптимізації функціонування й розвитку правової системи є досягнення політичної та економічної стабільності у суспільстві. Стабільність у суспільстві стає можливою в тому випадку, коли економічні зміни приводять до важливих змін у стратифікаційній системі суспільства, внаслідок зменшення поляризації суспільства, до формування середнього класу, що є соціальною основою демократії. Економічне зростання сприяє не лише розвитку торгівлі, інвестицій, комунікацій, інформаційних технологій, туризму, а й посилює цінності демократії, лібералізму, правової держави. Якщо процес економічних змін є успішним для громадянського суспільства, то настає фаза демократизації, у яку А. Пшеворський включає процес „вивільнення із-під авторитарного режиму” [3].

Економічна й політична стабільність у державі є підґрунтям подальшого поступального розвитку суспільства загалом, правової системи, зокрема. Істотним є той факт, що саме національна правова система має забезпечити дієвість правових засобів і форм досягнення економічної й політичної стабільності в українському суспільстві. Разом із тим, досягнення стабільності в українському соціумі виступає лише першим кроком у напрямку оптимізації правової системи в умовах глобалізації, умовою реалізації сталого розвитку, тобто розвитку, який забезпечує потреби нинішнього покоління, водночас, не позбавляє майбутні покоління можливості задовольняти власні життєво необхідні потреби. Наступним кроком має стати модернізація правової системи й правове забезпечення переходу до концепції стійкого розвитку суспільства.

В умовах глобалізації, непрогнозованості, некерованості, стихійності багатьох процесів вкрай актуальним є нове бачення стійкості загалом, і правової системи, зокрема – розгляд її не тільки з позиції самозбереження й стабільності, але і як динамічного процесу, що включає в себе інтернаціональні зв'язки й відносини. Це пояснюється формуванням в умовах глобалізації нових рис і властивостей національної правової системи, наповненням права новим гуманістичним потенціалом, поглибленням взаємодії правових систем.

У цьому сенсі істотне значення має підписана в 2000 році під час проведення Світового Саміту Тисячоліття лідерами 189 країн Декларація Тисячоліття Організації Об'єднаних Націй, яка задекларувала вісім Цілей у галузі розвитку, які згодом стали відомі як Цілі розвитку тися-



чоліття (ЦРТ) [4]. Глобальні цілі розвитку тисячоліття були прийняті й в українському контексті, урахувуючи особливості розвитку нашої країни [5]. Саме вони утворюють фундаментальне підґрунтя оптимізації правової системи, формування правової політики України в глобальному просторі, а сам факт підписання Україною Декларації тисячоліття ООН є не тільки визнанням проблем людського розвитку, які постають у країні, але й ознакою прийняття державою відповідальності за стан і перспективи людського розвитку, у першу чергу, забезпечення безпечного середовища для життя людини.

Як відомо, термін „стійкий розвиток” уведений в обіг Міжнародною комісією з навколишнього середовища і розвитку (комісія Брундтланд) в доповіді „Наше загальне майбутнє” (1987; 1989 р.) [6] для визначення соціального розвитку, який не підриває природні умови існування людського роду. Термін „стійкий розвиток” виник як реакція на глобальну кризу індустріалізму, пов’язану із загрозливим виснаженням природних ресурсів, різким погіршенням стану навколишнього середовища, поляризацією багатства та бідності у світі. Згідно визначенням Комісії, це такий розвиток, який задовольняє потреби сьогодення, проте не ставить під загрозу те, що майбутні покоління зможуть задовольнити свої потреби. Концепція стійкого розвитку виявилася результатом дискусії нової формули глобальної політики розвитку з урахуванням нових принципів і потреб. Вона заснована на передбаченні, що стійкий розвиток як глобальна спроба може бути допустимою й для розвинених країн, і для індустріальних націй.

В узагальненому вигляді сутність концепції полягає в обов’язковій узгодженості економічного, екологічного та людського розвитку, таким чином, щоб від покоління до покоління не зменшувалися якість і безпека життя людей, не погіршувався стан довкілля, і відбувався соціальний прогрес, який визнає потреби кожної людини. Зазначену концепцію можна вважати продовженням концепції ноосфери, сформульованої академіком В. Вернадським ще в першій половині ХХ століття. Прихильники концепції стійкого розвитку наголошують, що мова може йти не про негайне припинення економічного зростання взагалі, а про припинення, на першому етапі, нераціонального збільшення використання ресурсів навколишнього середовища, яке важко здійснити у світі зростаючої конкуренції, росту таких нинішніх показників успішної економічної діяльності як продуктивність і прибуток.

Концепція стійкого розвитку включає три складові: економічну, соціальну й екологічну. І хоча правова складова не виділяється в якості

самостійної, вона іманентно властива всім цим складовим, забезпечує їх єдність та взаємоузгодженість. Економічна складова ґрунтується на оптимальному використанні обмежених ресурсів і використанні тих екологічних — природо-, енерго-, і технологій, які є енергозберіжними. Соціальна складова стабільності розвитку орієнтована на людину й спрямована на збереження стабільності соціальних і культурних систем, у тому числі на скорочення числа руйнівних конфліктів між людьми. Важливим аспектом цього підходу є також справедливий поділ благ і не лише в межах одного покоління, а й між поколіннями.

Для нас вкрай важливим є визнання в рамках концепції стійкого розвитку того, що людина є не об’єктом, а суб’єктом розвитку. Спираючись на розширення варіантів вибору людини як головної цінності, концепція стійкого розвитку передбачає, що людина має брати участь у процесах, які формують сферу її життєдіяльності, сприяти прийняттю й реалізації рішень, контролювати їхнє виконання. І в цьому сенсі переоцінити значення правової системи, норм і цінностей, гарантій, і механізмів, що вможливають діяльність людини в напрямі стійкого розвитку, важко переоцінити.

Важливою проблемою на шляху оптимізації правової системи, яка б адекватно забезпечувала втілення концепції сталого розвитку є формування системи вимірів (індексів та індикаторів) для кількісного та якісного оцінювання цього складного процесу. У цьому сенсі на увагу заслуговує система вимірів сталого розвитку, запропонована Інститутом прикладного системного аналізу НАН України та МОН України. Рівень сталого розвитку оцінюється з допомогою відповідного індексу І<sub>сп</sub>, що вираховується як сума індексів для трьох вимірів: економічного (І<sub>екв</sub>), екологічного (І<sub>ев</sub>) та соціального (І<sub>св</sub>) з відповідними ваговими коефіцієнтами. У свою чергу, кожен з індексів І<sub>екв</sub>, І<sub>ев</sub> та І<sub>св</sub> обчислюється з використанням відомих у міжнародній практиці індексів та індикаторів.

Аналіз свідчить, що досягнення країн пояснюється оптимальним поєднанням таких важливих факторів розвитку економіки, як рівень та якість інновацій, пріоритетна підтримка досліджень, значні іноземні інвестиції, з досконалим законодавством країн у сфері оподаткування бізнесу та високих технологій, ефективним захистом приватної власності, особливо інтелектуальної, низьким рівнем корупції, орієнтацією політики країн на створення економік за моделлю «добробуту для всіх» замість моделі «байдужості до стихійного ринку». Найяскравіше цю стратегію розвитку демонструють Фінляндія, Данія, Ісландія, Шве-

ція. Група постсоціалістичних країн, які на початку своєї незалежності мали приблизно однакові стартові умови, станом на 2005 рік виявилися досить «розкиданими» в рейтинговій таблиці за індексом економічного виміру.

Викликає занепокоєння навіть не та обставина, що Україна практично за всіма визначальними індексами, індикаторами та показниками сталого розвитку суттєво поступається не лише світовим лідерам і країнам «великої вісімки», а й багатьом постсоціалістичним країнам. Спроби реформування економіки, науки, освіти, соціальної сфери не дають бажаних результатів, зважаючи на відсутність усталеної, виваженої стратегії власного розвитку із чіткими пріоритетами й цінностями. Саме тому стратегія розвитку України в умовах глобалізації, виважена правова політика мають ґрунтуватися на тезі, що гармонійний сталий розвиток суспільства, у якому Людина, її добробут, навколишнє середовище, природні ресурси та людський капітал, втілений у досягненнях науки, освіти, проривних наукоємних технологіях є неподільними, рівновеликими категоріями, що взаємно доповнюють і збагачують одна одну, а правова система вможливує, гарантує досягнення стійкого розвитку в суперечливих умовах глобалізації.

Спробою вирішення проблем, які сконцентрувалися у сучасному українському соціумі стало проголошення модернізації України у якості стратегічного вибору, а в економічній сфері – пріоритетність людського розвитку та гуманізація економіки [7, с. 92-93]. Стратегічною метою соціальної політики України проголошено послідовне підвищення рівня життя населення на основі самореалізації кожного громадянина, зниження соціальної нерівності, відтворення економічної та соціальної ролі країни у світовому співтоваристві. Реформування соціальної політики відіграє принципово важливу роль у стратегії реформ, оскільки забезпечує перехід від пасивної патерналістської моделі побудови соціальних відносин до активної моделі суспільства, яке створює умови для власного життя і розвитку за рахунок ефективної праці. Основою соціальної політики має бути пошук балансу між особистою відповідальністю громадян за власні життя, здоров'я, соціально-економічне становище та саморозвиток і відповідальністю держави за рівень життя її громадян, надання їм можливостей для самореалізації.

При цьому на правову систему покладається важливе завдання – забезпечити стійкий людський розвиток і цілісність особистості. Людський розвиток – це такий розвиток, у якому людина виступає суб'єктом власного розвитку, а цінності свободи, рівності, справедливості, вияву

творчої індивідуальності, необхідні для людського розвитку є атрибутивними у правовій системі. Людина має володіти не лише формально задекларованими правами і свободами, а дієвим механізмом їх реалізації, адекватними засобами й способами їх захисту. Лише вирішуючи суперечності між необхідністю підкорятися обставинам існуючого буття та бажанням створити принципово нове буття згідно із власним розумінням і бажанням людина діяльно стверджує себе. Принципи й норми правової системи у своїй сукупності мають відображати три взаємопов'язаних аспекти становлення цілісності особистості, а саме: процесуально-діяльнісний; особистісний; оціночний, які у своїй сукупності зорієнтовані на розвиток особистості, її самосвідомості, утвердження індивідуальності в її нетотожності й незалежності.

В умовах глобалізації вкрай важливим є правове забезпечення зростаючої кристалізації індивідуальності в людині, тобто широти поглядів, толерантності, релігійного різноманіття, прояву діалогічності, пошуків компромісів із погляду власне людського самоздійснення життя, самовідтворення.

У формуванні цілісності особистості, у її самореалізації роль права виявляється по-різному як на рівні свідомості, так і на рівні діяльності, поведінки, а саме: у впливі на свідомість і формуванні певного рівня світогляду особистості; у закріпленні правового статусу особи й визначенні меж соціально-правової активності, у тому числі шляхом надання широких прав і свобод; у встановленні адекватного сучасним реаліям механізму захисту інтересів людини, за принципом «дозволено все, що прямо не заборонено законом», а також засобів і методів, за допомогою яких досягається задоволення особою своїх прав і свобод; «у вирішенні різного роду конфліктів і суперечок; у наданні особі можливості впливати на державні органи; у підтримці рівноваги між інтересами особи й інтересами суспільства; у встановленні процедур вияву особистих ініціатив» [8, с.109].

У процесі формування цілісної особистості, її самореалізації роль і значення права є основоположними. Як зауважує О. Орлова, призначення й цілепокладання права в громадянському суспільстві визначається низкою системоутворюючих функцій, які впливають з основного завдання права – підтримки впорядкованості відносин між державою й суспільством, між суспільством і особистістю. Це передбачає урегульованість і стабільність суспільних відносин у межах громадянського суспільства, їх перетворення і розвиток у дусі забезпечення самореалізації особистості. Серед цих функцій необхідно виділити:

пізнавально-виховну, сутність якої полягає в тому, що право готує кожне нове покоління до сприйняття правових цінностей, використовує весь накопичений людський досвід і досягнення; регулятивно-стабілізаційну, яка пом'якшує протиріччя, соціальні конфлікти та інші соціальні напруги в суспільстві; інтегративно-комунікаційну функцію, яка поєднує людей, розділених за соціально-політичною, ідеологічною, національною й релігійною ознаками й спрямовану на забезпечення, з одного боку, рівності можливостей за відсутності фактичної рівності, а з іншого – соціалізацію особистості шляхом інформування індивідів про соціальні цінності, які держава взяла під охорону та ін.; контрольно-імперативну, спрямовану на підтримку доцільної й належної поведінки індивідів та функціонування інститутів громадянського суспільства шляхом здійснення зовнішнього (стимулювання, обмеження, примусу) і внутрішнього контролю (рольові відчуття, адаптація, соціалізація) [8, с.109-110]. Розвиток особистості та удосконалення людських якостей принесе із собою радикальний переворот у сприйнятті людиною самої себе, сприятиме зростанню її відповідальності.

Таким чином, дієва стратегія входження держави до глобалізаційних процесів передбачає, що її правова система створює ефективні правові механізми, що забезпечують адекватну реакцію на виклики глобалізації, унеможливають або мінімізують негативні наслідки впливу глобалізації на людину і суспільство. Оптимізація функціонування і розвитку правової системи, її модернізація в умовах глобалізації неможливі без усвідомлення тези, що антигуманний варіант реалізації глобальних перетворень деформує правову систему, негативно позначається на бутті людини, руйнує її самобутність і унікальність, порушує механізми захисту її прав і свобод, а в кінцевому підсумку становить загрозу існування соціуму. Модернізація правової системи в умовах глобалізації на антропологічних засадах потребує системних заходів і дієвого механізму, який би охоплював усі підсистеми правової системи, її основні елементи, вирішував внутрішні суперечності, і мав стратегічний вектор – стійкий розвиток, який би забезпечував розвиток цілісності людини, удосконалення механізмів захисту її прав і свобод, мінімізацію негативних наслідків процесу глобалізації.

## Список використаних джерел:

1. Див.: Доклад о развитии человека особенности [Текст] : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : 1970–2010 ИРЧП анализ тенденций.
1. Див.: Основные характеристики страны показателей развития человеческого потенциала (Украина) [Текст] : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://hdrstats.undp.org/en/countries/profiles/UKR.html>
2. Пшеворский А. Демократия и рынок. Политические и экономические реформы в Восточной Европе и Латинской Америке [Текст] / А. Пшеворский ; под ред. проф. Бажанова В.А. ; [пер с англ]. – М. : «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2006. – 320 с.
3. Декларация тысячелетия Организации Объединенных Наций, утверждена резолюцией 55/2 Генеральной Ассамблеи ООН от 8 сентября 2000 года // [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_621&zahyst=4 / UMfPEGznht5I.ZifRTRTvH14qUs80msh8Ie6](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_621&zahyst=4 / UMfPEGznht5I.ZifRTRTvH14qUs80msh8Ie6)
4. Див.: Украина в 2015 : Цели Развития Тысячелетия адаптированы для Украины [Текст] : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.undp.org.ua/en/millennium-development-goals/mdgs-in-ukraine>
5. Наше общее будущее [Текст] : докл. Междунар. комис. по окружающей среде и развитию (МКОСР) ; пер. с англ. / под ред. С.А. Евтеева, Р.А. Перелета ; [Предисл. Г. Харлем Брундтланд]. – М. : Прогресс, 1989. – 372 с.
6. Модернізація України – наш стратегічний вибір : Щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України. – К., 2011. – 146 с.
7. Орлова О.В. О роли права в самореализации личности в гражданском обществе [Текст] / О.В. Орлова // Государство и право. – 2008. – №6. – С.106 – 109.

## АНТРОПОЛОГИЧЕСКИЕ ПРИНЦИПЫ РАЗВИТИЯ НАЦИОНАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ

*Л. Удовика*

*Запорожский национальный университет,  
г. Запорожье, ул. Жуковского, 66, e-mail: lora\_znu@mail.ru*

В статье обосновывается тезис, что оптимизация и модернизация правовой системы в условиях глобализации возможны на антропологических началах, принципе развития целостности человека в контексте устойчивого развития общества.

*Ключевые слова:* антропологические основы, глобализация, человек, правовая система, устойчивое развитие, целостность человека.

## ANTHROPOLOGICAL PRINCIPLES OF DEVELOPMENT OF THE NATIONAL LEGAL SYSTEM UNDER CONDITIONS OF GLOBALIZATION

*L. Udovyka*

*Zaporizhzhya National University,  
Zaporizhzhya, Zhukovskiy Str., 66, e-mail: lora\_znu@mail.ru*

The article alleges that modernization and optimization of the legal system under conditions of globalization are possible on anthropological grounds, on the principle of the integrity of human's development in the context of stable development of the society.

*Keywords:* anthropological grounds, globalization, human, legal system, stable development, integrity of a human.

## ПРАВО ПО ТУ СТОРОНУ АНТРОПОЛОГИИ

*С. Шевцов*

*Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,  
г. Одесса, ул. Дворянская, 2, e-mail: sergiishevtsov@gmail.com*

Я начну с нескольких методологических замечаний. Высказанные в данной статье соображения – не более чем гипотезы и не претендуют на окончательную истинность. Как известно, аналогии не могут служить научным обоснованием, но, вместе с тем, они являются одним из сильнейших аргументов движения мысли. У меня нет намерения ограничивать традиционно сложившуюся сферу разумного и тем более опровергать традиционные учения о праве. Я вижу своей задачей постановку вопроса о механизмах правовой деятельности.

Традиция относит право к сфере разумного, рационального – начиная с Гуго Гроция, через Гоббса, Локка, Канта и вплоть до Герберта Харта, Ганса Кельзена и других выдающихся юристов, теоретиков и философов права право понималось именно так. Если речь шла о «теории общественного договора» в рамках естественно-правового подхода, то рождение государства и права (объективного права, законов) противопоставлялось «естественному состоянию», и переход от одной стадии к другой (как бы ни оценивалась каждая из них – положительно или отрицательно) оказывался возможным только на основе осознанного выбора. Историческая школа также рассматривала процесс становления права как процесс самосознания и реализации духа прежде всего как разумного. В позитивном подходе к праву компонент рационального выражен, наверное, еще более сильно. Позитивный подход к праву никогда не сводился к простому и примитивному подчинению и диктату собственной воли, так как подобная установка никак не могла быть соотнесена с грандиозной и величественной конструкцией правовой системы – так обстоит дело уже у Джона Остина (1790 – 1859), а его последователи только усилили позиции разума в праве. Более того, большинство юристов-теоретиков в самые разные века были склонны рассматривать, например, римское право как «писанный разум (ratio scripta)» [1, с. 225], то есть порядок системы права (главным образом в качестве такого образца выступали «Дигесты») в ряде случаев мог служить критерием норм разума. По этому же правовому критерию до начала XX века (а во многих случаях и до сих пор) традиционно определялась степень «разумности», культурности народов. В этом смысле

удивительно актуальным остается формула Гомера относительно диких циклопов: они беззаконники *athémistes* (αθέμιστες), у них нет права –

Над женой и детьми безотчетно там каждый  
Властвует, зная себя одного, о других не заботясь  
(Од. 9, 106 – 115),

что отмечает Бенвенист, раскрывая значение древнегреческого *thémis* (θέμις) [2, с. 302].

Но при более внимательном рассмотрении ситуация с правом и конституирующем его разумом оказывается намного сложнее. Развитие в XX веке этологии – науки о поведении животных – представило совершенно в ином свете не только сам мир наших «братьев меньших», но во многом и наш собственный, мир человеческих отношений.

Прежде всего выделим несколько факторов, которые должны нас заинтересовать с точки зрения права: наличие социального порядка (частным, хотя и наиболее распространенным случаем которого является социальная иерархия), борьба за территорию, нормы и принципы полового отбора. Ни в коей мере ни один из этих факторов сам по себе не являлся новостью – рассмотрение мира животных наряду с миром людей с точки зрения норм можно без труда найти у античных авторов – но пристальное изучение поведения животных в естественных условиях во многом изменило традиционные представления о его механизмах.

Любопытно отметить, что большинство авторов, изучающих поведение того или иного отдельного вида – Оскар Хейнрот (птицы) [3], Конрад Лоренц (серые гуси, галки и др.) [4; 5], Николас Тинберген (серебристые чайки, насекомые) [6], Джордж Б. Шаллер (гориллы) [7], Джейн Лавик-Гудолл (шимпанзе, гиены, шакалы) [8; 9], Джой Адмсон (гепарды) [10; 11], Питер Кроуфорд (домашние мыши) [12], Ян Линдбланд (птицы, барсуки, росомахи и др.) [13] – то и дело сравнивают поведение изучаемых животных с людьми, сами при этом одергивая себя, но снова возвращаясь к данному сопоставлению. И дело тут не только в особенностях языка и мышления или в нормах, так сказать, «понимающей социологии». По мнению этих авторов, причина и даже необходимость подобных сравнений заключается в общности у людей и животных целого ряда механизмов поведения (далеко выходящего за рамки традиционного понимания инстинктов, проблемы – которую пришлось коренным образом пересмотреть в связи с развитием как раз

этологии). Эти же авторы тщательно дозируют и обосновывают подобные сравнения, когда пишут работы общетеоретического плана (это касается прежде всего К. Лоренца и Н. Тинбергена [14; 15]).

Данная тема представляется очень серьезной и чрезвычайно обширной, поэтому в пределах данного сообщения я ограничусь не только рядом факторов (которые перечислены выше), но и всего лишь рядом примеров, заимствованных из работ биологов.

Фактор первый: социальная организация. Пример из Конрада Лоренца – колония галок (ее описанию посвящена одиннадцатая глава «Постоянные квартиранты» его книги «Кольцо царя Соломона» [4, с. 140 – 189]). Согласно его описанию все галки в колонии знали друг друга персонально, среди них существовала четкая субординация (известная под названием «порядок клевания»), субординация эта определяется в результате ряда стычек (не обязательно драк), в отличие от других колоний птиц особи проявляют раздражительность только к тем особям, которые стоят на ступень ниже, к остальным же снисходительны. Супруги у галок занимают равное место в иерархии, поэтому для самок возможен быстрый подъем по иерархической лестнице за счет образования пары с высоко стоящим самцом. Супруги всегда преданно и смело поддерживают друг друга.

Р. Шовен приводит разные типы иерархии у птиц, а также ряд интересных наблюдений, согласно которым место в иерархии определяется не только физической силой особи, но целым рядом других факторов, среди которых большее время пребывания на данной территории, история побед в прошлых столкновениях, востребованность со стороны особей другого пола [16, с. 77 – 86]. Опыты Уордера Клайда Олли с курами показали, что у изолированных особей и особей со стабильной иерархией наблюдается прирост в весе и общая бодрость, в то время как в группах с нестабильной иерархией отмечалась потеря веса и уныние [16, с. 85].

Очень интересны наблюдения над иерархией сообщества мышей описал П. Кроукрофт. Он подробно исследовал как зарождается общественный порядок в колонии мышей и пришел к выводу, что на первом месте стоит степень освоения территории – мышь на своей территории может победить даже более крупного и сильного соперника. При помещении мышей в загон одерживала победу та мышь, которая попадала в загон раньше. При одновременном заселении несколькими особями, территория оказывалась разделенной, но не поровну, и часть мышей оставались без территории и жили совместно, оставаясь слабейшими и самыми загнанными членами колонии. При этом каждая из особей

постоянно делали вылазки на чужую территорию, проверяя наличие хозяина. У самок иерархия строилась по несколько иному принципу, но тоже была связана с территорией. [12, с. 63-69]. В значительной степени, по мнению автора, приемы и позы во время драк были поведением, ведущим к созданию общественных структур [12, с. 69].

Со всем сказанным хорошо перекликаются описание К. Лоренцом зависимости агрессивности европейской колюшки (рыбы) от степени ее близости к гнезду: агрессивность напрямую связана с расстоянием от гнезда, поэтому территория оказывается точно разделена между гнездами. В чужом аквариуме самая сильная особь станет сразу «маленькой и жалкой» [4, с. 40].

Таким образом, первый названный фактор оказывается тесно связан со вторым: борьбой за территорию. Для большинства живых существ территория необходима для выживания, поэтому при определенной плотности «населения» за нее неизбежно разворачивается борьба. В данном случае «территорию» не следует понимать буквально как некое пространство земли, воды или воздуха, но и не следует сводить к одной только «экологической нише». Такая борьба в биологии получила свое классическое описание уже в дарвиновской теории эволюции и по сути своей представляет конкуренцию между ближайшими родственниками. Конрад Лоренц начинает свою книгу об агрессии именно с описания борьбы за территорию между рыбами на коралловом рифе – бои происходят только между представителями одного и того же вида, каждая особь охраняет свою норку, а точнее – территорию вокруг, служащую источником пищи [14, с. 70]. Свою территорию охраняют подавляющее большинство видов не только животных и насекомых, но и растений.

Особый интерес представляют стратегии этой борьбы. Биологи выделяют две крайние стратегии: «стратегию ястреба» – сражаться до гибели и «стратегию голубя» – ограничиваться угрозами и демонстрацией силы при избегании серьезных конфликтов. Между ними лежит эволюционно-стабильная стратегия, как некий средний путь. Выбор стратегии зависит в значительной мере от стратегий, выбранных другими членами популяции, поэтому наиболее оптимальную эволюционно-стабильную стратегию никакой мутантный ген успешно внедрить не может [17, с. 101]. В определенном смысле выбор стратегии – начало персональности, его источник, в силу чего в человеческом сообществе будет неразрывно связан с правом. Осуществление права – правоприменение таким образом тоже можно рассмотреть как определенную стратегию в борьбе за статус, то есть в каком-то плане за территорию.

В качестве примера интересно указать на стратегию золотой роющей осы (*Sphex ichneumoneus*). Эти осы откладывают яйца в подземные норки, куда перед этим закладывают длиннорогих кузнечиков, служащих пищей для личинок. Исследования Джейн Брокман выявили, что некоторые осы роют норки, а некоторые используют чужие, иногда уже с заготовленными кузнечиками. В одной норке только одна оса может отложить одно яйцо. Когда осы встречаются (это может произойти не сразу), между ними происходит схватка, причем победу обычно одерживает та оса, которая заложила в данную норку больше кузнечиков. Ее словно поддерживает предыдущий труд и «осознание» этой норки как своей. При этом наилучшая стратегия (из двух возможных – выкопать самую или занять чужую) будет той, которая противоположна стратегии принятой большинством особей в окрестностях [17, с. 103-106].

Было бы ошибкой сводить как саму стратегию, так и ее выбор к инстинктивной деятельности. В современной биологии существуют соперничающие между собой подходы к пониманию инстинктов, среди которых все больший вес приобретают концепции экологов, но и для других подходов характерно смещение от прямолинейного противопоставления инстинкта научению к сложному комплексу их взаимосвязи. Лоренц и Тинберген к середине пятидесятых годов сформулировали концепцию инстинкта, принятую в классической этологии, согласно которой комплекс фиксированных действий (инстинкт) мотивирован энергией специфического действия, центры этой энергии организованы по иерархическому принципу, то есть оказываются взаимосвязаны [17, с. 324-325]. Но и у этой теории, отводящей значительную роль научению в поведении животных, чем старые концепции инстинкта, достаточно много противников, полагающих, что данная концепция все равно недостаточно учитывает влияние условий внешней среды.

Территория – не просто источник пищи и условие выживания. Территория определяет и другие ничуть не менее важные черты. Прежде всего она влияет на иерархию. Хотя иерархические отношения не следует путать с защитой территории, в ряде случаев провести разделение между ними нелегко. Мы уже видели, например, что у рыб и у мышей (и, конечно, не только у них) при установлении иерархии территориальное поведение играет очень существенную роль. Об этом же пишут многие исследователи самых различных видов [16, с. 77]. Очень интересна работа Джона Крука [18], исследовавшего почти девяносто видов ткачиков (*Ploceinae*) в западной Африке. Согласно ему, виды, живущие в лесах, ведут одиночный образ жизни, охраняют территорию, маски-

ругают гнезда, птенцов выкармливают оба родителя; виды, живущие в саванне, семеноядны, живут группами, гнездятся колониями, птенцов выкармливает только самка. Образ жизни этих птиц, по мнению исследователя, всецело определен особенностями территории и распределением пищи на ней: насекомых в лесу найти значительно труднее, чем зерна в саванне, поэтому один родитель не может выкормить птенца в лесу, в то время как в саванне справляется с этим без труда. Территория, характер распределения пищи обуславливают различия в ритуалах ухаживания, форму гнезда, социальную иерархию и многое другое.

Знакомясь с подобными исследованиями и относя их к праву, трудно не вспомнить какую роль в возникновении государства и становлении личности играет собственность, например у Локка (и у последующей традиции), или, к примеру, объяснение Монтескье о влиянии характера местности и географического положения на различия в правовых системах разных народов.

Последний фактор, о котором пойдет речь в данном сообщении – половой отбор. Он теснейшим образом связан с двумя вышеназванными (социальной иерархией и борьбой за территорию), хотя и отличен от них. «Есть поразительное сходство между воинственным танцем этих рыбок (речь идет о бойцовских рыбках (Betta) отряда Окунеобразных. – С.Ш. ) и аналогичными церемониальными танцами яванцев и других индонезийских народов. И у человека, и у рыбы мельчайшая деталь каждого движения основана на предписании древнего неизменного закона, каждый легчайший жест полон глубокого символического смысла», – пишет Лоренц [4, с. 38]. Далее он даже сравнивает эти танцы со словесными дуэлями гомеровских героев. Необходимо добавить, что конечная цель подобных битв рыб-самцов, будь то индонезийская бойцовая рыбка или европейская колюшка – овладение территорией, построение гнезда и привлечение самки. И это напоминает уже не только Троянскую войну, разгоревшуюся из-за Елены, или истребление рыцарства, описанное в «Песни о Нибелунгах», в результате спора двух женщин, но и например рыцарский роман «Смерть Артура» Томаса Мэлори [19], написанный в пятнадцатом веке и являющийся оригинальной компиляцией романов о рыцарях короля Артура. В этом романе большинство описанных рыцарских турниров были инициированы прекрасными дамами, которые обещали себя в качестве приза победителю. Стоит вспомнить и о том, что в конечном итоге королевство Артура было разделено гражданской войной также из-за любви сэра Ланселота к супруге Артура Гвиневере.

Конечно, это литература, а значит, сказка. Но тема эта не могла бы отличаться такой устойчивостью, если бы не была глубоко укоренена в реальности. В групповых сообществах схватки между самцами определяют социальную иерархию, которая также тесно связана с половым отбором. Линдبلاد описывает племя индейцев акуруи, живущих группой без вождя и не знающих огня [20, с. 19 и сл.]. Характерно, что в этом племени выбор партнера осуществляет женщина и поэтому стычки между мужчинами оказываются излишними, но своего рода иерархия существует и там, определяется она удачливостью и мастерством охотника, хотя вся добыча равным образом делится между членами племени. И все же враждебные стычки возможны и там – с другими племенами или группами, главным образом из-за территории и женщин.

Я уже указывал, что в бойцовских поединках далеко не всегда все решает сила и вес особи. Эти факторы обеспечивают успех примерно в половине случаев. Не менее важными (а иногда значительно более весомыми) оказываются знание территории (восприятие ее как своей, освоенной) и история прежних побед («боевая уверенность»)<sup>1</sup>. Но этот аспект, о котором пишут многие авторы в связи с самыми различными животными – от насекомых (роющая оса) до рыб, и от птиц до млекопитающих подразумевает не только наличие памяти, но и ее активную роль в самоидентификации. А это означает, что мы вплотную подошли по крайней мере к одной из моделей единства личности – Локковской [21].

Семью уже следует рассматривать как правовой институт, а в природе мы встречаем достаточно случаев моногамной семьи, и ряд ученых полагают в высшей степени вероятным, что люди приближались к моногамии в ответ на увеличение требований заботы о детях [17, с. 123]. Поскольку, как мы отмечали, роль обучения (а стало быть, культуры) имеет тенденцию оцениваться как все более обширная и важная в отношении животного мира, тот непреодолимый разрыв, который отделял человеческое общество (как организованное правом) от животного мира, начинает казаться все больше порождением нашей идеологии и самомнения. А это впрямую ставит под вопрос проблему разума как основания права. Вполне может быть, что мы лишь задним числом подводим рациональное обоснование своих норм поведения, механизмы которых совсем не так далеки от мира животных, как нам хотелось бы надеяться. Тогда и на человека, и на право придется посмотреть совершенно иными глазами.

<sup>1</sup> Например: [12, с. 39-40].

## Список использованных источников:

1. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Международные отношения, 1998. – 400 с.
2. Бенвенист Э. Словарь индо-европейских социальных терминов / Э. Бенвенист. – М.: Прогресс – Универс, 1995. – 456 с.
3. Хейнрот О. Из жизни птиц / О. Хейнрот. – М.: Государственное издательство иностранной литературы, 1947. – 214 с.
4. Лоренц К. Кольцо царя Соломона / К. Лоренц. – М.: Знание, 1978. – 208 с.
5. Лоренц К. Год серого гуся / К. Лоренц. – М.: Мир, 1984. – 191 с.
6. Тинберген Н. Мир серебристой чайки / Н. Тинберген. – М.: Мир, 1974. – 276 с.
7. Шаллер Дж. Б. Под знаком гориллы / Дж.Б. Шаллер. – М.: Мысль, 1971. – 238 с.
8. Лавик-Гудолл Дж ван. В тени человека / Дж ван Лавик-Гудолл. – М.: Мир, 1974. – 264 с.
9. Лавик-Гудолл Дж. ван и Г. Невинные убийцы / Моуэт Ф. Не кричи: «Волки!». ван Лавик-Гудолл Дж. и Г. Невинные убийцы. Лоренц К. Человек находит друга. – М.: Мир, 1981. – С. 121-268.
10. Адамсон Д. Пятнистый сфинкс / Д. Адамсон. – М.: Мир, 1972. – 240 с.
11. Адамсон Д. Пипа бросает вызов / Д. Адамсон. – М.: Мир, 1974. – 160 с.
12. Кроукрофт П. Артур, Билл и другие (Все о мышках). – М.: Мир, 1970. – 158 с.
13. Линдбланд Я. Белый тапир / Линдбланд Я. – М.: Мир, 1976. – 184 с.
14. Лоренц К. Так называемое зло. К естественной истории агрессии / Лоренц К. Обратная сторона зеркала. – М.: Республика, 1998. – С. 62-242.
15. Тинберген Н. Социальное поведение животных / Н. Тинберген. – М.: Мир, 1993.
16. Шовен Р. Поведение животных / Р. Шовен. – М.: Мир, 1972. – 487 с.
17. Мак-Фарленд Д. Поведение животных: Психобиология, этология и эволюция / Д. Мак-Фарленд. – М.: Мир, 1988. – 520 с.
18. Crook J.H. The Evolution of Social organisation and Visual Communication in the Weaver Birds (Ploceinae). // Behaviour Suppl. 1964. 10. Pp. 1 – 178.
19. Мэлори Т. Смерть Артура. – М.: Наука, 1974. – 899 с.
20. Линдбланд Я. Человек – ты, я и первозданный / Я. Линдбланд. – М.: Прогресс, 1991. – 264 с.
21. Буше Х. Моральная и физическая идентичность личности. Лейбниц против Локка / Х. Буше // Персональность. Язык философии в русско-немецком диалоге. – М.: Модест Колеров, 2007. – С. 64-78.

## ПРАВО ПО ТОЙ БІК АНТРОПОЛОГІЇ

**С. Шевцов**

*Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,  
м. Одеса, вул. Новосельського, 64, e-mail: sergiishevtsov@gmail.com*

У статті поставлено питання про наявність у тварин певних відносин, подібних до правових. Наведені приклади того, як боротьба особин за визначення місця в соціальній ієрархії пов'язана з оволодінням територією та нормами статевого відбору. Це дозволяє інакше подивитися на проблему раціональності правових норм людського суспільства.

*Ключові слова:* право, боротьба, територія, соціальна ієрархія, правова норма, раціональність.

## LAW ACROSS FROM ANTHROPOLOGY

**S. Shevtsov**

*Odesa National University named after I.I. Mechnikov,  
Odesa, Novoselskyi Str., 64, e-mail: sergiishevtsov@gmail.com*

The article talks about relations in the animal world that bear certain resemblance to legal relations. The author provides examples of individual struggle for a place within the social hierarchy being connected with the territory conquest and sexual selection norms. This gives a new perspective on the question of the rationality of the human society legal norms.

*Keywords:* law, struggle, territory, social hierarchy, selection norms, legal norm, rationality.



## ЛЕГИТИМНОСТЬ ИНСТИТУТОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ В КОНТЕКСТЕ СОВРЕМЕННОЙ «ИНФЛЯЦИИ» ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ОТ ОСУЖДЕНИЯ К ПРИМИРЕНИЮ

*Р. Шульга*

*Московский государственный институт международных отношений (Университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации, г. Москва, пр. Вернадского, 76, e-mail: ruslan.shulga@gmail.com*

В условиях роста конфликтов как международного, так и немеждународного характера проблема защиты прав человека приобретает всё большее значение. В последнее десятилетие преобладают внутренние конфликты (беспорядки; гражданская война и т.д.). Последние события в Египте, Тунисе, Бахрейне, Ливии, Йемене, Сирии заставляют говорить о необходимости выработки новых механизмов для защиты прав человека. Противостоять массовым нарушениям прав человека призвано международное гуманитарное право; параллельно в рамках международного права действует международное право прав человека, представляющее систему принципов и норм, гарантирующих каждому человеку широкий комплекс прав и свобод. Указанные сферы в международном праве, хотя и имеют определённую специфику, тесно взаимосвязаны между собой.

Международное гуманитарное право определяет различные права и обязанности действующих лиц конфликта и организаций по оказанию помощи, и опирается на специфические процедуры для задействования комплекса мер, а также санкций в случае нарушений. Оно призвано регламентировать наиболее проблемную сферу взаимодействия государств – ведение военных действий, в основном пытаясь помешать тому, чтобы конфликты достигали «точки безвозвратности» [4, с. 417].

История гуманитарного права напрямую связана с историей конфликтов и войн. Во все времена руководители окружали военную деятельность правилами, запрещениями и табу, целью которых являлось поддержание дисциплины и контроля в вооружённых силах, а также ограничение эффекта жестокости и разрушимости физической и моральной целостности участников вооружённых конфликтов для того, чтобы они смогли реинтегрироваться в общество после завершения конфликта.

Первые правила войны были в основном созданы на политической и религиозной основах и выражали настоящую проблему гуманизации

социальных, политических и военных отношений (например, Первый китайский договор об искусстве ведения войны, написанный Сунь-цзы в VI-V веках до нашей эры). Теория священной войны постепенно эволюционировала к теории справедливой войны (её причин и методов ведения). Данная эволюция закреплена современным международным гуманитарным правом, которое ограничивает возможности использования войны в отношениях между государствами и которое подтверждает то, что какой бы не являлась цель, используемые в её достижении средства ограничены в соответствии с положениями гуманитарного права.

В современных условиях международное гуманитарное право является единственной юридической формой, позволяющей регламентировать действия по оказанию помощи во время конфликтов.

Зарождение международного гуманитарного права относится ко второй половине XIX века – созданию Международного комитета Красного Креста в 1863 году [29, с. 59-73] и принятию Женевской конвенции «Об улучшении участи раненых и больных воинов во время сухопутной войны» 10(22) августа 1864 года. Конвенцией вводился важный принцип нейтральности медицинского персонала, согласно которому медицинская помощь должна оказываться всем пострадавшим участникам военных действий, независимо от того, на чьей стороне они воевали. Кроме того, устанавливался принцип соблюдения строгого равновесия между требованиями гуманности и военной необходимости [32, с. 538]. В 1899 году принята конвенция, распространившая гуманные принципы на участников морских сражений (Конвенция о применении к морской войне начал Женевской конвенции 10(22) августа 1864 года) [28, с. 639]. В этот же период принимаются Гаагские конвенции, образующие право ведения войны в строгом смысле слова, то есть совокупность правил, которые должны соблюдать воюющие стороны в ходе вооружённых конфликтов [37].

Гаагские конвенции и декларации от 29 июля 1899 года касаются таких вопросов, как мирное урегулирование международных конфликтов и права и обычаи в ходе ведения войны, которые были позднее закреплены конвенциями 1907 года [8].

Кодификация международного гуманитарного права ускорилась после первой и второй мировых войн, во время которых отмечено частое нарушение его норм. Следствием этого стало расширение положений Женевской конвенции в части предоставления защиты отдельным категориям граждан, в том числе военным корреспондентам.

Женевская конвенция 1929 года о раненых и больных ввела два новых положения: (1) даже если кто-то из участников не участвовал в Гаагских конвенциях, это не освобождало его и другие стороны конфликта от соблюдения гуманитарных норм; (2) каждая воюющая сторона, захватившая неприятельский медицинский персонал, обязана вернуть его [21, с. 393].

Принятые после окончания второй мировой войны четыре Женевские конвенции (1949 год) объединили многочисленные правовые нормы, относящиеся к международным вооружённым конфликтам и касающиеся защиты раненых на суше, раненых на воде, военнопленных и гражданского населения [13; 14; 15; 16].

В 1977 году два Протокола были добавлены к Женевским конвенциям, чтобы учесть эволюцию форм и методов войны, выразившуюся в том, что гражданские лица всё чаще становятся мишенью и жертвами, и число внутренних конфликтов постоянно растёт [11; 12]. Стоить сказать, что Дополнительный Протокол № 2 к Женевским конвенциям 1949 года, касающийся защиты жертв вооружённых конфликтов немеждународного характера, в целом опирался на основные положения Международных пактов о правах человека 1966 года [24; 25].

Специфика международного гуманитарного права состоит в том, что его нормы о защите прав человека должны соблюдаться во время войны или вооружённого конфликта; они не могут быть приостановлены, ими нельзя пренебрегать ни при каких ситуациях.

В международном гуманитарном праве делается различие между военными и гражданскими объектами, гражданскими лицами и комбатантами, имуществом стратегического назначения и имуществом, необходимым для выживания населения. Бои должны касаться только комбатантов [17, с. 58] и стратегических объектов.

Нарушение норм международного гуманитарного права рассматривается как международное правонарушение, влекущее возмещение ущерба, а также уголовную ответственность за «серьёзные нарушения» норм. Статья 147 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны к серьёзным нарушениям относит преднамеренное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты над людьми; преднамеренное причинение тяжких страданий, серьёзно угрожающих физическому или психическому состоянию любого лица; незаконное депортирование или перемещение, незаконное лишение свободы; принуждение служить в вооружённых силах неприятеля; лишение права на беспристрастное и нормальное

судопроизводство; взятие заложников и незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемое военной необходимостью.

Серьёзные нарушения Женевских конвенций квалифицируются как военные преступления. В качестве принципов применения уголовной ответственности за совершение военных преступлений выступают: (1) принцип неприменимости срока давности; (2) обязательность уголовного преследования и проведения суда; (3) принцип универсальной юрисдикции.

Таким образом, международное гуманитарное право предназначено и действует именно в экстремальных условиях вооружённых конфликтов международного и немеждународного характера, оно не допускает никаких отступлений, устанавливая гарантии защиты жертв войны. Необходимо уточнить, что международное гуманитарное право содержит принцип только справедливого ведения войны, но не определяет принципы справедливого начала войны.

Можно сказать, что международное гуманитарное право является последней и крайней надеждой во время кризисных ситуаций и конфликтов. Оно помогает человеку выжить во время вооружённых конфликтов и в условиях жестокостей общества. Это право, которое выражается, защищается и утверждается в реальных событиях и в действиях, направленных на защиту прав человека [52].

Нормы международного гуманитарного права подтверждены абсолютным большинством стран мира. Так, Женевские конвенции от 12 августа 1949 года ратифицированы 194 государствами; дополнительный протокол I к Женевским конвенциям, касающийся защиты жертв международных вооружённых конфликтов, ратифицирован 171 государством; компетенцию Международной комиссии по установлению фактов, имеющей право начинать независимое расследование (заявление к статье 90 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям) признали 72 государства; участниками дополнительного протокола II к Женевским конвенциям, касающегося защиты жертв вооружённых конфликтов немеждународного характера являются 166 государств. К Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 9 декабря 1948 года [22] присоединились 142 государства. (Данные о ратификациях приведены по состоянию на 24 октября 2011 года (по Женевским конвенциям и Дополнительным протоколам) и на 5 ноября 2011 года (по Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него)).

Как уже было отмечено, международное гуманитарное право тесно связано с международным правом человека. Связующим фактором в процессе сближения этих важнейших отраслей международного права становится утверждение в них категории неотъемлемых прав человека. В универсальных международных актах о правах человека чётко обозначен свод основных прав, которые признаются в качестве неотъемлемых и не подлежат ограничениям ни при каких обстоятельствах [34, с. 182-183].

Важной гарантией действенности норм международного гуманитарного права и международного права человека является привлечение к ответственности виновных за совершение особо тяжких преступлений. Безнаказанность воспитывает пренебрежение к закону и поощряет дальнейшие нарушения. Правосудие же по отношению к виновным не только предупреждает дальнейшие нарушения, но и укрепляет самоуважение нации, выступает как символ разрыва с прошлым [49, с. 127-145].

Важной вехой в развитии международного правосудия стало создание международных уголовных трибуналов для привлечения к ответственности лиц, совершивших преступления во время вооружённых конфликтов. Попытки создать подобного рода институты появились ещё после Первой мировой войны, когда страны-союзники выступили за привлечение к ответственности Кайзера Вильгельма II, однако противоречия между союзниками отложили осуществление данной идеи [43, с. 21].

Впервые международное сообщество пришло к согласованной позиции по созданию международного органа, который рассматривал бы преступления против мира, военные преступления и преступления против человечности в 1945 году, когда были созданы два трибунала – в Нюрнберге и Токио [38]. Вошедший в историю под названием Нюрнбергский трибунал [39] рассматривал дела в отношении военных, политических и партийных институтов гитлеровской Германии: СС (военизированные формирования, охранные отряды НСДАП), СД (служба безопасности рейхсфюрера СС), гестапо, руководящего состава НСДАП (Национал-социалистическая немецкая рабочая партия), нацистского кабинета министров, генерального штаба и верховного командования вермахта. Всего обвинения были выдвинуты против 23 человек. 12 человек были приговорены к смертной казни через повешение. Три человека приговаривались к пожизненному заключению. Двое – к 15 и 10 годам заключения. Трое – глава отдела радиовещания

министерства просвещения и пропаганды Ганс Фриче, вице-канцлер Германии Франц фон Папен, министр экономики Ялмар Шахт – были оправданы. Один человек покончил жизнь самоубийством до приговора, спустя четыре дня после получения обвинительного заключения.

Суд признал преступными организации СС, СД, гестапо и руководящий состав НСДАП. При этом нацистский кабинет министров, генштаб и верховное командование вермахта преступными организациями признаны не были [31; 10, с. 289-290].

Трибунал в Токио в отношении японских милитаристов приговорил семерых к смертной казни, а 16 человек получили пожизненное заключение.

Работа международных трибуналов заложила основы для дальнейшей разработки принципов международного уголовного преследования лиц, совершивших военные преступления. Комиссия международного права ООН кодифицировала «Нюрнбергские принципы», содержащие принцип индивидуальной уголовной ответственности за противоправные деяния [44].

Несмотря на то, что работа международных трибуналов соответствовала моральному императиву того времени, правосудие (если это можно назвать правосудием) осуществлено победителями в отношении побеждённых (в международный военный трибунал были делегированы представители четырёх стран – Великобритании, СССР, США и Франции).

Сам процесс и его результаты вызвали вопросы и острую критику не только со стороны защиты или представителей нейтральных государств, но и в среде антигитлеровской коалиции. Например, видный теоретик танковой войны генерал-майор Джон Фуллер назвал Нюрнбергский процесс «пародией на правосудие, проистекающей из лицемерия» [23, с. 56-59]. Такие высказывания были вызваны как политическими, так и юридическими причинами. К политическим причинам следует отнести замалчивание на процессе фактов, невыгодных стороне обвинения. Так, советская делегация настаивала на не обнародовании вопросов о секретном протоколе к советско-германскому договору о ненападении и всего, что с ним связано; вопросов по Западной Украине и Западной Белоруссии и проблемах советско-польских отношений. Кроме того, СССР настаивал на признании Германии виновной в массовом расстреле польских офицеров в Катыне. Англичане и французы требовали не поднимать на процессе мюнхенские соглашения 1938 года.

Стоит сказать, что и с точки зрения юридической стороны процесс проходил мягко говоря не всегда корректно. Судопроизводство велось от лица союзников, то есть потерпевшей стороны. Тем самым нарушался фундаментальный принцип правосудия – состязательности сторон; в отношении обвиняемых не действовал принцип презумпции невиновности. Грубейшим образом был нарушен принцип взаимной вины, согласно которому сторона обвинения не может судить за преступления, подобные которым совершала сама (например, полное разрушение Дрездена в результате бомбовых ударов британской авиации; атомные бомбардировки американскими самолётами двух японских городов в августе 1945 года; жестокое обращение советских войск с жителями Берлина после его капитуляции). Эти нарушения принципов гуманного поведения мировым сообществом не квалифицировались как военные преступления.

Нарушения беспристрастности с юридической точки зрения процесса в Нюрнберге позволили в 1953 году суду в Мюнхене удовлетворить иск вдовы начальника штаба оперативного руководства Верховного командования вермахта генерал-полковника Альфреда Йодля и по формальным основаниям реабилитировать генерал-полковника. Это притом, что в ведении А. Йодля находился контроль над выполнением директив А. Гитлера, в том числе направленных против человечности (законы о евреях и комиссарах).

В 1993 и 1994 годах Совет Безопасности ООН создал два международных трибунала: по бывшей Югославии [41] и Руанде [40]. Указанные трибуналы, как и международные трибуналы в Нюрнберге и Токио, являются трибуналами *ad hoc*. Трибуналы рассматривали преступления, совершённые наиболее высокопоставленными участниками вооружённых конфликтов в Югославии и Руанде (геноцид, военные преступления, преступления против человечности).

Деятельность трибуналов по бывшей Югославии и Руанде, их статус, правомочность, легитимность, беспристрастность вынесенных судебных решений вызывают неоднозначную реакцию в мире. В качестве главной претензии к трибуналу по бывшей Югославии называется его «антисербская» позиция (статистика подтверждает, что в качестве обвиняемых было привлечено намного больше сербов, чем представителей других этнических групп, населявших Югославию).

Созданный Советом Безопасности, а не по решению Генеральной Ассамблеи ООН, трибунал не в полной мере отвечал легитимности своего существования и таким образом не мог в полной мере быть беспристрастным.

Неоднократно на руководство Сербии оказывалось со стороны США и стран Европейского Союза давление с целью выдачи С.Милошевича и Р.Младича под угрозой не предоставления экономических кредитов и приостановления переговоров о вступлении Сербии в ЕС.

Необходимо сказать, что и как на слушаниях трибунала в Нюрнберге, так и в Гааге (штаб-квартира трибунала по бывшей Югославии), это суд победивших – к ответственности не были привлечены военнопленные войск НАТО, которые осуществляли бомбовые удары по гражданским объектам бывшей Югославии (здание телецентра Югославии; посольство Китайской Народной Республики; поезд с беженцами). Такая избирательная легитимность подрывает престиж международного права. «Новый военный гуманизм» США и их союзников [46] ставят под сомнение возможность найти справедливость посредством права.

Деятельность международного трибунала по Руанде подверглась не менее ожесточённой критике связанной со скандалами, когда судьи, работавшие в трибунале, оказывались сами причастными к совершённым преступлениям [9, с. 38-53].

В конце 1990-х годов появились «смешанные» трибуналы, то есть трибуналы со смешанной юрисдикцией, применяющие как нормы международного права, так и национальное законодательство. Такие трибуналы созданы в Сьерра-Леоне, Восточном Тиморе, Камбодже, крае Косово.

В 1998 году был принят Статут Международного Уголовного Суда (далее – МУС), вступивший в силу 1 июля 2002 года [35]. Однако Суд, местопребывание которого является Гаага (Нидерланды), приступил к своей работе только в марте 2003 года после назначения Прокурора, Судей и Секретаря. По состоянию на 24 октября 2011 года 119 государств ратифицировало Римский Статут МУС и 139 государств подписали его.

Создание этого Суда призвано заполнить пробел в уголовной практике международного сообщества в области наказания наиболее тяжких международных преступлений [3, с. 252-256], а также предоставить потерпевшим возможность обращаться в суд. Его Статут был принят с целью продолжения работы трибуналов, созданных *ad hoc* для бывшей Югославии и Руанды. Юрисдикции МУС подлежат, при определённых условиях, преступления геноцида, преступления против человечности, военные преступления и преступления агрессии (Статут, ст. 5) [6].

В отличие от трибуналов по бывшей Югославии и Руанде, МУС ограничен в своей международной юрисдикции, так как она не явля-

ется приматом над внутренней юрисдикцией стран, а является только дополнительной. Если дело было возбуждено в каком-либо национальном суде, то в этом случае данное дело не может быть принято к производству МУС, кроме случаев, когда возможно доказать, что соответствующее государство не хочет или не может завершить судебный процесс надлежащим образом (Статут, ст. 17) [1, с. 240].

Учреждение данного Суда безусловно представляет собой прогресс в области международного уголовного права, так как со дня образования трибунала в Нюрнберге государствам ещё не удавалось создать постоянный международный суд, ни достичь договорённости относительно точного определения преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда. Кроме того, Статут МУС принимает во внимание различные существующие в мире правовые системы, в отличие от трибуналов по бывшей Югославии и Руанде, где преобладало влияние англо-саксонской системы права.

Одним из недостатков Статута МУС является отсутствие определения агрессии. Много споров при разработке Статута МУС вызвало добавление к традиционным мотивам преследования (политическим, расовым, этническим, религиозным) гендерных мотивов преследования (Статут, ст. 7h) в части трактовки значения «гендерный». Ватикан и арабские страны небезосновательно считают, что понятие «гендерный» включает в себя преследование, в том числе, и по причине принадлежности к гомосексуалам (чего они стремились избежать).

По состоянию на 2011 год МУС расследует дела по Демократической Республике Конго (апрель 2004 года), Центрально-Африканской Республике (январь 2005 года), Кении (март 2010 года), Ливии (февраль 2011 года). Совет Безопасности ООН также представил на рассмотрение Суда дело о ситуации в Дарфуре (Судан), основываясь на Резолюции 1593 от 31 марта 2005 года.

Однако эффективность созданного института далека от идеала в связи с тем, что три постоянных члена Совета Безопасности ООН (Китай, США и Россия) не ратифицировали Статут МУС. Кроме того, ещё ряд стран не ратифицировали Статут МУС, среди которых и Израиль. США мотивируют свою позицию тем, что американское внутреннее общеуголовное и военное законодательство соответствует нормам международного права и позволяет самим осуществлять правосудие над своими гражданами. Однако истинные причины отказа США ратифицировать Статут МУС надо искать в другом – сами США используют непропорционально военное вмешательство во внутрен-

ние дела других стран для решения собственных проблем; при этом их действия в некоторых случаях подпадают под признаки военных преступлений [5, с. 25-33; 45].

Отказ Израиля ратифицировать Статут МУС объясняется состоянием войны с Палестиной (оккупацией их территории; внесудебное уничтожение лидеров палестинских групп; разрушение гражданских объектов).

Реальное функционирование норм международного гуманитарного права и международного права прав человека зависит от механизмов их имплементации на национальном уровне [19]. В этой связи стоит сказать о Законе Бельгии о пресечении серьёзных нарушений Женевских конвенций и Дополнительных протоколов к ним от 16 июня 1993 года [33, с. 255]. Закон распространяет некоторые серьёзные нарушения международного гуманитарного права, квалифицируемые как военные преступления, на немеждународные вооружённые конфликты. Указанные в ст. 1 (п. 1-20) Закона действия или факты бездействия в отношении лиц, находящихся под покровительством Женевских конвенций или Дополнительных протоколов к ним (включая Протокол II), считаются «серьёзными нарушениями» [32, с. 553]. Для обеспечения неотвратимости наказания за совершённые преступления в ст. 7 Закона закреплён принцип универсальной юрисдикции, по которому суд Бельгии не связан ни территорией, ни национальной принадлежностью обвиняемых, то есть к суду могут быть привлечены иностранные лица, совершившие серьёзные нарушения в ситуации внутреннего вооружённого конфликта, имевшего место за пределами Бельгии [33, с. 255-256].

Подобное законодательство принято и в других странах, в частности, в Дании, Испании, Канаде, Нидерландах, Норвегии, США, Финляндии, Швейцарии, Швеции.

Уголовное преследование как на международном, так и на национальном уровне служит восстановлению справедливости, однако внесудебное восстановление иногда выступает как более эффективный механизм восстановления справедливости. В качестве таких форм выступают комиссии по примирению и выяснению истины [42, с. 56-65], традиционные механизмы правосудия (Gagaca процесс в Руанде, механизм Mato Oput в Уганде и т.д.).

Комиссии по установлению истины уже работали более чем в сорока странах мира. Их главная задача состоит в том, чтобы выявлять нарушения прав человека, иногда они занимаются возмещением ущерба потерпевшим.

В теории не существует единого определения того, что такое комиссия по установлению истины – они почти всегда создаются после военного конфликта, как правило, правительством или парламентом. В качестве главной задачи подобным комиссиям вменяется расследование нарушений прав человека, совершённых военными, другими государственными органами или вооружённой оппозицией. Благодаря этому формируется в обществе более правдивая картина произошедших в обществе событий во время конфликта.

Такие комиссии, как правило, финансируются правительством, иногда законодательным органом власти, ООН или неправительственными организациями [48].

Особенностью подобных форм является широкое применение амнистии в отношении лиц, привлекаемых к ответственности. Целью подобных форм восстановления справедливости является не наказание, а публичное осуждение. В рамках указанных форм примирения осуществляется проверка фактов; полное и публичное раскрытие истины; поиск пропавших лиц или тел погибших; помощь в захоронении тел согласно национальным и семейным традициям; официальное заявление или судебное решение о восстановлении достоинства, репутации, юридических и социальных прав потерпевших или лиц, тесно связанных с ним; извинение, в том числе публичное признание фактов правонарушения и ответственности за него; поминовение и дань памяти жертвам правонарушений и т.д. [27, с 268].

Использование процедур примирения в отличие от показательных судебных процессов выглядит более приемлемым особенно в современных условиях ввиду распространяющегося нигилизма по отношению к международному праву. За последние годы резко изменилось соотношение силы и права в международных отношениях. Конкуренция между государствами стала объективной реальностью, где сильный побеждает невзирая на правовые рамки. Международное право в последние годы стремится поставить под контроль действия государств и других игроков исходя из логики баланса сил. Это особенно опасно в условиях «инфляции» прав человека [7, с. 8; 36, с. 2]. Международные и национальные органы правосудия постепенно трансформируются в транснациональную власть, когда с помощью судебных решений преследуются отставные и действующие главы государств, иные лица, занимающие государственные посты, а также распространяют свою власть на лиц третьих стран.

Некоторые считают, что международная уголовная юстиция – это просто селективная политическая форма правосудия, средство установить силовыми методами «судебный апартеид», разделив всемогущий Запад и слабые страны: «Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии является таким же орудием войны, какими могут быть бомбардировки или экономическая блокада. В современных войнах есть несколько стадий... стадия дезинформации, направленной на очернение противника... суд над «покорёнными», добавляющий последние штрихи к оправданию войны. Право на вмешательство на гуманитарном и военном уровнях теперь дополнено правом на вмешательство в области уголовного права» [47, с. 11].

Другие видят в международной уголовной юстиции выражение лицемерной политики Запада, который поддерживает международные уголовные институты, когда те действуют против его противников, но оставляет за собой право выразить робкое сожаление, когда речь идёт о его собственных преступлениях [51, с. 145-163].

Мир постепенно уходит от вестфальской системы международных отношений [20] к новой – поствестфальской формуле. Эти изменения носят структурный, типологический характер (это особенно стало заметным после ситуаций в Ираке, на Балканском полуострове, Ливии и то что происходит в настоящее время во взаимоотношениях между Грецией и Европейским Союзом; фактически шантажом отдельных стран – отказа финансировать ЮНЕСКО – после принятия Палестины полноправным членом международной организации; то, что происходит вокруг ситуации в Иране и Сирии и т.д.). Ключевым моментом этого типологического характера изменений служит избирательная легитимность, что само по себе предполагает наличие властной элиты, санкционирующей эту легитимность, а также неугодных стран с ограниченным суверенитетом. На наших глазах мы наблюдаем деформацию ООН и вытеснение её роли через передачу легитимности другим элитарным институтам – НАТО, Международному Валютному Фонду, Европейскому Союзу, где решения иногда принимаются посредством неформальных процедур [30].

Поствестфальская система закрепляет в общественном сознании специфические черты нового (квази)-права, характеризующегося через нечёткость норм (Бауринг), превалирование политических интересов, роли государств на международной арене, неформальный характер отдельных международных организаций, непубличность принимаемых решений.

В этой связи, делая выводы, вызывают вопросы, можно ли в современных условиях опираться на нормы международного гуманитарного права и существующие международные институты правосудия в целях сдерживания насилия, следовании принципу беспристрастности при вынесении решений. Можно ли с полной уверенностью сказать, что международное судебное преследование лиц, ответственных за совершение преступлений будет иметь сдерживающий эффект; напротив, такое преследование может привести к всплеску новых преступлений и ещё более жестоких. Установка на неперемное наказание лиц, обвиняемых в военных преступлениях, как залог мира оказывается в реальности контрпродуктивной. Необходимо постепенно отказываться от механизмов судебного преследования, а развивать институты примирения для установления согласия в обществе и достижения справедливости, что будет способствовать закреплению легитимности норм международного гуманитарного права и международного права человека.

Политика примирения и широкое применение амнистии за прошлые нарушения прав человека – это способ на практике обеспечить соблюдение прав человека в будущем. В правосудии для жертв можно видеть императивное требование, но моральные обязательства нельзя вырывать из их политического контекста. Защиту прав человека следует рассматривать в контексте специфических политических реалий, которые зачастую и диктуют оптимальное решение.

Иногда достаточным оказывается отстранение от власти людей, замеченных в нарушениях, чем их преследование, наказание и тем более ликвидация. Необходимо отказываться от избирательного правосудия, порождающего пагубную практику двойных стандартов [2; 26, с. 234], что само по себе обесценивает институт международного права. Не столько следование закону служит основой мира [18], сколько осуществление норм международного права выступает результатом мира и стабильности в обществе [50, с. 5-44].

## Список использованных источников:

1. Автономов А.С. Права человека, правозащитная и правоохранительная деятельность: науч. изд. / А.С. Автономов. – М.: Фонд «Либеральная миссия»; Новое литературное обозрение, 2009. – 448 с.
2. Бауринг Б. Позиция Европейского Суда по правам человека в вопросе об избирательных правах граждан в контексте латвийской практики: критический взгляд / Б. Бауринг // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. – 2008. – № 6. – С. 28-42.
3. Белякович Н.Н. Права человека и политика: философско-правовые основы / Н.Н. Белякович. – Минск: Амалфея, 2009. – 412 с.
4. Буше-Сольнье Ф. Практический словарь гуманитарного права ; [перевод с французского Е. Кирпичниковой и В. Садитдиновой]. – Изд. 2-е, доп., расширенное. – М.: МИК, 2008. – 640 с.
5. Гефтер В. «Местификация» права – варианты ответов на вызов терроризма / В. Гефтер // Российский бюллетень по правам человека. – 2001. – Выпуск 15. – С. 25-33.
6. Даффи Х. Введение в действие Статута Международного уголовного суда: международные обязательства и проблемы национальных конституций / Х. Даффи, Д. Хастон // Российский бюллетень по правам человека. – 2002. – Выпуск 16. – С. 124-137.
7. Дебрер С. Убийца ребёнка теперь ещё и изнасиловал правосудие / С. Дебрер // Русская Германия/Русский Берлин. – 2011. – № 32. – С. 8.
8. Действующее международное право. Т. I-III. – М.: Московский независимый институт международного права, 1999. – 2530 с.
9. Дериглазова Л. Международное судебное и внесудебное правосудие / Л. Дериглазова // Международные процессы. Том 5. Номер 1 (13). 2007. – С. 38-53.
10. Дипломатический словарь. – М.: Наука, 1984. Т. I-III. – 1272 с.
11. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооружённых конфликтов (Протокол I). – В кн.: Права человека. Сборник международных договоров. Т. I (часть вторая). Универсальные договоры. – Нью-Йорк и Женева: Организация Объединённых Наций, 1994. – С. 1027-1106.
12. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооружённых конфликтов немеждународного характера (Протокол II). – В кн.: Права человека. Сборник международных договоров. Т. I (часть вторая). Универсальные договоры. – Нью-Йорк и Женева: Организация Объединённых Наций, 1994. – С. 1119-1132.
13. Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 года. – В кн.: Сборник действующих договоров, соглашений

и конвенций, заключённых СССР с иностранными государствами. – М., 1957. Вып. XVI. – С. 125-204, 279-280.

14. Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 года. – В кн.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключённых СССР с иностранными государствами. – М., 1957. Вып. XVI. – С. 71-100, 279.

15. Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооружённых сил на море от 12 августа 1949 года. – В кн.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключённых СССР с иностранными государствами. – М., 1957. Вып. XVI. – С. 101-124, 279.

16. Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 года. – В кн.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключённых СССР с иностранными государствами. – М., 1957. Вып. XVI. – С. 204-278, 280.

17. Иванов Г.И. Права человека: история и теория. Ситуационные задачи. Международное и национальное законодательство / Г.И. Иванов. – 2-е изд. – Минск: Дикта, 2010. – 360 с.

18. Каламкарян Р.А. Господство права (Rule of Law) в международных отношениях / Р.А. Каламкарян. – М.: Наука, 2004. – 494 с.

19. Карташкин В.А. Права человека в международном и внутригосударственном праве / В.А. Карташкин. – М.: Институт государства и права РАН, 1995. – 136 с.

20. Карташкин В.А. Права человека: международная защита в условиях глобализации / В.А. Карташкин. – М.: Норма, 2009. – 288 с.

21. Ковлер А.И. Антропология права: Учебник для вузов / А.И. Ковлер. – М.: Издательство НОРМА, 2001. – 468 с.

22. Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 9 декабря 1948 года. – В кн.: Действующее международное право. Т.2. – М.: Московский независимый институт международного права, 1997. – С. 68-71.

23. Мартынов А. Время оценок / А. Мартынов // The New Times. – 2010. – 15 ноября. – С. 56-59.

24. Международный Пакт от 16 декабря 1966 года «Об экономических, социальных и культурных правах». // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1994. – № 12.

25. Международный Пакт от 16 декабря 1966 года «О гражданских и политических правах». // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1994. – № 12.

26. Мировая политика и международные отношения: Учебное пособие / Под ред. С.А. Ланцова, В.А. Ачкасова. – СПб.: Питер, 2008. – 448 с.

27. МККК 2003. Сборник статей. – М.: Международный Комитет Красного Креста, 2004.

28. Мучник А.Г. Философия достоинства, свободы и прав человека / А.Г. Мучник. – К.: Парламентское издательство, 2009. – 672 с.

29. Наумов А.О. Международные неправительственные организации в современной мирополитической системе / А.О. Наумов. – М.: КРАСАНД, 2009. – 272 с.

30. Неклесса А.И. Управляемый хаос: движение к нестандартной системе мировых отношений / А.И. Неклесса // Мировая экономика и международные отношения. – 2002. – No 9. – С. 103-112.

31. Нюрнбергский процесс: Сборник материалов. / Под ред. К.П. Горшенина, Р.А. Руденко, И.Т. Никитченко. Т. 1-2. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1954. – 2100 с.

32. Права человека: учебник / отв. ред. Е.А. Лукашева. – 2-е изд., перераб. – М.: Норма, 2009. – 560 с.

33. Права человека как фактор стратегии устойчивого развития. Ответственный редактор – член-корреспондент РАН, доктор юридических наук Е.А. Лукашева. – М.: Издательство НОРМА, 2000. – 320 с.

34. Право и права человека в условиях глобализации (материалы научной конференции). / Ответственные редакторы: член-корреспондент РАН Е.А. Лукашева, к.ю.н. Н.В. Колотова. – М.: Институт государства и права РАН, 2006. – 224 с.

35. Римский Статут Международного уголовного суда от 17 июля 1998 года. – В кн.: Международное право в документах: Учеб. пособие / Сост.: Н.Т. Блатова, Г.М. Мелков. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Полиграф ОПТ, 2004. – С. 832-873.

36. Смирнов А. Пытка демократией / А. Смирнов // Новые известия. – 2011. – 31 августа. – С. 2.

37. Толочко О.Н. Международное гуманитарное право: Учебное пособие / О.Н. Толочко. – Гродно: Гродненский государственный университет имени Янки Купалы, 2003. – 87 с.

38. Устав Международного военного трибунала для Дальнего Востока от 19 января 1946 года. – В кн.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключённых СССР с иностранными государствами. Вып. XII. – М., 1956. – С. 79-86.

39. Устав Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси от 8 августа 1945 года. – В кн.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключённых СССР с иностранными государствами. Вып. XI. – М., 1955. – С. 165-172.

40. Устав Международного трибунала по Руанде от 8 ноября 1994



года. – В кн.: Резолюции и решения Совета безопасности за 1994 год. Совет безопасности. Официальные отчёты: Сорок девятый год. – Нью-Йорк: Организация Объединённых Наций, 1996. – С. 20-24.

41. Устав Международного трибунала по Югославии от 25 мая 1993 года. – В кн.: Международное право в документах: Учеб. пособие / Сост.: Н.Т. Блатова, Г.М. Мелков. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Полиграф ОПТ, 2004. – С. 817-828.

42. Хайнц Вольфганг С. Уроки «дня после войны». Как комиссии по установлению истины могут помочь в урегулировании конфликтов / Вольфганг С. Хайнц // Internationale Politik. – 2005. – № 3. – С. 56-65.

43. Ball Howard. Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth-Century Experience / Howard Ball. – Lawrence: University Press of Kansas, 1999. – 264 pp.

44. Beigbeder Yves. Judging Criminal Leaders: the Slow Erosion of Impunity / Yves Beigbeder. – The Hague: Kluwer Law International, 2002. – 229 pp.

45. Chomsky N. Failed States: The Abuse of Power and the Assault on Democracy / N. Chomsky. – New York: Metropolitan Books/ Henry Holt & Company, 2006. – 311 pp.

46. Chomsky N. The New Military Humanism: Lessons from Kosovo / N. Chomsky. – Monroe, ME: Common Courage Press, 1999. – 199 pp.

47. Gallois, Pierre Marie & Verges Jacques. L'apartbeid judiciaire – le Tribunal penal international, arme de guerre / Pierre Marie Gallois & Jacques Verges. – Lausanne: L'Age d'Homme, 2002. – 94 pp.

48. Hayner, Priscilla B. Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions / Priscilla B. Hayner. – New York and London, Routledge, 2001. – 368 pp.

49. Marx Reinhard. A Non-Governmental Human Rights Strategy for Peace-Keeping? / Reinhard Marx // Netherlands Quarterly of Human Rights. 1996. No 2. – Pp. 127-145.

50. Snyder J., Vinjamuri L. Trials and errors. Principles and pragmatism in strategies of international justice / J. Snyder, L. Vinjamuri // International Security. Winter 2003-2004. – Vol. 28. – № 3. – P. 5-44.

51. Sundar Nandini. Toward an anthropology of culpability / Nandini Sundar // American Ethnologist. – 2004. – Vol. 31. – № 2. – Pp. 145-163.

52. Vigny Jean-Daniel & Thompson Cecilia. Standards fondamentaux d'humanite: quell avenir? / Jean-Daniel Vigny & Cecilia Thompson // Revue Internationale de la Croix-Rouge. – 2000. – Vol. 82. – Issue 840. – Pp. 917-939.

## ЛЕГІТИМНІСТЬ ІНСТИТУТІВ МІЖНАРОДНОГО ПРАВОСУДДЯ У КОНТЕКСТІ СУЧАСНОЇ «ІНФЛЯЦІЇ» ПРАВ ЛЮДИНИ: ВІД ОСУДУ ДО ПРИМИРЕННЯ

*Р. Шульга*

*Московський державний інститут міжнародних відносин (Університет)  
Міністерства закордонних справ Російської Федерації,  
м. Москва, пр. Вернадського, 76, e-mail: ruslan.shulga@gmail.com*

У статті аналізуються сучасні тенденції у трансформації інститутів міжнародного правосуддя крізь призму переоцінки цінності прав і свобод людини в сучасних міжнародних відносинах. Ставиться проблема співвідношення сили і права у міжнародних відносинах у контексті норм міжнародного гуманітарного права та міжнародного права прав людини. Досліджуються сучасні тенденції, при реалізації яких позиція захисту прав людини служить лише своєрідним приводом і, одночасно, ефективним інструментом для досягнення інших цілей. Дана оцінка ролі тимчасових міжнародних трибуналів в утвердженні нових принципів міжнародного кримінального права, з одного боку, та їх використання як політичного інструменту великих світових держав, з іншого. Критично оцінюється роль сучасних інститутів міжнародного правосуддя з точки зору їх неупередженості в розслідуванні військових та інших злочинів. Зроблено висновки про необхідність поступової відмови від виборчого правосуддя і розвитку позасудових інститутів щодо примирення та відновлення істини.

*Ключові слова:* міжнародне гуманітарне право, міжнародне право прав людини, міжнародні трибунали, міжнародний кримінальний суд, комісії з примирення і відновлення істини.

**THE LEGITIMACY OF THE INSTITUTIONS  
OF INTERNATIONAL JUSTICE IN THE CONTEXT  
OF THE MODERN «INFLATION» OF HUMAN RIGHTS:  
FROM CONDEMNATION TO RECONCILIATION**

***R. Shulga***

*Moscow State Institute of International Relations (University),  
of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation,  
Moscow, Vernadsky Av., 76, e-mail: ruslan.shulga @ gmail.com*

The paper analyzes current trends in the transformation of institutions of international justice through the prism of the revaluation value of the rights and freedoms in the contemporary international relations. We pose the problem of correlation of forces and law in international relations in the context of international humanitarian law and international human rights law. We examine the current trends in the implementation of which the position of human rights is the only kind of pretext, and, simultaneously, an effective tool for achieving other goals. The article focuses on the role of temporary international tribunals in establishing of the new principles of international criminal law, on the one hand, and their use as a political tool of major world powers, on the other. The role of modern institutions of international justice in terms of their impartiality in the investigation of war and other crimes is being evaluated in the article. The conclusions drawn indicate that there is a need to phase out selective justice and develop an extra-judicial institution aimed at establishing the truth and reconciliation.

*Keywords:* international humanitarian law, international human rights law, international tribunals, the International Criminal Court, commissions on truth and reconciliation.

*Наукове видання*

**Антропологія права:  
філософський та юридичний виміри  
(стан, проблеми, перспективи)**

*Статті учасників VII Міжнародного «круглого столу»*

*(м. Львів, 9-10 грудня 2011 року)*

2-е видання, виправлене і доповнене

Статті друкуються в авторській редакції

**Комп'ютерний набір і корегування** – В.В. Гончаров, Д.А. Гудима

**Комп'ютерне верстання, інші види робіт** – Г.Л. Кундельський

Підписано до друку 9.01.2012. Папір офсетний.  
Друк офсетний. Обл.-вид. арк. 33,27.  
Формат 60x84/16. Гарнітура Times New Roman.  
Умовн. друк. арк. 35,57. Наклад 500 примірників.

**Видавництво:** ПП "Видавництво "Галицький друкар"  
79059, м. Львів, вул. Щурата, 9.  
Свідоцтво держреєстрації А01 № 204550.

**Друк:** ФОП Кундельський Г.Л.  
79000, м. Львів, вул. П. Дорошенка, 14.  
Свідоцтво держреєстрації: серія В02 № 076643.  
Тел.: 096 270 62 87. e-mail: genaprint@mail.ru