

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований у 1922 р.

Видається щомісячно

Передплатний індекс 74424
Свідоцтво про державну реєстрацію
Серія КВ № 23026-12866ПР

ISSN 1026-9932
DOI: 10.33498/Юу-2021-01

Адреса редакції
вул. Багговутівська, 17–21
м. Київ, 04107, Україна
тел.: +380(44) 537-51-10

Головний редактор
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Голова Редакційної ради
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Вебсайт: <http://www.pravoua.com.ua>
Емейл: editor.pravoua@gmail.com

Офіційна сторінка у мережі “Фейсбук”:
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань України з юридичних спеціальностей
(наказ Міністерства освіти і науки України від 14 травня 2020 р. № 627)

Бази даних періодичних видань *Ulrichsweb (Ulrich's Periodicals Directory)* (США)
(з 2002 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *EBSCO Publishing, Inc.* (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *Index Copernicus International* (Польща)
(з 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *HeinOnline* (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Бази даних періодичних видань з гуманітарних і соціальних наук *ERIH PLUS*
(*European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences*) (Норвегія).
(з 2020 р.)

ВИДАВЕЦЬ

© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь ТАЦІЙ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій ШЕМШУЧЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. БАТЛЕР (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій БИТЯК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав БОРИСОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ГОНЧАРЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ДЕНИСОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола КОЗЮБРА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр КРУПЧАН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь НОР, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола ПАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ПЕТРО РАБІНОВИЧ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; АНАТОЛІЙ СЕЛІВАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола СЕЛІВОН, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь СІРЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; МАЙДАН СУЛЕЙМЕНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Руслан СТЕФАНЧУК (голова), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр СВЯТОЦЬКИЙ (головний редактор), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олег ПОСИКАЛЮК (перш. заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Тетяна КОЛОМОЄЦЬ (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія РЕЗНІКОВА (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф.; Ольга СЕРЕДА (заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Юрій ГАЛАЄВСЬКИЙ (заст. головного редактора), засл. юрист України; Наталя АНТОНЮК, к. юрид. наук, доц.; Юрген БАЗЕДОВ (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій БАРАБАШ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Євген БАРАШ, д. юрид. наук, проф.; Олександр БАТАНОВ, д. юрид. наук, проф.; Юрій БАУЛІН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир БЕВЗЕНКО, д. юрид. наук, проф.; Антоніна БОБКОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор БОЙКО, д. юрид. наук, проф.; Олександр БРЬОСТЛ (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир БУРДІН, д. юрид. наук, проф.; Тетяна ВІЛЬЧИК, д. юрид. наук, проф.; Ірина ВЕНЕДІКТОВА, д. юрид. наук, проф.; Марсело ГАЛУППО (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Данило ГЕТМАНЦЕВ, д. юрид. наук, проф.; Анатолій ГЕТЬМАН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій ГОЛОВАТИЙ, д. юрид. наук,

чл.-кор. НАПрН України; ДМИТРО ГУДИМА, к. юрид. наук., доц.; БОРИС ГУЛЬКО, засл. юрист України; НАТАЛІЯ ГУТОРОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; АНАТОЛІЙ ДОВГЕРТ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДР ДРОЗДОВ, д. юрид. наук, доц.; ВОЛОДИМИР ЄРМОЛЕНКО, д. юрид. наук, проф.; чл.-кор. НАПрН України; ВОЛОДИМИР ЖУРАВЕЛЬ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ДМИТРО ЗАДИХАЙЛО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ДЖОЗЕФ ЗІГЕЛЕ (JOSEF SIEGELE), Doctor of Law (Austria); АЛІЄВ АМІР ІБРАГІМ, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); ІВАН КАЛАУР, д. юрид. наук, проф.; ОКСАНА КАПЛІНА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НІНА КАРПАЧОВА, к. юрид. наук, доц.; ОЛЕНА КІБЕНКО, д. юрид. наук, доц.; ВІКТОР КОЛІСНИК, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДРА КОЛОГОЙДА, д. юрид. наук, проф.; ВЯЧЕСЛАВ КОМАРОВ, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ТЕТЯНА КОМАРОВА, д. юрид. наук, проф.; ТЕТЯНА КОРНЯКОВА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР КОСТЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ОЛЕКСІЙ КОТ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕНА КОХАНОВСЬКА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СТАНІСЛАВ КРАВЧЕНКО, к. юрид. наук; ВОЛОДИМИР КРАВЧУК, д. юрид. наук, проф.; ВАСИЛЬ КРАТ, к. юрид. наук, доц.; ОЛЕКСІЙ КРЕСІН, д. юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; НАТАЛІЯ КУЗНЕЦОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ПАВЛО КУЛИНИЧ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; МИКОЛА КУЧЕРЯВЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ІРИНА КУЯН, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; ВАСИЛЬ ЛЕМАК, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ЛЕОНІД ЛОБОЙКО, д. юрид. наук, проф.; ДМИТРО ЛУК'ЯНОВ, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; ДМИТРО ЛУСПЕНИК, к. юрид. наук., доц.; БОГДАН ЛЬВОВ, к. юрид. наук; ПАВЛО ЛЮБЧЕНКО, д. юрид. наук, проф.; РОМАН МАЙДАНИК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СЕРГІЙ МАКСИМОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; АНДРІЙ МЕЛЕШЕВИЧ, д. філософії (Ph.D.), доц.; ОЛЕКСАНДР МЕРЕЖКО, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ МІНЧЕНКО, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; АНАТОЛІЙ МІРОШНИЧЕНКО, д. юрид. наук, проф.; ЛІДІЯ МОСКВИЧ, д. юрид. наук, проф.; АНАТОЛІЙ МУЗИКА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ВОЛОДИМИР НОСІК, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НАТАЛІЯ ОНІЩЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ОЛЕСЯ ОТРАДНОВА, д. юрид. наук, доц.; НАТАЛІЯ ПАРХОМЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ПЕТРО ПАЦУРКІВСЬКИЙ, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР ПЕТРИШИН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; РОМАН ПЕТРОВ, д. юрид. наук, проф.; ПИЛИП ПИЛИПЕНКО, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ ПОГРІБНИЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕГ ПОДЦЕРКОВНИЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; БОРИС ПОЛЯКОВ, д. юрид. наук, проф.; ЮРІЙ ПРИТИКА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР ПРОКОПЕНКО, к. юрид. наук; МИХАЙЛО САВЧИН, д. юрид. наук, проф.; ІРИНА СЕНЮТА, д. юрид. наук, доц.; СВІТЛАНА СЕРЬОГІНА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДР СКРИПНЮК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; КСЕНІЯ СМІРНОВА, д. юрид. наук, проф.; МИХАЙЛО СМОКОВИЧ, д. юрид. наук; ІННА СПАСИБО-ФАТЄЄВА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; СЕМЕН СТЕЦЕНКО, д. юрид. наук, проф.,

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

чл.-кор. НАПрН України; Марина Стефанчук, д. юрид. наук; Микола Стефанчук, д. юрид. наук, доц.; Хірохіде Такікава, (Hiromide Takikawa), Prof. (Japan); Михайло Теплоук, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Олег Ткачук, д. юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, к. юрид. наук, проф.; Віталій Уркевич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Устименко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, чл.-кор. НАПрН України; Спиридон Флогаїтіс (Spyridon Flogaitis), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Світлана Фурса, д. юрид. наук, проф.; Джабір Халілов, к. юрид. наук, доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Сергій Харитонов, д. юрид. наук, доц.; Наталя Хуторян, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галя Чанишева, д. юрид. наук, проф.; Олександр Чирич (Oleksandr Ciric), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Юрій Чумак, к. юрид. наук.; Валерій Шептько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Олексій Ющик, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (Yasuko Yamada) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ; Юридична фірма «Юрлайн»

ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; Юридичний портал *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“ДОКТРИНА ПРИРОДНОГО ПРАВА”

ВСТУПНЕ СЛОВО.....9

I. Доктрина природного права в історико-філософському вимірі

МИКОЛА КОЗЮБРА

Доктрина природного права: через історичні злети й падіння до визнання основою найважливіших досягнень сучасної правової теорії та практики.....12

СЕРГІЙ МАКСИМОВ

Теорія природного права: концептуальний і доктринальний виміри.....43

II. Природне право у розмаїтті перспектив

STÉPHANE BAUZON

Classical Natural Law, a Methodology for Justice.....66

ПЕТРО РАБІНОВИЧ

Універсальні стандарти людяності як концептуальні засади антропоцентричного праворозуміння.....76

ОЛЕКСІЙ СТОВБА

Сучасне природне право та динамічне праворозуміння.....88

НАТАЛІЯ САТОХІНА

Вступ до герменевтичної теорії природного права.....102

ОЛЕКСАНДР КОСТЕНКО

Що таке природне право? Концепція природного права у світлі соціального натуралізму.....115

III. Сучасні виклики юснатуралізму

JUAN CIANCIARDO

A “Defense” of Cognitivism and the Law.....139

GERARDO JAVIER ULLOA BELLORIN

Artificial Intelligence and Natural Law: a Challenge to Be Overcome.....154

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ.....167

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ:

“Доктрина природного права”.....172

ПРАВО УКРАЇНИ • 2021 • № 1 • 5-6

ЗМІСТ

ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

ІВАН ЛІЩИНА

Порушення права власності законодавчими актами,
прийнятими в рамках соціально-економічної політики держави.
Погляд Європейського суду з прав людини.174

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

ПЕТРО ШЛЯХТУН, ВАЛЕРІЙ КОЛЮХ

Конституційний Суд України як надпарламентський орган
законодавчої влади.215

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

ЛЕОНІД ТИМЧЕНКО, ВАЛЕРІЙ КОНОНЕНКО

Процесуальна реалізація гарантій безпеки України
та захисту її інтересів.229

НОТАРІАТ. НОТАРІАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

ЄВГЕН ФУРСА

Транснаціональний нотаріальний процес:
становлення нового напрямку науки про нотаріат246

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Недопустимість зловживання правом при використанні
приватноправового інструментарію всупереч його призначенню.261

www.pravolia.com.ua

Актуальна тема наступного номера:
“ЮРИДИЧНА ДОКТРИНА УКРАЇНИ ЯК КОНЦЕПТУАЛЬНА
ПОЛІТИКО-ПРАВОВА ОСНОВА РЕФОРМУВАННЯ
СУСПІЛЬСТВА І ДЕРЖАВИ”

ПРАВО

 УКРАЇНИ

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“DOCTRINE OF NATURAL LAW”

INTRODUCTORY WORD9

I. Doctrine of natural law: historical and philosophical dimension

MYKOLA KOZIUBRA

Natural Law Doctrine: Through Historical Rises and Falls
to be Recognized as the Basis of the Most Important Achievements
of Modern Legal Theory and Practice12

SERGIY MAKSYMOW

Natural Law Theory: Conceptual and Doctrinal Dimensions.....43

II. Natural law in a variety of perspectives

STÉPHANE BAUZON

Classical Natural Law, a Methodology for Justice66

PETRO RABINOVYCH

Universal Standards of Humanity as Conceptual Principles
of Anthropocentric Law Understanding76

OLEKSIY STOVBA

Contemporary Natural Law and Dynamic Understanding of Law88

NATALIA SATOKHINA

Introduction to the Hermeneutic Theory of Natural Law102

OLEKSANDR KOSTENKO

What is Natural Law? Concept of Natural Law
from the Perspective of Sociological Naturalism115

III. Modern challenges of jusnaturalism

JUAN CIANCIARDO

A “Defense” of Cognitivism and the Law139

GERARDO JAVIER ULLOA BELLORIN

Artificial Intelligence and Natural Law: a Challenge to be Overcome.....154

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC.....167

SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC:

“Doctrine of Natural Law”172

ПРАВО УКРАЇНИ • 2021 • № 1 • 7-8

TABLE OF CONTENTS

CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

IVAN LISHCHYNA

Violation of the Right to Property by Way of Legislative Acts,
Adopted in the Course of Social-Economic Policy of the State.
The View of the European Court of Human Rights174

CONSTITUTIONAL LAW

PETRO SHLIAKHTUN, VALERIY KOLYUKH

Constitutional Court of Ukraine
as an Over-Parliament Legislative Authority215

INTERNATIONAL LAW

LEONID TYMCHENKO, VALERII KONONENKO

Procedural Implementation of Guarantees of Ukraine's Security
and Protection of its Interests.....229

NOTARIATE. NOTARY PROCESS

YEVHEN FURSA

Transnational Notary Process:
Establishment of a New Direction of Notary Science246

DOCTRINE IN CASE LAW

Inadmissibility of Abuse of Right by Using Private Law Instruments
Against Its Appointment261

www.pravolia.com.ua

Central Topic of the Next Issue:

“LEGAL DOCTRINE OF UKRAINE AS A CONCEPTUAL POLITICAL
AND LEGAL BASIS FOR SOCIETY AND STATE REFORM”

ПРАВО



Актуальна тема номера:
“ДОКТРИНА ПРИРОДНОГО ПРАВА”



Микола Козюбра

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри загальнотеоретичного
правознавства та публічного права
Національного університету “Кієво-Могилянська академія”



Сергій Максимов

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

ВСТУПНЕ СЛОВО

Віками філософи і правознавці різних народів не припиняли замислюватися над питаннями, що собою являє право, у чому полягає його суть, які зв'язки зі справедливістю і мораллю, чи можна вважати несправедливі й аморальні закони правом, як подолати суперечності між справедливістю, мораллю і “законним правом” тощо. Проте й сьогодні ці питання не втрачають своєї актуальності. Ба більше, як підтверджує історичний досвід, на певних етапах суспільного розвитку увага до них суттєво зростає. Саме такий етап ми переживаємо нині. Цьому є декілька причин.

По-перше, соціальні потрясіння, викликані війнами, революціями, тоталітарними режимами, що супроводжували життя переважної частини людства протягом останнього століття, призвели до масових порушень прав людини, кричущого владного свавілля і беззаконня, та, як наслідок, до істотного загострення проблеми справедливості існуючого міжнародного і національного правопорядку. Це гостро стосується

© Микола Козюбра, Сергій Максимов, 2021

України, яка з огляду на низку причин як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру (передусім з огляду на особливості сформованого в роки тоталітаризму менталітету значної частини населення), долає минулу тоталітарну спадщину, зокрема й у сфері нормотворчої і нормозастосовної діяльності, надто важко і повільно.

Як свідчить досвід посттоталітарних держав Західної і Центральної Європи, пануючий у правових системах періоду тоталітаризму ортодоксальний юридичний позитивізм, в якому переважає формально-догматичне ставлення до правової дійсності, не здатний впоратися з цими проблемами.

По-друге, юридико-позитивістський підхід до пізнання правових явищ і процесів не спроможний також оперативно реагувати на нові виклики в правовому регулюванні, обумовлені науково-технічним прогресом. Ідеться, зокрема, про бурхливий розвиток новітніх технологій у галузі мікробіології, генетики, медицини, унаслідок яких з'явилися не тільки такі нові поняття, як “алотрансплантація”, “ксенотрансплантація”, “клонування” тощо, а й по суті починає формуватися нове покоління так званих соматичних (від грец. *soma* – тіло) прав людини. Намагання вирішувати юридичні проблеми, пов'язані з такими правами – на зміну статі, стерилізацію, донорство тощо, як і проблеми, що стосуються деяких класичних прав, зокрема фундаментального права людини на життя (правового захисту “ненародженого життя”, штучного переривання вагітності, евтаназії тощо) виключно традиційними засобами заборон чи, навпаки, дозволів, без належного філософсько-правового осмислення цих проблем, безперспективне.

По-третє, динамізм суспільного життя, темпи якого помітно зростають, все частіше призводить до того, що законодавство не встигає своєчасно реагувати на соціальні зміни, у результаті чого швидко старіє. Це, зі свого боку, призводить до нагромадження прогалин і суперечностей у ньому, долати які доводиться у процесі нормозастосовної діяльності, передусім судової практики. Залишаючись на позиціях притаманного юридичному позитивізму формально-догматичного аналізу законодавства, до чого за попередньою традицією здебільшого схиляється вітчизняна судова практика, без залучення до нормозастосовного процесу духовно-ціннісних аспектів права, визначальними серед яких є людина, її невідчужувані права і свободи, це зробити неможливо.

Все це актуалізує необхідність поглибленого осмислення основного конкурента концепції позитивного права – доктрини природного права та її сучасних варіантів.

Непримиренна боротьба між ними, яка продовжувалася протягом багатьох десятиліть, поступово відходить у минуле. На її зміну приходить

толерантне ставлення до позицій одна одної, яке все частіше завершується інтеграцією здобутків доктрини природного права та позитивістських теорій права (у різних варіантах).

У цьому номері журналу вітчизняні і зарубіжні автори акцентують увагу на різних аспектах доктрини природного права, як позитивних, так і негативних. Водночас вони практично єдині у тому, що говорити про кризу, тим паче занепад ідей природного права недоречно. Без очевидних надбань доктрини природного права подальший прогрес як теоретичної, так і практичної юриспруденції неможливий.

І. Доктрина природного права в історико-філософському вимірі



Микола Козюбра

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри загальнотеоретичного правознавства
та публічного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»,
суддя Конституційного Суду України у відставці
(Київ, Україна)
koziubra@ukma.edu.ua

УДК 340.122

ДОКТРИНА ПРИРОДНОГО ПРАВА: ЧЕРЕЗ ІСТОРИЧНІ ЗЛЕТИ Й ПАДІННЯ ДО ВИЗНАННЯ ОСНОВОЮ НАЙВАЖЛИВІШИХ ДОСЯГНЕНЬ СУЧАСНОЇ ПРАВОВОЇ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

АНОТАЦІЯ. У статті простежується еволюція доктрини природного права від зародження її ідей у період античності, формування засадничих положень доктрини до визначення її місця у сучасній правовій теорії та практиці.

Підкреслюється, що на довгому історичному шляху доктрини природного права були періоди як стрімких злетів, так і болючих падінь, які часом межували з повним занепадом.

Один із найвищих злетів природного права припадає на періоди Відродження і Просвітництва (XVII–XVIII ст.). Саме в цей час була створена потужна школа природного права, яка вивела його на провідні позиції у праворозумінні та справила величезний вплив на процес розвитку не тільки національного, а й міжнародного права, яке своїм становленням у сучасному його вигляді зобов'язане названій школі.

У статті аналізуються причини занепаду школи природного права, найбільчішо-го удару по якій завдала концепція юридичного позитивізму з його абсолютизацією ролі науки та раціонального логічного мислення у правотворенні, ігноруванням духовно-моральних, ціннісних засад права, зведенням його до логічно замкнутої системи норм, запереченням ролі судової практики у процесі правотворення тощо.

Ці та інші недоліки юридичного позитивізму не могли не сприяти відродженню природного права, справжній ренесанс якого відбувся після Другої світової війни як реакція на кричущі свавілля нацистського режиму, яке часто підносилося до рангу закону. У статті піддається аналізу внесок у цей процес таких видатних філософів права, як Г. Радбрух, А. Кауфман та ін.

У завершальній частині статті, на основі аналізу праць таких провідних філософів права сучасності, як Р. Алексі, Л. Фуллер, Р. Дворкін та інші, простежуються тенденції розвитку ідей доктрини природного права в сучасній непозитивістській правовій філософії.

Цей аналіз дав авторові змогу дійти таких висновків.

По-перше, найбільш поширені і впливові в сучасному світі філософсько-правові концепції – доктрину природного права, теорію юридичного позитивізму, соціологічну теорію права та їх численні варіанти – неможливо оцінювати на основі критеріїв, притаманних науці – “істинності – хибності”, “істини – омани”. На відміну від наукових концепцій, вони мають оцінюватися за критерієм взаємодоповнення надбаннями одна одної.

По-друге, незважаючи на те що доктрина природного права, як і інші концепції праворозуміння, не позбавлена вад, її здобутки перевершують вади. До здобутків доктрини природного права належать: орієнтація доктрини на пошук об’єктивної сутності права через звернення до його морально-етичних основ, що суттєво розширює і поглиблює зміст права, пов’язуючи його з нагромадженими протягом багатьох віків цінностями світової культури; людиноцентричність доктрини природного права: у центрі всіх її варіантів – людина, її гідність, невідчужувані права та свободи, які є невіддільною рисою природи людини. Вони обмежують державу, є суттєвою перешкодою для державного свавілля; протидія доктрини природного права надмірному формалізму й догматизму у праві. Згідно з нею першоджерелом права є не держава, а людина, її природні невідчужувані права й свободи та інші цінності людської культури; розрізнення понять “право” й “закон”, встановлення орієнтирів для пошуку критеріїв правового закону та “правопорушуючого законодавства”.

По-третє, ці та інші здобутки доктрини природного права лежать нині в основі досягнень у сфері як правової теорії, зокрема таких її безсумнівних надбань, як теорія прав людини, концепції верховенства права й правової держави, так і юридичної практики.

Ключові слова: доктрина природного права; теорія юридичного позитивізму; соціологічна теорія права; теорія прав людини.

Історія ідей природного права сягає глибини віків. Сьогодні складно визначити, де й коли ці ідеї зародилися. Дехто з філософів права намагається відшукати їх витоки у ранньому християнстві, зокрема в Старому та Новому завітах, у філософів Давнього Вавилону, Єгипту, Індії та Китаю¹. Інші, навпаки, дотримуються думки, що в цих давніх цивілізаціях не існувало чіткого розмежування між світом природи та світом людини, між фізичними законами природи, що управляють світовим порядком, і заповідями Бога, які визначають порядок у людському суспільстві, тобто ідей, на яких виникла доктрина природного права. Навіть у Китаї, попри його величезний внесок у розвиток людської цивілізації, так і не змогли дійти висновку про існування непорушних фізичних законів, що управляють всесвітом. Китайські філософи заперечували ідею єдиного небесного (трансцендентного) повелителя – Всевишнього, який встановлює закони як для всесвіту, так і для людини. У китайській філософії традиційно переважала ідея гармонії як основного принципу світобудови.

¹ С. Сливка, *Природне та надприродне право, ч 1: Природне право: історико-філософський погляд* (Атіка 2005) 8–71.

Цієї гармонії у всесвіті й людському суспільстві неможливо досягти за допомогою природного чи позитивного права. Вона виникає або спонтанно, або через вплив на неї певних ситуацій². Саме цим можна пояснити той факт, що в Китаї так і не отримали визнання ідеї про існування вічних законів, із яких випливають причинно-наслідкові зв'язки³.

Це дає підстави для більшості філософів і правознавців вважати, що колискою природно-правових ідей була Антична Європа, а саме Стародавня Греція та Стародавній Рим.

Більш-менш систематизованого вигляду ідеї, на яких згодом сформувалася доктрина природного права, почали набувати ще в V–IV ст. до н. е. завдяки зусиллям грецьких софістів, основним девізом яких став вислів одного з найвідоміших їх представників Протагора: “Людина є мірою всіх речей існуючих”. Софісти намагалися обґрунтувати положення про те, що право не є чимось штучним, встановленим волею людей, а випливає з природи самої людини.

Попри те, що погляди софістів різних поколінь не були однорідними (на деяких із них істотний вплив мали містичні й теологічні уявлення про світобудову), ідея про те, що природний порядок речей є визначальним як у сфері фізичного буття, так і у сфері людських відносин, що право виростає саме з нього, є “велінням природи”, яке протистоїть штучному й тимчасовому праву, залежному від волі законодавця, залишалася провідною у їхньому вченні.

Ідеї софістів (їх у філософській літературі часто називають досократиками) відіграли важливу роль у подальшому розвитку філософії природного права. Вихідець із софістів-досократиків Сократ, хоч його погляди далеко не завжди збігалися з їхніми поглядами, услід за софістами розрізняв природне право й закони полісу, розвиваючи ідею про природу людини як першоджерело одного й другого.

Учень Сократа Платон, незважаючи на те що прямо не висловлював думок про існування природного права поряд із правом державним, водночас обґрунтовував, що закон держави не повинен бути під владою правителів, інакше це буде “неправильний закон”. У своїй найбільш відомій праці “Держава” він послідовно проводив ідею справедливості, яка в його інтерпретації подається як найважливіша ідея з-поміж вищого світу ідей, що перебувають поза фізичним простором і часом, та становить першооснову всіх соціальних явищ⁴. Ця ідея може бути повністю реалізована лише в досконалій державі, що управляється філософами⁵.

² Д Ллойд, *Идея права* (Юмашева М та Юмашев Ю пер с англ, Югона 2002) 80–1.

³ J Needham, *Science and Civilization in China, vol 2: History of scientific thought, ch 18* (Cambridge University Press 1956); Ллойд (н 2) 81.

⁴ Платон, ‘Держава’ у *Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права* (Головатий С ред, Книга для бізнесу 2008) 13–90 (“цілком досконала держава” – С. 31, 43; “справедливість” – С. 37, 42, 45; “українські філософи” – С. 79–80).

⁵ Там само 79–82.

В іншій своїй праці “Закони” Платон спробував показати, як можна наблизитися до цієї ідеї в “цілком досконалій державі”.

Свого подальшого розвитку погляди Платона про розгляд усіх явищ і процесів крізь призму “справедливого” і “несправедливого”, “правильного” і “неправильного”, “розумного” й “нерозумного” набули в Аристотеля, який належить до учнів Платона. У своїх роздумах про державу (“найкращу форму державного устрою”) він тісно ув’язав поняття “справедливість” із поняттям “право”, визначаючи її як ‘чесноту конче необхідну в суспільстві’, за якою ‘неминуче йде решта чеснот’⁶, зокрема й “добре впорядкування”. На думку Аристотеля, “добре впорядкування” – це завжди “справедливе впорядкування”, яке можливе лише через “справедливі закони”⁷.

Саме з пануванням таких законів він пов’язував утвердження порядку на засадах справедливості та “найкращу форму державного устрою”. Закони, що мають відхилення від цієї форми, тобто не ґрунтуються на справедливості, не здатні забезпечити “доброго впорядкування”, а отже, є “неправильними”. У зв’язку з цим Аристотель намагається з’ясувати поняття “кричущої несправедливості” та розвести (виокремити) поняття “право” і “закон”⁸.

Однак слід зазначити, що природно-правові ідеї та висновки Аристотеля, як і його попередників, стосувалися незалежних грецьких полісів, тобто мали відносно обмежений просторовий характер. Філософ не розмірковував категоріями всезагальної, спільної для всіх людей справедливості та такого ж всезагального, обов’язкового для них, з огляду на спільність людської природи, права.

Такий обмежений підхід був подоланий лише згодом, уже після Аристотеля. Вагомий крок у цьому напрямку зробили пізньогрецькі філософи – стоїки. Вони акцентували увагу на універсальності людської природи, обумовленої основною властивістю людини – розумом. У зв’язку з цим право розглядається ними як продукт всесвітнього раціонального розуму, звідки випливало, що воно може претендувати на моральну перевагу над місцевими законами та звичаями полісів. Проте прямий висновок про пріоритетність універсального закону природи над законами полісу в разі конфліктів між ними, характерний для пізніших варіантів доктрини природного права, стоїками ще не був зроблений⁹.

Учення стоїків про природне походження права та його універсальність отримало розвиток у Римській імперії. Суттєвий внесок у концептуальне оформлення доктрини природного права як цілісної, завершеної системи поглядів зробив, зокрема, видатний мислитель античного Риму

⁶ Аристотель, *Політика* (Кислюк О пер з давньогр та передм, Основи 2000) 86.

⁷ Там само 95–6.

⁸ Там само 18, 88, 111 та ін.

⁹ Ллойд (н 2) 87–8.

Марк Тулій Цицерон. У своїх творах він, як і його грецькі попередники, намагався шукати “корені права” не в міркуваннях людей, а в природі. Він стверджував: ‘Право випливає з природи, є мірилом, наданим природою’¹⁰. Під нею Цицерон розумів Космос, навколишній фізичний і соціальний світ із його багатоманітними формами людського співжиття, зовнішній і внутрішній світ людини. У зв’язку з цим він наголошував, що існує ‘найвищий закон’, ‘спільний для всіх віків’. Він ‘виник раніше, ніж <...> писаний закон’, до того, ‘як будь-яка держава взагалі була заснована’¹¹.

Як і Платон, Аристотель і стоїки, Цицерон розглядав право у його нерозривному зв’язку зі справедливістю, проте, на відміну від них, займав більш радикальну позицію в цьому питанні. Він послідовно проводив думку про те, що не можна назвати правом несправедливі закони людей. ‘Там, де немає правдивої справедливості, там не може бути і права, якщо навіть так вирішить зібрання людей’¹², – стверджував Цицерон. Її він інтерпретував як вічну й незмінну властивість природи, зокрема й людської природи¹³. Справедливість, по суті, виступала основним мірилом (критерієм) оцінки законів, створених людьми, на предмет їх відповідності законам природи, а отже, природному праву.

Від ідей Цицерона та його грецьких попередників відштовхувалися у своїх творах і представники стоїцизму наступних поколінь – Сенека, Марк Аврелій, Ульпіан та ін. Попри те, що в їхніх поглядах були відмінності, їх об’єднувало те, що коріння права вони вбачали в законах природи, яку ототожнювали з розумом людини як мірою всіх речей, та нерозривно пов’язували право зі справедливістю.

Таким чином, можна констатувати, що більшість характерних ознак природного права, що стали фундаментом відповідної доктрини, сформульовані в Стародавній Греції та Стародавньому Римі.

Розпочавши свою історію в епоху античності, доктрина природного права пройшла довгий – більш ніж 2,5-тисячолітній, складний і суперечливий шлях розвитку. Упродовж нього вона зазнавала впливу різних філософських течій, шкіл і концепцій, що позначалося на інтерпретації її прихильниками витоків природного права (від вічних і незмінних законів фізичної природи, Космосу, Бога до змінюваного в часі раціонального людського розуму, всезагальних моральних цінностей і правої природи речей), його змісту і формах прояву (неотомізм, екзистенціалізм, феноменологізм, герменевтика тощо), способах аргументації

¹⁰ Марк Тулій Цицерон, *Про державу. Про закони. Про природу богів* (Литвинов В пер з латин, Основи 1998) 170, 174.

¹¹ Там само 163 і наст.

¹² Там само 122–3.

¹³ Детальніше див.: С Головатий, *Верховенство права, кн перша: Від ідей – до доктрини* (Фенікс 2006) 61–123.

та ін. Проте закладені в античні часи фундаментальні засади доктрини природного права про його надзаконне походження і нерозривний зв'язок зі справедливістю залишалися наріжним каменем практично всіх її наступних варіантів. Ба більше, вони стали одним із провідних для інших неопозитивістських концепцій права, про що детальніше йтиметься трохи далі.

На довгому історичному шляху доктрини природного права були періоди як стрімких злетів, так і болючих падінь, які часом межували з повним занепадом. Проте після них наставали періоди відродження та нових піднесень, які зрештою привели якщо й не до всезагального визнання її ідей, то принаймні до толерантного ставлення до основних положень доктрини, а часто й активного використання її надбань сучасною правовою теорією і практикою.

Одним із найвищих злетів природного права, його “золотий вік”, за висловом Д. Ллойда, припадає на період XVII–XVIII ст., який увійшов в історію під назвами Ренесанс (Відродження) і Просвітництво. Саме в цей період створена потужна школа природного права, яка вивела його доктрину на провідні, можна сказати визначальні, позиції в праворозумінні та зробила величезний вплив на процес розвитку не тільки національного, а й міжнародного права. По суті, своїм становленням у сучасному його вигляді останнє зобов'язане школі природного права.

Засновником цієї школи прийнято вважати голландського філософа Г. Гроція. З його ім'ям пов'язаний інтелектуальний поворот доктрини природного права від притаманного Середньовіччю обґрунтування права догматами християнської віри, побудованої переважно на ірраціональному сприйнятті світу, до раціоналізму.

Джерелом природного права Г. Гроцій, як і чимало його далеких попередників часів античності, вважав природу людини (за його словами, вона є “матір'ю природного права”¹⁴), передусім таку її унікальну властивість, як розум, який спонукає її до пошуків розумного, раціонального обґрунтування порядку в суспільстві. Оскільки здатність до розумової діяльності властива не лише окремим людям чи їх спільнотам, а й усьому людству, природне право Г. Гроцій вважав творінням всезагального здорового людського розуму, а систему природного права – універсальною.

“Волевстановлене право”, у якому він розрізняв “право Боже” і “право людське”, тобто створене людьми внутрішньодержавне право, є результатом природного права людей до взаємоспілкування. При цьому “людське право” виникає із зобов'язань людей, прийнятих за взаємною згодою, і має служити інструментом реалізації природного права¹⁵.

¹⁴ Гуго Гроцій, ‘О праве войны и мира’ в Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв. (Мысль 1999) 23.

¹⁵ Там само 28 і наст.

Раціональна методологія Г. Гроція стала відправним пунктом у подальшому розвитку доктрини природного права такими визначними мислителями вказаної епохи й продовжувачами започаткованої ним школи, як Т. Гоббс, Дж. Локк, Ж.-Ж. Руссо, Ш.-Л. Монтеск'є, І. Кант та ін.

Англійський філософ Т. Гоббс, за всієї неоднозначної оцінки його творчої спадщини з огляду на прихильність філософа до абсолютизму (авторитаризму), виходив із того, що природне право (*jus Naturale*), яке він ототожнював зі свободою людини використовувати власні сили на свій розсуд для збереження власної природи¹⁶, є породженням “природного закону” (*lex Naturale*), котрий являє собою “веління розуму”. Згідно з ним людина має діяти відповідно до принципу ‘не роби іншому того, що ти вважаєш би нерозумним стосовно тебе самого’¹⁷. Їй заборонено робити те, що є руйнівним для її спільного з іншими життя. У зв’язку з цим Т. Гоббс наполягав на обмеженні свободи кожної людини заради підтримання миру й суспільної безпеки.

Встановлений сувереном цивільний закон має бути гарантією природного закону, тобто регулювати відносини між людьми таким чином, щоб він служив спільній безпеці. За межами цієї загальної мети цивільний закон не повинен позбавляти людину свободи діяти на власний розсуд¹⁸. Звідси випливав висновок, що все, що не заборонене цивільним законом, дозволене.

Співвітчизник Т. Гоббса, один із фундаторів інтерпретації прав людини як природних і невідчужуваних та ідеї суспільного договору Дж. Локк пропонував розглядати стан, у якому перебувають люди, як “стан природи”, який, зі свого боку, є нічим іншим, як “Розумом”, що вчить людей і все людство бути рівними, не завдавати шкоди життю, здоров’ю, свободі чи власності інших і дотримуватися закону природи, що вимагає миру та збереження всього людства¹⁹.

“Позитивні закони держави”, якими Дж. Локк охоплював насамперед загальне право Англії, є лише тоді справедливими, коли вони ґрунтуються на законі природи, відповідно до якого мають вивірятися і тлумачитися.

З позиції природного права Дж. Локк обґрунтовував один із найважливіших постулатів свого вчення – право народу на опір (повстання), якщо влада вдається до всіляких зловживань, діє всупереч закону природи та “первісному договору”, за яким кожний індивід передав владу суспільству, до якого увійшов, тобто коли є узурпація влади, внаслідок чого вона перестає відповідати меті, задля якої встановлена²⁰.

¹⁶ Т. Гоббс, ‘Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского’ в *Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв.* (Мысль 1999) 38.

¹⁷ Там само 47.

¹⁸ Там само 45.

¹⁹ Дж. Локк, ‘Два трактата о правлении’ в *Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв.* (Мысль 1999) 86.

²⁰ Там само 89, 91–5.

Французький філософ, педагог і письменник Ж.-Ж. Руссо, який увійшов в історію як основоположник теорії суспільного договору, будуючи цю теорію під значним впливом школи природного права, зокрема ідей Г. Гроція про природу людини (природний стан людини), водночас, на відміну від засновників і послідовників цієї школи, зокрема й Г. Гроція, Дж. Локка, а часом навіть у дискусіях із ними, обґрунтовував власний підхід до розуміння природного права та заснованого на ньому суспільного договору.

Якщо його попередники вважали, що 'політичну владу було встановлено на основі людської домовленості, а не на основі божественного права', то Ж.-Ж. Руссо, навпаки, обстоював позицію, згідно з якою 'людина не має права віддавати свою природну свободу нікому', вона повинна діяти згідно з обов'язковими для неї вічними, встановленими Богом стандартами справедливості. Проте оскільки ці стандарти не можуть бути дотримані в суспільстві всіма людьми (з огляду на істотні відмінності), потрібні домовленості між ними та закони, здатні 'поєднати права з обов'язками і скерувати справедливість на її об'єкт'²¹.

Звідси випливав висновок, що закон, звернений до людини як істоти розумної й моральної, це не 'раціональний обрахунок власного інтересу', а 'цілком визначений за своєю метою порядок', який 'закладено Богом' і якого люди повинні дотримуватися для того, щоб вести моральний спосіб життя²². Цей висновок фактично покладено в основу теорії суспільного договору Ж.-Ж. Руссо. Проголосивши, що людина народжується вільною (хоч і "повсюди вона – у кайданах"), філософ ставив перед собою завдання не повернути людину в її "первісний природний стан", а намагався знайти те, що могло б "легітимізувати" навіть силу, яка відповідно до його позиції сама 'не породжує права', і на основі цього довести 'можливість існування такого суспільного порядку', який може 'приносити користь і бути справедливим' для людини²³.

Це досягається, згідно з Ж.-Ж. Руссо, за умови, коли суспільство є нічим іншим як суспільним договором, що ґрунтується на свободі його прийняття і "колективного примусу". Тільки таке суспільство, на переконання філософа, 'відповідає самій природі людини'²⁴.

З позицій суспільного договору філософ обґрунтовує також ідею "загальної волі" як єдиної законної влади в державі. Ця ідея набула особливої популярності вже після його смерті (у ХІХ – на початку ХХ ст.) і використовувалася певними політичними силами далеко не в інтересах

²¹ Ж.-Ж. Руссо, 'Об общественном договоре, или Принципы политического права' в *Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв.* (Мысль 1999) 128–40. Див. також: Головатий (н 13) 311.

²² Головатий (н 13) 335.

²³ Там само 339.

²⁴ Там само. Усі цитування Ж.-Ж. Руссо, наведені в цій частині статті, подаються у перекладі С. Головатого українською мовою відповідних праць філософа в англomовному їх варіанті.

справедливого суспільства, а, навпаки, для утвердження диктаторських, тоталітарних режимів.

Нерідко продовжують маніпулювати “загальною волею”, а точніше “волею народу” (особливо на пострадянському просторі, зокрема в Україні) деякі політичні сили й сьогодні, намагаючись подати політично оформлену волю більшості населення або навіть волю більшості обраних ним представників – депутатів парламенту, як виразників волі колективного цілого – народу. При цьому ігнорується той факт, що в сучасній демократичній і правовій державі народ як “джерело державної влади” виступає не тільки як колективне, ‘містичне й розпливчасте’, за висловом Д. Ллойда, ціле, а й як сукупність громадян, що мають невідчужувані права й свободи, зокрема сферу свободи стосовно народу, більшості, яка формує цю волю, і держави, що її виражає. У концепції Ж.-Ж. Руссо, на жаль, місця окремії людині з її природними й невідчужуваними правами не знайшлося.

Традиції школи природного права у вказану епоху розвинув один із найяскравіших її представників – французький філософ і юрист Ш.-Л. Монтеск’є. У його працях, зокрема основній із них “Про дух законів”, суттєвого поглиблення набули такі багатовікові напрацювання доктрини природного права, як вчення про “закони природи” як вияв “людського розуму”, що управляє всіма народами землі; про “владу розуму”; про “позитивні закони”, спосіб їх творення і співвідношення з правом та ін.²⁵

Одним із ключових положень, яким пронизана вся теоретична спадщина Ш.-Л. Монтеск’є, стало положення про вічність і незалежність від людських законів такої категорії, як справедливість, природу й зміст якої він намагався розкрити в нерозривному зв’язку зі свободою людини, зокрема її політичною свободою²⁶.

З позицій обмеження державної влади свободою людини та її споконвічним прагненням до справедливості Ш.-Л. Монтеск’є обґрунтував одну з основних своїх ідей – ідею “стриманого правління”, для досягнення якої вибудував низку інституційних інструментів юридичного й морального характеру. Визначальне місце серед них відведене структуризації державної влади та її конституціонуванню таким чином, щоб законодавча та виконавча влада не була поєднана в одному органі, а судова влада відокремлена від однієї й другої²⁷. Суттєве значення для забезпечення “стриманого правління” має також висловлена Ш.-Л. Монтеск’є ідея про те, що всі ці три влади мають здійснювати взаємоконтроль дій одна одної з метою недопущення надмірного зосередження (узурпації)

²⁵ Ш.-Л. Монтеск’є, ‘О духе законов’ в *Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв.* (Мысль 1999) 108–26.

²⁶ Там само 121 і наст.

²⁷ Там само 114, 116–121.

влади в руках одного органу чи особи, хоч, на відміну від першої ідеї, вона не отримала розгорнутої аргументації у його працях.

З названих ідей впливає концепція поділу влади з її механізмами “стримувань і противаг”, яка стала однією з визначальних підвалин сучасного конституціоналізму.

У загальному руслі природно-правових ідей розвивав своє філософсько-правове вчення видатний німецький філософ епохи Просвітництва І. Кант. Його погляди на природне право хоч і спиралися на здобутки представників школи природного права, проте відрізнялися суттєвою своєрідністю й оригінальністю в підходах до інтерпретації.

Так, погоджуючись із Ж.-Ж. Руссо, що в основі правопорядку лежить моральність людини, І. Кант водночас, на відміну від Ж.-Ж. Руссо, розглядав моральність не як метафізичну категорію, закладену Богом, а як внутрішню властивість самої людини. “Моральний закон у нас”, – стверджував він, тобто першоджерело права, згідно з І. Кантом, коріниться у моральних вимогах кожного до самого себе. Звідси впливав його знаменитий категоричний імператив – фундаментальний моральний закон із девізом: ‘Чини згідно з таким правилом – максимою, дотримуючись якої ти можеш побажати, щоб вона стала всезагальним законом’²⁸.

Категоричний імператив, або “золоте правило моральності” (як називав його сам І. Кант), не є наслідком раціонального теоретичного знання; він пізнається суто інтуїтивно, залишаючись формальним принципом без конкретного змісту²⁹. Дотримання цього всезагального, абсолютного й універсального принципу стало основою Кантової версії природного права. Зміст цього принципу вчений розкриває за допомогою відповідних правил – вимог, серед яких, зокрема, такі: підпорядкування вчинків людей загальному закону свободи, згідно з яким свобода одного має узгоджуватися зі свободою іншого, відповідність їхньої поведінки критеріям блага й справедливості, заборона робити людям те, що може призвести до руйнування основ їхнього співжиття (не зазіхати на життя, власність інших людей, не порушувати взятих на себе зобов’язань тощо)³⁰.

З іменем І. Канта пов’язаний також започаткований його попередниками поглиблений розвиток природно-правової інтерпретації прав людини. Згідно з його концепцією люди від народження наділені невіддільними, незалежними від позитивного закону правами, які ніхто не може відчужувати. У зв’язку з цим філософ поділяє права на ‘природжені, які

²⁸ И Кант, ‘Метафизика нравов в двух частях’ в *Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв.* (Мысль 1999) 309–10.

²⁹ Ллойд (н 2) 99.

³⁰ В Бачинін та М Панов, *Філософія права* (Ін Юре 2002) 398.

належать кожному від природи незалежно від будь-якого правового акта, та набуті, які потребують такого акта³¹.

Незважаючи на те що підходи до інтерпретації природного права та його зв'язків з "людським правом" (правом, встановленим людьми) у представників школи природного права та послідовників її ідей, як видно навіть із цього короткого огляду, мали суттєві відмінності, вихідні методологічні установки для них залишалися спільними: усі вони стояли на позиціях виключно раціоналістичного, світського природного права.

Доктрина природного права в такому її розумінні набула значного поширення як у Європі, так і за її межами, зокрема на американському континенті, передусім у США. Не залишилася осторонь цього процесу також Україна. Ба більше, саме на її теренах підготовлена одна з перших у Європі (на думку С. Сливки, навіть перша) праця С. Оріховського-Роксолана "Про природне право", яка, на жаль, повністю не збереглася³². Чимало прихильників природного права було й серед учених і вихованців Києво-Могилянської академії (Т. Прокопович, Я. Козельський, П. Орлик та ін.).

Школа природного права справила величезний вплив не тільки на розвиток політичної та правової думки тогочасних Європи і США, а й на політичну практику тієї епохи. Під гаслами доктрини природного права – справедливості, свободи, рівності, власності, природних, невідчужуваних прав людини, зокрема й права народу на повстання, народного суверенітету, поділу влади тощо – здійснювалися антиабсолютистські ліберально(буржуазно)-демократичні революції в Англії (XVII ст.), США та Франції (XVIII ст.). Ідеї та положення школи знайшли своє відображення у таких доленосних післяреволюційних актах, як Декларація незалежності США 1776 р., Конституція США 1787 р., Білль про права 1791 р., Французька декларація прав людини й громадянина 1789 р., Конституція Франції 1796 р. та ін.

Здавалося, такий триумф школи природного права відкриває оптимістичні перспективи для її подальшого розвитку. Проте, як це нерідко буває в історії, на зміну періодам злету (короткочасного чи тривалого) певних шкіл, концепцій, філософських напрямів приходять періоди їх занепаду. Не вдалося оминати такої долі й школі природного права. Період її занепаду почався фактично не із заперечення самого поняття природного права, а з критики поглядів засновників і послідовників школи.

Покажемо у цьому аспекті є філософсько-правове вчення одного з найвизначніших представників німецької класичної філософії

³¹ И Кант, 'Метафизика нравов в двух частях' в Кант И, *Критика практического разума* (пер с нем, Наука 1999) 291–2.

³² Сливка (н 1) 95.

Г. В. Ф. Гегеля, якого відносять до продовжувачів духовно-гуманістичної традиції природного права І. Канта.

Як і І. Кант, він шукав коріння (“грунт”) права у сфері духовного – розуму, моралі, людської свободи, яку він вважав субстанцією духу й найвищим принципом. Людина, природним станом якої є свобода, що належить їй від народження, перебуває, як і у версії природного права І. Канта, у центрі гегелівської філософії права³³.

Проте, на відміну від І. Канта, Г. В. Ф. Гегель категорично заперечував як античні ідеї природного права, так й ідеї представників школи природного права про вічність і застиглість всезагального “права розуму”. Основну мету філософії права він убачав у її очищенні від цих ідей, пропонуючи власне трактування природного права як відображення абсолютної моралі, що уособлює дух народу. Мораль окремого індивіда, на думку Г. В. Ф. Гегеля, є проявом цього всезагального, органічного цілого³⁴.

Своєрідною є позиція вченого щодо співвідношення природного й позитивного права. Він виступав проти їх протиставлення. Згідно з ученням Г. В. Ф. Гегеля, природне право є найбільш розумною основою дійсного, позитивного права, оскільки, як він зазначав у передмові до своєї фундаментальної праці “Філософія права”, ‘що розумне, те дійсне, а що дійсне, те розумне’³⁵. Ця теза викликала свого часу чимало суперечок щодо змісту, вкладеного в неї філософом, які тривають і досі.

Не вдаючись до їх аналізу, зазначимо, що чітко не визначена позиція вченого, враховуючи його безсумнівний авторитет, стала одним із поштовхів початку наступу на природне право.

Спочатку, з огляду на все ще велику популярність ідей природного права, нападки на нього були доволі стриманими. Саме природне право не заперечувалося. Проте його інтерпретація різними філософсько-правовими течіями й школами суттєво змінювалася, усе більше вихолощуючи ідеї засновників і послідовників школи природного права XVII–XVIII ст.

Так, основоположники історичної школи права Г. Гуго, Ф. Савіньї, Г. Пухта, не відкидаючи самого терміна “природне право”, ба більше, спираючись на ідеї Ш.-Л. Монтеск’є, І. Канта, Г. В. Ф. Гегеля, водночас доводили односторонність учень природного права, його відірваність від реальної (емпіричної) дійсності та історичного процесу розвитку права.

Вони пов’язували його з конкретними умовами життя народу, народним духом, на формування якого впливають різноманітні чинники: як природні, зокрема кліматичні, так і соціальні – історичні, політичні, на-

³³ Г Гегель, ‘Філософія права’ в *Антологія мирової правової думки, т III: Європа. Америка 17–20 вв.* (Мисль 1999) 325.

³⁴ Там само 324, 337–9.

³⁵ Г Гегель, *Філософія права* (Мисль 1990) 53.

ціональні, культурно-етнічні, психологічні та ін. Відповідно, право розглядалось як продукт історичного розвитку народного духу, результатом якого є звичаї і традиції народу. Саме в них, на думку фундаторів і послідовників історичної школи права, криється природне коріння права.

Своє, принципово відмінне від традиційного, тлумачення природного права пропонували також представники інших філософсько-правових підходів до його інтерпретації (біологічного, соціального тощо).

Проте якщо не нищівного, як вважають деякі вітчизняні й зарубіжні автори, то принаймні найбільш чіпкого удару по вченнях природного права завдала концепція юридичного позитивізму.

Ідеї, які з точки зору сучасної термінології співзвучні з позитивізмом, як й ідеї природного права, мають доволі давню історію, яка сягає ще часів античності. Їх можна помітити, зокрема, у вченнях суперників стоїцизму – епікурійців³⁶.

Проте значна увага до цих ідей прикута лише в епоху Просвітництва, тобто коли школа природного права перебувала якщо й не на вершині свого розквіту, то принаймні зберігала досить сильні позиції. Як це не дивно, але позитивістські погляди, як і погляди представників природного права, виростили, по суті, з одного джерела – притаманної епосі Просвітництва безмежної віри в абсолютну силу розуму та його невіддільну рису – раціоналізм. Проте якщо школа природного права оперувала розумом як категорією абстрактною, метафізичною, позитивізм, навпаки, зміщував акценти на його емпіричні, конкретні прояви в реальному людському бутті.

Потужний поштовх для розвитку позитивістських ідей спричинили вражаючі досягнення науки тих часів – математики, фізики, хімії, біології тощо, що ґрунтувалися переважно на емпіричних методах пізнання навколишнього світу – спостереженнях, дослідах, експериментах тощо. Досягнення науки, привабливість притаманних їй методів і віра в невичерпні можливості науки справили сильний вплив на всі сфери людської діяльності, зокрема й на сферу права. Унаслідок цього виникають нові напрями й рухи, представники яких намагаються обґрунтовувати свої філософські позиції не на основі метафізичних міркувань, а за допомогою спостережень, аналізу емпіричних фактів, використовуючи при цьому методи “чистих”, насамперед природничих наук.

Засновником такого філософського напрямку (руху) вважається англійський філософ Д. Юм. Саме йому належить розмежування фізичних законів Всесвіту, які управляють всією живою та неживою природою, включно з людьми і тваринами, відповідно до незмінного принципу причинності, і нормативними законами морального й правового характеру, що диктують правила людської поведінки. Якщо пізнання перших

³⁶ Ллойд (н 2) 108.

засноване на фактах, а тому його істинність може бути перевірена (підтверджена чи спростована) дослідним шляхом, то другі (нормативні закони) – це сфера “належного”, яке неможливо сконструювати лише на основі відображення фактично існуючої дійсності. Воно є результатом суб’єктивної оцінки особи, у зв’язку з чим навіть за умови повсюдного дотримання сформульованих таким чином норм це не може стати доказом їхньої істинності, оскільки вони перебувають поза сферою спостережень та інших наукових методів.

Розмежування “наявного” (“суцього”), тобто того, що фактично існує, і “належного”, тобто того, що має бути, мало серйозні наслідки для природно-правової думки. Природне право стало розглядатись не як якась особлива, вища система права, заснована на справедливості, істинність якої самоочевидна чи раціонально доведена за допомогою розуму, а виключно як належне (те, що відноситься до сфери “належного”), що означає не більше, ніж претензію природного права на позначення ним моральних принципів³⁷.

Ідеї Д. Юма набули розвитку в концепції утилітаризму, в основу якої покладений принцип корисності як визначальний критерій оцінки всіх явищ. Родоначальником концепції був англійський філософ, теоретик права й моралі І. Бентам. Заперечуючи природне право, яке, на його думку, основане на змішуванні права й моралі, учений та його послідовники вважали, що право може бути правильно зрозуміле тільки як вільна від моральних, релігійних та інших напашарвань, абсолютно самостійна галузь знання, що ґрунтується на принципі корисності³⁸.

Хоч І. Бентама важко беззастережно назвати “послідовним юридичним позитивістом”³⁹ через відсутність у часи його життя самого поняття “юридичний позитивізм”, слід визнати, що позитивізм став безпосереднім спадкоємцем започаткованого ним учення утилітаризму. Саме воно створило сприятливі передумови для переходу до юридичного позитивізму.

Сама ж філософська течія, яку прийнято позначати терміном “позитивізм”, сформувалася лише в 30-х роках ХІХ ст., фактично вже після смерті І. Бентама (помер у 1832 р.). Її засновником був французький філософ О. Конт, який уперше ввів у науковий обіг і сам термін “позитивізм”.

О. Конт стверджував, що впродовж своєї історії людство проходить три стадії освоєння світу: теологічну (або релігійну), метафізичну й позитивістську. На відміну від попередніх двох стадій, на яких домінували апріорні знання, що ґрунтувалися на визнанні надприродної, транс-

³⁷ Ллойд (н 2) 108.

³⁸ Иеремия Бентом, ‘Введение в основания нравственности и законодательства’ в *Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв.* (Мысль 1999) 389 і наст.

³⁹ Сливка (н 1) 118.

цендентної реальності – Бога чи метафізичних природних і моральних абстракціях пояснення світу, для позитивістської стадії притаманний принципово інший підхід до його освоєння, що ґрунтується на застосуванні наукових методів пізнання дійсності за допомогою спостережень та подальшої перевірки добутих через спостереження знань (теорій, концепцій) дослідним шляхом. Цю стадію О. Конт вважав вершиною досконалості знання, якої досягла сучасна йому людина.

Звідси випливало, що кожна галузь знання, яка хоче відповідати духу часу – нестримно зростаючій престижності науки – і бути ефективною, мусить мати наукове підґрунтя. Тільки за таких умов знання про природні й соціальні явища можуть розраховувати на прогрес.

Правознавство чи не найоперативніше відгукнулося на цей філософсько-позитивістський рух, утворивши новий напрям, який увійшов в історію під назвою “юридичний позитивізм”. Першість серед його основоположників зазвичай відводять англійському правознавцю – теоретику права Дж. Остіну, котрого відносять до учнів утилітариста О. Бентама. Відкидаючи базові для доктрини природного права його морально-духовні аспекти, Дж. Остін та інші представники юридичного позитивізму свої зусилля зосереджують, як відомо, на аналізі чинних норм (велінь, наказів), установлених суверенною владою та забезпечених можливістю застосування примусових заходів⁴⁰.

При цьому йдеться не про просту зміну акцентів (адже таких норм не відкидали зовсім і прихильники природного права), а про те, що тільки норми позитивного права, згідно з концепцією юридичного позитивізму, здатні акумулювати знання, засновані на даних наукових досліджень, що базуються на реальних фактах, виявлених у процесі спостережень. Ці дані є результатом аналізу фактів як діючих правових систем, так і правових систем минулого, оскільки між ними існує багато спільного в поняттях.

З такого підходу, окрім фетишизації встановлених державною владою норм у розумінні права, впливало ще декілька характерних для юридичного позитивізму висновків.

По-перше, юридична наука згідно з ним повинна займатися виключно логічним аналізом, структуризацією, узагальненням і систематизацією норм, установлених державою, тобто вивченням права, яким воно є в реальності (наявного, реального права) та розробленням юридичних понять. Інакше кажучи, юридична наука має стати “наукою позитивного права” (Дж. Остін) або ж “юриспруденцією понять”, а по суті юридичною догматикою, яка згодом трансформувалася у спеціальний напрям аналітичної юриспруденції.

⁴⁰ Джон Остін, ‘Определение области юриспруденции’ в *Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв.* (Мысль 1999) 400–4.

Привнесення у поняття права будь-якого позаправового матеріалу, притаманне “природно-правовій філософії”, як стверджував відомий німецький представник юридичного позитивізму К. Бергбом, не має ніякої юридичної цінності та вносить у юридичну науку неминучий у такому разі й шкідливий дуалізм ідеального та реального, дійсного права. Визначенням права має охоплюватися виключно правовий, реально діючий матеріал; усе інше, що не має правового характеру, у нього входити не повинно⁴¹.

Уявлення про юридичну науку, таку ж вільну від метафізичних морально-ціннісних впливів, як і природничі науки – фізика, хімія, математика тощо, були доволі поширеними в часи їх бурхливого розвитку й обумовленого ним небувалого авторитету науки. Згодом такі уявлення набули концептуально завершеного вигляду в “чистій теорії права” одного з найвидатніших юридичних позитивістів ХХ ст. Г. Кельзена.

По-друге, через призму понятійного мислення як науку почали розглядати не тільки систему знань, здобутих у процесі дослідження на основі використання таких методів, як спостереження, експеримент тощо, тобто власне науку, а й більшість інших явищ суспільного життя, включаючи навіть мистецтво. Наприклад, у 1836 р. англійський художник Дж. Констебль писав: ‘Живопис – це наука, і займатися нею необхідно точно так же, як вивченням законів природи’⁴². У зв’язку з цим він не виключав можливості розглядати пейзажний живопис ‘як розділ фізики, де картини є лише одним з експериментів’⁴³.

Таке сцієнтистське трактування не оминуло й поняття права. Його також почали інтерпретувати як науку, що виникає і функціонує як продукт раціонального понятійного мислення, зокрема сформульованої ним системи таких ключових понять, як права й обов’язки, фізичні та юридичні особи, власність, право власності, договір, делікт, злочин та ін.

Започаткована юридичним позитивізмом сцієнтистська традиція у поясненні природи права домінувала впродовж усього ХІХ – першої половини ХХ ст. Особливо великого поширення вона набула в радянський період, коли ледве не кожна встановлена державою норма розглядалась як уособлення наукової істини⁴⁴. Хоч і в дещо трансформованому вигляді, ця традиція не подолана досі (особливо на пострадянському просторі). І сьогодні чимало правознавців продовжують вважати, що право – це результат наукового пізнання, виявлення закономірностей суспільного, зокрема й правового, буття, їх узагальнення та переведення на

⁴¹ К. Bergbohm, *Jurisprudenz and Rechtsphilosophie* (Leipzig 1892) 367–72, 433–39; ‘Юриспруденція и философия права’ в *Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв.* (Мысль 1999) 494–8.

⁴² Ллойд (н 2) 122.

⁴³ Там само.

⁴⁴ В Баранов, *Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики* (Изд-во Саратовского университета 1989) 398.

мову юридичних норм (перетворення описуючої, дескриптивної інформації в приписуючу, прескриптивну), створення для їх втілення у життя науковообґрунтованих механізмів, здатних забезпечити ефективність сформульованих норм тощо. Звідси широке оперування такими запозиченими з науки термінами, як “наукове підґрунтя права”, “істинність правових норм”, “наукові принципи права”, “наукове право” тощо, зловживання якими небезпідставно піддаються критиці, щоправда, переважно західними фахівцями. Наприклад, сучасний канадський теоретик і філософ права Б. Мелкевік пише: ‘Наукове право блищить яскравим блиском фальшивої монети. Проте потрібно розуміти, що нове поняття не має наукового смислу, варто лише зняти з нього позолоту’⁴⁵.

По-третє, абсолютизація раціональнопонятійного мислення спричинила переоцінення (перебільшення) логічних аспектів у праві, призвівши до ще вразливішого за попередній (ототожнення права з наукою) висновку юридичного позитивізму – інтерпретації права як замкнутої системи норм, з якої за допомогою простого логічного аналізу – дедуктивно-силлогістичних операцій – можна вивести рішення при розгляді будь-якої юридичної справи. У зв’язку з цим роль суддів зводилася виключно до “вуст закону” та здійснення намірів законодавця. Тобто вони фактично ізолювалися від різноманітних позазаконних чинників – моральних, політичних, економічних тощо, які не можуть не враховуватися при ухваленні судових рішень.

Таке надто спрощене трактування ролі суддів не тільки позбавляло їх будь-якої дискреції (судового розсуду), без якої здійснення правосуддя неможливе, що не сприяло підвищенню відповідальності суддів за ухвалені ними рішення, а й, по суті, заперечувало вагому історичну роль судової практики в становленні та розвитку права (не тільки в англосаксонській правовій сім’ї), перетворюючи її на суто механістичну, технічну процедуру.

Вказані та деякі інші доволі сумнівні положення й висновки юридичного позитивізму не могли бути не помічені фахівцями – як філософами, так і правознавцями. Духовно-гуманістична, людиноцентристська спрямованість доктрини природного права, попри небездоганність деяких її позицій, про що йтиметься далі, продовжувала приваблювати хай і нечисленних прихильників ліберально-демократичної правової думки навіть у цей найдраматичніший для природного права період його історії.

З огляду на зазначене говорити про те, що вчення про нього остаточно здали свої позиції чи про повний їх крах, як це іноді трапляється у філософсько-правовій літературі, не зовсім коректно. Занепад самої школи природного права з її відірваними від реалій людського буття доволі розмитими позиціями всезагального трансцендентного людського розуму

⁴⁵ Б Мелкевік, *Юридическая практика в зеркале философии права* (пер с фр и англ, Аледо-Пресс 2015) 61.

зовсім не означає краху духовно-ціннісних аспектів права. Швидше має йтися про суттєве послаблення (зниження) інтересу до цих аспектів людської діяльності, на яких переважно базувалася школа природного права, що загалом для того часу не дивно. Адже уявлення про науку як сферу пізнання, що ґрунтується виключно на раціоналізмі у відображенні дійсності, тобто такою, якою вона існує сама собою, без будь-якого впливу на процес пізнання особистісних якостей і ціннісних установок його суб'єкта-людини, були пануючими в ту епоху. Такі уявлення про образ науки дістали назву класичної науки.

Усвідомлення значення духовно-моральних, ціннісних аспектів не тільки для соціально-гуманітарних наук, тим паче наук, що мають справу з нормативними системами, а навіть природничих і технічних наук, прийшло тільки на етапі формування сучасного постмодерного образу науки, який розпочався лише в 70-х роках минулого століття.

Проте задовго до цього, ще наприкінці ХІХ ст., відомий німецький правознавець Р. фон Ієрінг, погляди якого формувалися під значним впливом спочатку юриспруденції понять, а потім історичної школи, критикуючи доктрину природного права за її зневагу до історії, водночас зазначав, що основна мета права не ліквідована розвитком науки. Як творення розуму воно не зводиться до закону, а передбачає служіння вищій справедливості, що стоїть над законом, заради досягнення ідеальної мети – утвердження самої особистості та її “морального самозбереження”⁴⁶. Інакше кажучи, право не може бути нейтральним, безстороннім до моральних (етичних) цінностей і людських чинників.

Свої симпатії до певних ідей природного права висловлювало також чимало інших учених кінця ХІХ – початку ХХ ст. – основоположник теорії права як етичного мінімуму, німецький правознавець Г. Еллінек, представник марбурзької школи неокантіанства, інтерпретатор “природного права зі змінним змістом”, співвітчизник Г. Еллінека, теоретик і філософ права Р. Штаммлер та ін.

Як видно навіть із цього, доволі обмеженого переліку імен, одними з перших, хто почав усвідомлювати згубність духовно-морального “дальтонізму” позитивістської філософії загалом та юридичного позитивізму зокрема стали переважно правознавці. І це не дивно, оскільки саме юристи в процесі реалізації норм позитивного права відчували його ущербність – статичність, нееластичність (негнучкість), відсутність оперативної реакції на динамізм суспільного життя, а нерідко й відверту невідповідність справедливості, іншим моральним цінностям чи навіть здоровому глузду.

⁴⁶ Р. Ієрінг, ‘Борьба за право’ в *Антология мировой правовой мысли, т III: Европа. Америка 17–20 вв.* (Мысль 1999) 448–9.

Це послужило імпульсом для відродження природного права, перші паростки якого можна помітити вже на початку ХХ ст., зокрема у працях Р. Штаммера. Проте ці паростки з різних причин належного розвитку не мали.

Однією з таких причин, очевидно, можна вважати поширення в цей період зародженого наприкінці ХІХ ст. соціологічного напрямку в правознавстві, основоположником якого на європейському континенті був визначний австрійський учений-юрист, наукова доля якого тісно пов'язана з Чернівецьким університетом (за часів, коли Буковина входила до складу Австро-Угорщини), творець школи “вільного”, “живого права” Є. Ерліх. Особливо великої популярності соціологічні вчення про право набули в США завдяки працям відомого американського правознавця, фундатора соціологічної юриспруденції та реалістичної школи права США Р. Паунда.

Як і юридичний позитивізм, соціологічний напрям у правознавстві ґрунтується на методологічних засадах філософського позитивізму⁴⁷, тобто на соціально-емпіричних дослідженнях, однак своїм вістрям спрямований проти юридичного позитивізму, піддаючи його нищівній критиці. “Державно-правове правознавство”, як вважав Є. Ерліх, – це не наука, а ремісництво, зайняте виданням законів та їх коментуванням. Аналогічну позицію сповідував також Р. Паунд, називаючи юридичний позитивізм “механістичною юриспруденцією”. Правознавство, на їхню думку, має спрямовувати свої зусилля на пошук “живого права” (Є. Ерліх), “права в дії” (Р. Паунд), тобто права не “в книгах”, а в реальному житті, використовуючи при цьому емпіричні методи.

Заперечували прихильники соціологічного напрямку праворозуміння також ототожнення права з наукою. Вони вважали, що право є наслідком не тільки раціонально-логічного мислення, а й творчого пошуку, що значною мірою здійснюється ірраціональним шляхом – через інтуїцію, що зближує право з мистецтвом. У зв'язку з цим Є. Ерліх, Р. Паунд та їхні послідовники вкрай негативно ставилися до розгляду юридичним позитивізмом права як логічно завершеної й замкнутої системи та до судових рішень як результату формально-логічних дедуктивних операцій “виведення” їх із норм і принципів цієї системи.

Незважаючи на різку антиюридико-позитивістську й антиетатистську спрямованість соціологічних теорій права, їх основоположники та прихильники, як і прибічники концепції юридичного позитивізму, не змогли подолати приниження ідеально-духовних, морально-гуманістичних засад у праві, хоч, на відміну від юридичних позитивістів, і не заперечували необхідності врахування моральних та інших чинників

⁴⁷ Сам термін “соціологія” введений у науковий обіг основоположником позитивізму О. Контом, який намагався створити нову науку з такою назвою.

у процесі пошуку “вільного права”. “Центр ваги розвитку права” вони вбачали в різноманітних “суспільних союзах” (включно з державою) або ж у реальних фактах (реалістична школа права), а не в автономних особистостях з їх невідчужуваними правами й свободами, творцями і носіями інших, віками нагромаджених цінностей. Це стало однією з причин використання соціологічної теорії права в антигуманних, антилюдських цілях, що особливо помітно проявилось у нацистській Німеччині, в якій деякі з її ідеологів намагалися обґрунтувати положеннями названої теорії встановлений нацистським режимом антилюдський “конкретний порядок” (*konkrete Ordnung*)⁴⁸.

Справжній ренесанс природного права відбувся тільки після Другої світової війни. Кричущі свавілля нацистського режиму під час війни, які часто підносилися до рангу закону, спричинили масовий післявоєнний рух, спрямований на подолання позитивізму, який, за висловом одного з найвпливовіших філософів права ХХ ст. Г. Радбруха, ‘позбавляв сил і здатності протистояти зловживанням нацистського законодавства’⁴⁹. Духовним главою цього руху, по суті, був сам Г. Радбрух, науковий шлях якого досить повчальний.

У двох невеликих за обсягом статтях, перша з яких мала назву “П’ять хвилин філософії права”, а друга – “Законне неправо і надзаконне право”, опублікованих у перші повоєнні роки, Г. Радбрух рішуче відходить від притаманних йому в довоєнний період релятивістських, а фактично переважно позитивістських або схильних до них позицій і звертається до ідей природного права, віддаючи їм перевагу над позитивним правом.

У вказаних статтях (особливо в другій) він сформулював положення, яке увійшло не тільки в історію філософії права, а й у юридичну практику під назвою “Формула Радбруха”. “Формула” спирається на попередній доробок автора, викладений ним у його широко відомій праці “Філософія права” (1932 р.), згідно з яким праву притаманні три основні складові ідеї – справедливість (*Gerechtigkeit*), доцільність (*Ratsamkeit*) і стабільність, або правопевність (*Rechtssicherheit*). Справедливість, відповідно до філософії Г. Радбруха, є основною ідеєю права, абсолютною цінністю, яка не виводиться з будь-якої іншої цінності⁵⁰. Її суть полягає у рівному ставленні до рівних і різного (нерівного) – до нерівних з урахуванням відмінностей між ними⁵¹. Доцільність пов’язується з метою права. На відміну від справедливості, вона є відносним критерієм ідеї права, який доповнюється справедливістю⁵². Правова стабільність (правопев-

⁴⁸ В Бігун, ‘Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис)’ [2005] III (1–2) Проблеми філософії права 115.

⁴⁹ Г Радбрух, ‘Законное неправо и надзаконное право’ в Радбрух Г, *Философия права* (Международные отношения 2004) 235.

⁵⁰ Там само 42.

⁵¹ Там само 64.

⁵² Там само і наст.

ність) спрямована на те, щоб забезпечити єдиний порядок регулювання суспільних відносин. Як феномен позитивного права, вона вступає у суперечність зі справедливістю й доцільністю, оскільки позитивне право передбачає наявність влади, яка його встановлює, не завжди дотримуючись справедливості й доцільності⁵³.

Відштовхуючись від вказаних ідей (елементів) права, Г. Радбрух у своїй “Формулі” розставив принципово відмінні від попередніх акценти в їх співвідношенні.

Якщо у “Філософії права” він і говорить про рівність усіх трьох названих ідей (елементів) для розуміння права, проте віддає перевагу в цій “тріаді” ідеї стабільності, зазначаючи, що ‘існування правопорядку важливіше, ніж його справедливість і доцільність’⁵⁴, а суддя, ‘який усупереч своєму правовому відчуттю залишається вірний закону’, заслуговує на повагу⁵⁵, то в названих повоєнних статтях його позиція щодо співвідношення цих елементів зазнає суттєвої корекції. Г. Радбрух наділяє суддю правом, ба більше, обов’язком, оцінювати закон на предмет його відповідності справедливості й не застосовувати його в разі, ‘коли чинний закон *стає настільки кричущо несумісним із справедливістю* (курсив наш. – М. К.), що закон як “несправедливе право” заперечує справедливість’⁵⁶. Тобто конфлікт між справедливістю і правовою стабільністю (правопевністю) має вирішуватися в таких випадках на користь пріоритету справедливості, юристи повинні знайти в собі мужність не визнавати за “кричущо несправедливими законами” їх правовий характер⁵⁷.

Саме в цьому полягає суть “Формули Радбруха”. У такому формулюванні вона широко використовувалася судами (з безпосереднім посиланням на цю назву) у повоєнній Німеччині при розгляді справ щодо злочинів нацистського режиму, а згодом – щодо інших злочинів проти людяності, спричинених розділенням Німеччини. У такій же інтерпретації “Формула Радбруха” застосовувалася також поза межами Німеччини й продовжує впливати на сучасну судову практику.

З огляду на це сумнівною видається відносно поширена у філософсько-правовій літературі думка про існування двох окремих “Формул Радбруха” – довоєнної і післявоєнної, або ж двох різних варіантів “Формули”⁵⁸.

За всієї популярності “Формули Радбруха” у повоєнний період історії природного права та привабливості її ідей для сучасної правової теорії й практики, сама “Формула”, як стверджує досвід її використання, небездоганна. З огляду на оціночний характер “Формули”, її застосування

⁵³ Радбрух (н 49) 88.

⁵⁴ Там само 87.

⁵⁵ Там само 100.

⁵⁶ Там само 234.

⁵⁷ Там само 226.

⁵⁸ Велика українська юридична енциклопедія, т 2: Філософія права (Право 2017) 723.

є доволі складним розумовим процесом, адже вона не визначає більш-менш чітких меж між “кричущою несумісністю закону зі справедливістю” і можливими власними уявленнями про справедливість суб’єктів використання “Формули”, на що відомі правознавці, серед них один із найвидатніших позитивістів ХХ ст. Г. Гарт, звертали увагу ще в період її найвищої популярності.

Поряд зі складнощами практичного характеру “Формула Радбруха” вразлива також у теоретичному та філософсько-правовому аспектах. Згідно з нею право фактично існує у двох відокремлених одна від одної формах – у формі позитивного права, тобто закону, й у формі надпозитивного, надзаконного природного права. Такий підхід, притаманний класичним варіантам доктрини природного права, веде до “роздвоєння” єдиного феномену права, порушує його цілісність і монолітність, на чому знову-таки наголошували противники доктрини природного права.

У зв’язку з цим подальший розвиток її надбань, зокрема й нерозривних зв’язків права зі справедливістю та іншими етичними цінностями, пішов по шляху пошуку методологічного підґрунтя для усунення зазначеного дуалізму між природним і позитивним правом та з’ясування дійсної природи права як єдиного соціокультурного феномену, який втілює в собі надбання як природного, так і позитивного права⁵⁹, тобто його реальний та ідеальний аспекти.

Одним із перших, хто започаткував дискусії з цього приводу, був чи не найавторитетніший філософ права післявоєнної Німеччини А. Кауфман (до речі, колишній суддя), який розглядав проблему співвідношення реального та ідеального у праві в межах запропонованої ним онтологічної структури права. Згідно з його концепцією протиставлення позитивного й природного права, особливо яскраво виражене на ранніх етапах правового розвитку, себе не виправдало. Як однобічна й абсолютизуюча позиція природного права, так й однобічний та абсолютний юридичний позитивізм не спроможні осягнути складну онтологічну структуру права, оскільки кожна з цих концепцій містить правильний аспект, проте лише один, який неможливо узагальнити без шкоди для справи⁶⁰.

Юридико-позитивістська теорія, відповідно до якої мають визнаватися правом державні приписи, що під девізом “наказ є наказ” і “закон є закон” виправдовували концентраційні табори й масові вбивства в роки націонал-соціалістичної диктатури, зазначав А. Кауфман, ‘доводить правову думку до абсурду й спростовує сама себе’⁶¹. Історія фашистських і комуністичних диктаторських режимів свідчить, що більше відношення до дійсності права, ніж позитивність, має його правова сутність, тобто

⁵⁹ С Максимов ‘Дуальность права’ (2011) 1 Право Украины 78–9.

⁶⁰ А Кауфманн, ‘Онтологическая структура права’ (2008) 1 Российский ежегодник теории права 151–2.

⁶¹ Там само 154.

коли право ‘за своїм змістом, у крайньому разі приблизно, являє собою правильне (істинне) право’⁶². Прийнятий формально правильно, але злочинний за змістом закон, хоч й існує позитивно, проте не може вважатися правом.

На думку А. Кауфмана, визнання неспроможності юридичного позитивізму не означає, що ‘можливо просто змінити знаки’, поставивши притаманну природному праву сутнісну категорію справедливості значно вище позитивності, ‘так що вона практично більше не відіграватиме ролі’. У такому разі, на його переконання, екзистенція права (тобто його позитивне існування) поглинається його есенцією (від лат. *essential* – суть), тобто сутнісним змістом. Відповідно, поняття права за такого підходу не залежить від позитивності, воно більшою мірою є “надпозитивним” або “допозитивним” правом. Така точка зору притаманна ідеалістичним та абсолютистським природно-правовим ученням, які розглядають природне право як існуючу поруч і вище позитивного права чисту сутність права, абсолютно правильною й справедливою за своїм змістом, що має незмінну дійсність для всіх людей і для всіх часів. Проте цей екстремальний вихідний пункт природного права такий же неприйнятний для пояснення онтологічної структури права, як і крайній юридичний позитивізм⁶³.

Як не важко помітити, у наведених міркуваннях А. Кауфмана є чимало спільного з поглядами (особливо повоєнними) Г. Радбруха. Як і останній, він не відкидає значення для розуміння права ідеї як природного права (насамперед справедливості), так і позитивного права (визначеності, стабільності, передбачуваності тощо).

Проте висновки Г. Радбруха й А. Кауфмана суттєво відрізняються. Якщо Г. Радбрух, як зазначалося, фактично дотримувався позиції дуалізму, роздвоєння права, яке логічно призводить до існування двох, рівною мірою дійсних правопорядків, що, за слушним зауваженням Г. Кельзена, є неможливим, й один із них обов’язково має бути зайвим⁶⁴, то позиція А. Кауфмана зводиться до того, що дійсним завжди може бути лише одне право, яке поєднує елементи позитивності з об’єктивно правильним правом (*richtiges Recht*), яке зобов’язане своєю дійсністю не суб’єктивній волі законодавця, а “об’єктивній правовій істинності” природного права⁶⁵. Момент “правильності” (природності) за А. Кауфманом необхідно присутній у понятті права. Тобто йдеться про “вживлення” природного права в позитивне право. Справедливість як надпозитивний принцип дійсний лише в позитивному праві, а позитивне право дійсне лише че-

⁶² Кауфманн (н 60).

⁶³ Там само.

⁶⁴ H Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechts lebre und des kechts positivismus* (Berlin 1928) 2711; Кауфманн (н 60) 154.

⁶⁵ Там само 155.

рез свою участь у справедливості. Обидва вони взаємно обумовлені й вимагають один одного⁶⁶.

Ще далі в розвитку теорії співвідношення ідеального й реального в праві пішов співвітчизник А. Кауфмана, відомий сучасний теоретик і філософ права Р. Алексі. Наголосивши на тому, що дійсна природа права має пов'язуватися не з поняттям “дуалізм” (*dualism*), яке робить акцент на роздвоєнні природного права й позитивного права, а з поняттям “дуальність” (*dual*), що акцентує увагу на двоскладовій права як єдиного цілого, він обґрунтовує положення про те, що право необхідно включає як реальний або фактичний, так й ідеальний або критичний вимір. У вивченні права фактичний вимір представлений елементами офіційного походження й соціальної ефективності, тоді як ідеальний вимір виражається в елементі моральної правильності⁶⁷. Дуальність природи права полягає не просто у визнанні цих елементів складовими єдиного поняття права, а в якісному їх поєднанні. Тільки узгодженість ідеального виміру права з реальним відкриває можливості для адекватного розуміння права та його онтологічної природи. При цьому починати таку узгодженість, згідно з теорією Р. Алексі, слід зі встановлення ідеального виміру права. Цей вимір знаходить свій вираз у тому, що право з необхідністю висуває домагання на правильність, яка передбачає домагання моральної правильності⁶⁸. Саме вона є джерелом необхідного зв'язку між правом і мораллю, розкриттю якого присвячені праці як самого Р. Алексі, так і багатьох інших теоретиків і філософів права сучасності – прихильників ідей природного права.

Щоправда, чимало з них (зокрема ті ж А. Кауфман та Р. Алексі) відносять себе не так до прибічників самої доктрини природного права, як до представників неопозитивістського праворозуміння. Проте навіть ті з філософів права, які схильні зараховувати себе до послідовників доктрини природного права, не відмовляються від використання надбань інших правових концепцій, зокрема й юридичного позитивізму. Показовою є позиція творця однієї з найвпливовіших версій юснатуралізму у ХХ ст., яка дістала назву теорії “процедурного природного права”, визначного американського філософа права Л. Фуллера.

У своїй найбільш відомій праці “Мораль права” та інших публікаціях він переносить центр ваги в обґрунтуванні моральності права із зовнішніх щодо права моральних цілей, на досягнення яких повинна бути спрямована правова система для того, щоб іменуватися правовою (як зазначалося, позиція притаманна всім класичним варіантам доктрини природного права, які Л. Фуллер називає матеріальним природним

⁶⁶ Кауфманн (н 60) 157.

⁶⁷ Р Алексі, ‘Дуальная природа права’ (2011) 1 Право Украины 45.

⁶⁸ Там само 45.

правом⁶⁹), на вимоги внутрішньої моралі права. Під цими вимогами він розуміє сукупність принципів, які не просто визначають моральні передумови правопорядку, а іманентно присутні в його моральній складовій. До цих принципів Л. Фуллер відносить:

- всезагальність закону;
- обнародування закону;
- неприпустимість законів із зворотною дією, за винятком особливих випадків;
- ясність законів;
- несуперечливість законів;
- неприпустимість законів, що вимагають неможливого;
- стабільність законів (їх незмінюваність упродовж тривалого часу);
- узгодженість дій посадових осіб із правилами, сформульованими в законі⁷⁰.

Виділені Л. Фуллером вісім названих вимог внутрішньої моралі права, як неважко помітити, не відносяться до числа зовсім обділених увагою прихильниками інших, не природно-правових теорій. Проте вони розглядалися переважно, або й винятково, крізь призму юридичної визначеності, а не моральних категорій. Очевидно це дало підстави йому оперувати вимогами внутрішньої моралі права й принципами законності як поняттями тотожними⁷¹, а його критикам, серед яких були не тільки представники юридичного позитивізму (наприклад Г. Гарт), а й інших, неопозитивістських концепцій (зокрема Р. Дворкін) піддавати сумніву теорію Л. Фуллера, дорікаючи йому за непослідовність і навіть плутанину⁷².

Не вдаючись до детального аналізу процедурної теорії природного права Л. Фуллера, слід відзначити, що за всіх її вразливих місць вона акцентує увагу на тих моральних аспектах права (за Л. Фуллером передусім на ‘моралі прагнення, а не моралі обов’язку’⁷³), які не піддаються раціоналізації та формалізації, а залежать від контексту, у якому вони застосовуються. Особливо важливе значення моральні аспекти права мають в юридичному тлумаченні, проблеми якого, за висловом вченого, ‘займають центральне місце у внутрішній моралі права’⁷⁴.

Позиція, згідно з якою повноцінне юридичне тлумачення неможливе без врахування моральних принципів, послідовно проводить у своїх пра-

⁶⁹ Лон Фуллер, *Мораль права* (пер з англ, Сфера 2007) 120.

⁷⁰ Там само 53, 61–112.

⁷¹ Там само 237, 246, 285 та ін.

⁷² H L A Hart, ‘The Morality of Law by Lon L. Fuller. Review’ [1965] 78 (6) Harvard Law Review 1285; Фуллер (н 69) 238.

⁷³ Фуллер (н 69) 58, 127. ‘Мораль обов’язку’, на відміну від ‘моралі прагнення’, як впливає з концепції Л. Фуллера, приписує певну поведінку як обов’язок, не надаючи іншим права вимагати його беззаперечного виконання. Навпаки, ‘мораль прагнення’ акцентує увагу на можливості інших вимагати того, чого вимагають від нас.

⁷⁴ Фуллер (н 69) 112, 265.

цях інший провідний американський теоретик і філософ права Р. Дворкін. Намагаючись поєднати юридичні правила тлумачення, притаманні юридичному позитивізму, і моральні принципи, на які спираються у процесі інтерпретації прихильники природного права (зокрема той же Л. Фуллер), Р. Дворкін пропонує власний підхід до теорії інтерпретації (за його словами, “третій шлях” між доктриною природного права і юридичним позитивізмом), який називає інтерпретивізмом. Відповідно до нього право – це не просто сукупність встановлених авторитетом норм. Воно не існує за межами юридичної (насамперед судової) практики, а отже, є результатом постійних інтерпретацій, що ґрунтуються не тільки на встановлених нормах, а й на належному правовому оформленні моральних вимог. Ці вимоги набувають характеру стандартів – принципів, які виходять за межі встановлених юридичних норм. Вони мають моральне джерело походження і виступають передусім як моральні судження, що “працюють” за відмінним від норм механізмом, який значною мірою залежить від конкретної правової ситуації (як приклад Р. Дворкін наводить справу про можливість спадкування вбивцею майна своєї жертви)⁷⁵. Саме принципи, як основоположні ідеї, що спрямовують правове регулювання, виступають зв’язуючою ланкою між природно-правовим і юридично-догматичним (юридико-позитивістським) підходами в процесі інтерпретаційної діяльності.

Її результативність, згідно з концепцією Р. Дворкіна, визначається не стільки об’єктивними чинниками (традиційними правилами, методами й способами юридичного тлумачення), скільки такими моральними принципами, як людська гідність, рівність, свобода та іншими суб’єктивними чинниками, інакше кажучи, тим, що Р. Дворкін називає “порядністю” (*integrity*) у праві. Особливе місце у зв’язку з цим він відводить моральному прочитанню (*Moral reading*) Конституції США, провідну роль у якому відіграють рішення Верховного Суду США, члени якого систематично звертаються до такого прочитання при розгляді конкретних складних справ⁷⁶.

Звідси Р. Дворкін робить висновок, що між правом і мораллю відсутня чітка розмежувальна лінія. Відкидаючи як характерне для юридичного позитивізму жорстке розрізнення моралі й права, так і притаманне класичним варіантам доктрини природного права зведення моралі виключно до зовнішнього критерію оцінки позитивного права, згідно з яким закон, що не відповідає моральним вимогам, не може вважатися чинним (позиція своєрідного “вето” моралі над правом), Р. Дворкін обґрунтовує думку про те, що право “вбудоване в мораль”, тобто є її

⁷⁵ R Dworkin, *Law’s Empire* (Fontana press 1986) XIII, 227–34.

⁷⁶ R Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press 1996) 35–8; Г Коваленко, ‘Роналд Дворкін про моральне прочитання Конституції США’ (2011) Спец. вип. 7 Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка 107–14.

частиною⁷⁷. І хоч такий підхід до співвідношення права й моралі небезспірний⁷⁸, важко не погодитися з ним у тому, що мораль не є виключно зовнішнім щодо змісту права чинником (критерієм оцінки позитивного права, про що вже згадувалося). Зв'язки між правом і мораллю набагато глибші. Їх об'єднують насамперед спільні для моралі й права внутрішні сутнісні цінності, без усвідомлення й поглибленого осмислення яких існує небезпека перетворення нормозастосовної діяльності у відірвану від реалій формально-догматичну процедуру, прояви якої все ще нерідко помітні у вітчизняній посттоталітарній судовій практиці.

Висновки. Наведений короткий аналіз поглядів провідних філософів права як порівняно недалекого минулого (після Другої світової війни), так і сучасності дають підстави для принаймні трьох підсумовуючих висновків.

По-перше, найбільш поширені в сучасному світі філософсько-правові концепції – доктрину природного права, теорію юридичного позитивізму, соціологічну теорію права – та їх численні варіанти неможливо оцінювати на основі критеріїв, притаманних науці – “істинності – хибності”, “істини – омани”, як це відбувалося у часи домінування сцієнтизму (фетишизації ролі науки). Якби одні з них були істинними, а інші зовсім хибними, популярність “хибних” себе вичерпала б і, як і чимало інших концепцій права, які обґрунтовуються суто науковими методами, про які йшлося вище, вони залишилися б в історії.

Проте всі названі концепції у різних їх варіантах залишаються доволі впливовими. Непримиренна боротьба між ними значною мірою обумовлена намаганням перенести на них властивий науці критерій “істинності – хибності”, залишилася в минулому. Нині переважають пошуки якщо не консенсусу (він з огляду на несумісність світоглядних підходів неможливий), то компромісів між ними, а точніше їх здобутками, підтвердженням, чому є очевидне прагнення до їх інтеграції, продемонстроване вище.

По-друге, філософсько-правові, як й інші філософські концепції, на відміну від наукових концепцій, оцінюються не за критерієм “істинності – хибності”, згідно з яким одна концепція виключає інші, а за критерієм (принципом) взаємодоповнення одна одної⁷⁹.

Усі вони мають як свої переваги, так і недоліки. Тільки на основі синтезу їхніх здобутків у контексті надбань поступального розвитку людської цивілізації можна отримати більш-менш задовільні уявлення про

⁷⁷ Р Дворкін, ‘Цілісність права’ в Фейнберг В Дж та Каулман Дж (ред), *Філософія права* (Основи 2007); С Гест, ‘Єдність і смисл в теорії права Рональда Дворкіна’ (2013) 1 *Філософія права і загальна теорія права* 354–69.

⁷⁸ Hugh Baxter, ‘Dworkin’s “One-System” Conception of Law and Morality’ (2010) 90 *Boston University Law Review* 857–62.

⁷⁹ С Причепій та А Черній та П Чекаль, *Філософія: посібник* (Академвидав 2003) 26.

онтологічну, епістемологічну й аксіологічну природу права та тенденції його розвитку в сучасному світі.

По-третє, незважаючи на те що доктрина природного права, як й інші концепції праворозуміння, не позбавлена вад (невизначеності, зокрема відсутності чітких критеріїв відмежування правового від неправового; абсолютизації ідеальних аспектів права та недооцінки його реального виміру, що надає доктрині очевидно оціночного характеру і, як наслідок, знижує можливості права виступати у ролі загальнообов'язкового нормативного стандарту поведінки, тощо) здобутки доктрини все ж перевершують її вади. Серед них слід насамперед відзначити:

– орієнтацію доктрини природного права на пошук об'єктивної сутності права через звернення до його морально-етичних основ, що суттєво розширює й поглиблює зміст права, пов'язуючи його з нагромадженими протягом багатьох століть цінностями світової культури. Цінності ж для людини, як зазначав свого часу видатний математик, фізик і філософ Б. Паскаль, часто бувають вагомішими за теоретичні судження й висновки науки, оскільки саме вони визначають реальне життя людей та їхню долю;

– людиноцентричність доктрини природного права. У центрі всіх її варіантів стоїть людина, її гідність, невідчужувані права й свободи, які є невіддільною рисою природи людини. Вони обмежують державу, зокрема й законодавчу владу, примушують до встановлення певних обов'язків щодо гарантування цих прав і свобод, а отже, є суттєвою перешкодою для державного свавілля;

– протидію доктрини природного права надмірному формалізму й догматизму в праві. Згідно з доктриною зміст права визначається не державою. Держава не має й не може мати монополії на творення права, вона є творцем законодавства, а не права, яке є явищем об'єктивним. Першоджерелом права є людина, її природні, невідчужувані права й свободи та інші цінності людської культури;

– розрізнення понять “право” й “закон”, встановлення орієнтирів для пошуку критеріїв правового характеру закону та “правопорушуючого законодавства”.

Ці та деякі інші здобутки доктрини природного права нині лежать в основі досягнень у сфері як правової теорії, зокрема таких її безсумнівних надбань, як теорія прав людини, концепції верховенства права й правової держави, так і юридичної практики, переконливим підтвердженням чому можуть бути численні рішення міжнародних судів, зокрема Європейського суду з прав людини, а також конституційних і верховних судів європейських та багатьох інших демократичних і правових держав сучасного світу.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bergbohm K, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Leipzig 1892) (in German).
2. Dworkin R, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press 1996) (in English).
3. Dworkin R, *Law's Empire* (Fontana press 1986) (in English).
4. Kelsen H, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Berlin 1928) (in German).
5. Needham J, *Science and Civilization in China, vol 2: History of scientific thought* (Cambridge University Press 1956) (in English).
6. Baranov V, *Istinnost' norm sovetskogo prava. Problemy teorii i praktiki* (Izd-vo Saratovskogo universiteta 1989) (in Russian).
7. Bachynin V ta Panov M, *Filosofii prava* (In Yure 2002) (in Ukrainian).
8. Holovatyi S, *Verkhovenstvo prava. U trokh knyzhakh, kn persha: Vid idei – do doktryny* (Feniks 2006) (in Ukrainian).
9. Prychepii S ta Chernii A ta Chekal P, *Filosofii: posibnyk* (Akademvydav 2003) (in Ukrainian).
10. Slyvka S, *Pryrodne ta nadpryrodne pravo, ch 1: Pryrodne pravo: istoryko-filosofskyi pohliad* (Atika 2005) (in Ukrainian).

Edited books

11. *Antologija mirovoj pravovoy mysli, t III: Evropa. Amerika 17–20 vv.* (Mysl' 1999) (in Russian).
12. Aristotel', *Politika* (Kisljuk O per z davn'ogr ta peredm, Osnovi 2000) (in Russian).
13. Dvorkin R, 'Tsilisnist prava' v Feinberha Dzh ta Kaulmana Dzh (red), *Filosofii prava* (Osnovy 2007) (in Ukrainian).
14. Fuller L, *Moral prava* (per z angl, Sfera 2007) (in Ukrainian).
15. Gegel' G, *Filosofija prava* (Mysl' 1990) (in Russian).
16. Kant I, 'Metafizika нравов v dvuh chastyah' v Kant I, *Kritika prakticheskogo razuma* (per s nem, Nauka 1999) (in Russian).
17. Llojd D, *Ideja prava* (Jumasheva M i Jumashev Ju per s angl, Jugona 2002) (in Russian).
18. Mark Tullii Tsytseron, *Pro derzhavu. Pro zakony. Pro pryrodu bohiv* (Lytvynov V per z latyn, Osnovy 1998) (in Ukrainian).
19. Melkevich B, *Juridicheskaja praktika v zerkale filosofii prava* (per s fr i angl, Aledo-Press 2015) (in Russian).
20. Platon, 'Derzhava' u *Antolohii liberalizmu: polityko-pravnychi vchennia ta verkhovenstvo prava* (Holovatyi S red, Knyha dlia biznesu 2008) (in Ukrainian).
21. Radbruch G, 'Zakonnoe nepravo i nadzakonnoe pravo' v Radbruch G, *Filosofija prava* (Mezhdunarodnye otnosheniya 2004) (in Russian).

Encyclopaedias

22. *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia, t 2: Filosofii prava* (Pravo 2017) (in Ukrainian).

Journal articles

23. Baxter H, 'Dworkin's "One-System" Conception of Law and Morality' (2010) 90 Boston University Law Review 857–62 (in English).

24. Hart H L A, 'The Morality of Law by Lon L. Fuller. Review' [1965] 78 (6) Harvard Law Review 1285 (in English).
25. Aleksi R, 'Dual'naja priroda prava' (2011) 1 Pravo Ukrainy 45 (in Russian).
26. Bihun V, 'Ievhen Erlikh: zhyttia i pravoznavcha spadshchyna (aktualnyi naukoznavchyi narys)' [2005] III (1–2) Problemy filosofii prava 115 (in Ukrainian).
27. Hest S, 'Iednist i smysl v teorii prava Ronalda Dvorkina' (2013) 1 Filosofii prava i zahalna teoriia prava 354–69 (in Ukrainian).
28. Kaufmann A, 'Ontologicheskaja struktura prava' (2008) 1 Rossijskij ezhegodnik teorii prava 151–2 (in Russian).
29. Kovalenko H, 'Ronald Dvorkin pro moralne prochytannia Konstytutsii SShA' (2011) Spets. vyp. 7 Visnyk Luhanskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav im E O Didorenka 107–14 (in Ukrainian).
30. Maksimov S 'Dual'nost' prava' (2011) 1 Pravo Ukrainy 78–9 (in Russian).

Mykola Koziubra

NATURAL LAW DOCTRINE:
THROUGH HISTORICAL RISES AND FALLS TO BE RECOGNIZED
AS THE BASIS OF THE MOST IMPORTANT ACHIEVEMENTS
OF MODERN LEGAL THEORY AND PRACTICE

ABSTRACT. The article provides the insight into the doctrine of natural law evolution from the origin of its ideas in the times of antiquity through the formation of fundamental stipulations thereof up to the acknowledgement of its position within the modern legal theory and practice.

The article dwells upon the point that the doctrine of natural law has undergone both the periods of blistering ascent, as well as shocking degradation turning at some times into full decay.

The period of Renaissance (XVII–XVIII centuries) has experienced one of the natural law highest ascents. This is when the powerful school of natural law leading it to prominent position in legal perception was initiated. It has had significant influence on the process of national and international law development, while the latter owes much to this school contributing a lot to its present day state.

The article further focuses on the causes of natural law school degradation being primarily caused by the concept of legal positivism dwelling on absolutization of the role of scholarship as well as rational and logical mentality in lawmaking, and also on the ignorance of mental and value-based foundations of the society and trying to taper it to the secluded system of norms, as well as to negation of judicial practice' role in lawmaking process etc.

The named and other disadvantages of legal positivism had no other choice but to support the renaissance of the natural law, having place after World War II in the form of the reaction on outrageous tyranny of Nazi regime which was often advocated in the form of law. The article analyzes the input Gustav Radbruch, Arthur Kaufmann and certain other philosophers have made to this process.

The article concludes by basing its findings on the works of Robert Alexy, Lon Fuller, Ronald Dworkin and others providing assistance to track tendencies of natural law doctrine development in contemporary non-positivist legal philosophy.

This analysis has provided the author grounds for the following conclusions:

Микола Козюбра

Firstly, the most widely popular and most influential contemporary concepts of legal philosophy (natural law doctrine, theory of legal positivism, sociological theory jointly with their numerous varieties cannot be assessed based on science criteria, namely “true-false”, “truth-lies”. Unlike scientific concepts, these should be assessed based on the criteria of the complementarity of both theories’ benefits.

Secondly, regardless of the fact that natural law doctrine together with other law perception concepts does include certain disadvantages its achievements leave those disadvantages far behind. The achievements of natural law theory may be regarded as following: the focus of the doctrine on finding the objective essence of law through addressing its moral and ethical framework, thus significantly widening and deepening the essence of law by linking it to the values of world culture which have been stacking for many centuries; human-centrism of natural law doctrine: human and its dignity, integral rights and liberties, being inherent feature of human nature locate in the center of the concept. Those features form a link for the state, thus limiting it and being a significant barrier for state tyranny; natural law doctrine opposition to excessive formalism and dogmatism in law. It stipulates that the primary source of law is not attributed to the state but to human, and its inherent natural rights and freedoms together with other human culture values; differentiation of “law” and “statute” terms, adoption of guidelines for lawful statute and law-breaking statutes criteria.

Thirdly, those and other achievements of natural law doctrine form currently the basis of general legal theory achievements, including those achievements in human rights theory, the concept of the rule of law and law-governed state, as well as of the legal practice.

KEYWORDS: natural law doctrine; theory of legal positivism; sociological theory; human rights theory.



Сергій Максимов

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри теорії і філософії права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-3165-8142>
s_maximov@ukr.net

DOI: 10.33498/opus-2021-01-043

УДК 340.12

ТЕОРІЯ ПРИРОДНОГО ПРАВА: КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ І ДОКТРИНАЛЬНИЙ ВИМІРИ

АНОТАЦІЯ. У статті аналізуються особливості теорії природного права як фундаментальної парадигми в осмисленні права, завдяки яким вона зберігає своє значення протягом усієї інтелектуальної історії людства у конкурентній боротьбі із дуже впливовим суперником – правовим позитивізмом. Існуючи у багатоманітності своїх проявів – теорій природного права, або навіть тенденцій, способів правового мислення, вона несе у собі могутній потенціал творчих перетворень у правовій сфері завдяки формулюванню амбітних ідеалів та їх практичній реалізації, зберігаючи загадковість і надихаючи своїх прибічників на розгадування таємниць права та його пізнання.

Метою статті є спроба уточнити ключові положення щодо суті природного права, спростувати деякі упередження щодо трактування його природи і призначення, а також показати можливості й характер практичного застосування положень цієї концепції як певної доктрини.

Спираючись на теоретичну проблематизацію деяких уявлень щодо історії та змісту природного права й аналітичних роз'яснень концептів і конструкцій теорії, що його осмислює (теорії природного права), у першій частині статті робиться спроба сформулювати узагальнюючий образ природного права та теорій природного права, що його осмислюють. Особливо підкреслюється зростання значущості теорій природного права в періоди реформ і соціальних трансформацій.

У другій частині розкриваються підстави та зміст трьох “відроджень” теорій природного права, які відбувалися протягом ХХ ст. Акцент робиться на демонстрації практичного значення теорії природного права (як певної доктрини) у критичних оцінках діючого позитивного права, а також у процесах правотворчості та судових рішеннях, спростовуючи тим самим судження про його історичну “вичерпаність”. У заключній частині окреслюються перспективи застосування положень доктрини природного права у вітчизняній юридичній науці та правовій практиці.

Ключові слова: природне право; позитивне право; теорія природного права; доктрина природного права; відродження природного права; правові цінності; критика позитивного права.

© Сергій Максимов, 2021

Теорія природного права являє собою одну з фундаментальних парадигм в осмисленні права. Будучи діаметрально протилежною юридичному позитивізму, вона утворює із ним бінарну методологічну опозицію світової (переважно європейської) філософії права¹. Ці дві тенденції філософсько-правового мислення пронизують усю історію правової думки, конкуруючи між собою за право бути визнаною найбільш аутентичною, правильною теорією права, неодноразово проголошуючи свою остаточну перемогу і, відповідно, подолання протилежного погляду на право. З моменту представлення ідеї природного права в трагедії Софокла “Антигона”, коли встановленому правителем закону протиставляється закріплене традицією та освячене богами право на повагу до людської гідності як за життя, так і після смерті, природно-правова (намагається вийти за межі такого встановлення) і позитивістська тенденція (тяжкіє до розуміння права як владного встановлення) праворозуміння виявляють себе у різні часи й у різні способи. В Античності – як конфлікт позитивізму софістів² з ідеями природного права Платона й Аристотеля. У Середні віки – зіткнення номіналізму й реалізму, у XVII–XVIII ст. (епоха модерну) раціоналістична теорія природного права Дж. Локка протистояла позитивістському розумінню права і справедливості Т. Гоббса. У XIX ст. позитивізм начебто одержує перемогу над природним правом Просвітництва, але наприкінці XIX – на початку XX ст. спостерігається “відродження” природного права на неокантіанській та метафізично-релігійній основі (і таке відродження, як буде показано далі, протягом XX ст. відбуватиметься декілька разів).

Слід зазначити, що в осмисленні феномену права питання про позитивне, тобто встановлене, право викликає набагато менше розбіжностей, різночитань і проблем, ніж питання про право природне. Природне право постає перед зором багатьох юристів як деякий загадковий феномен, який важко осягнути, спираючись лише на звичні методи юридичної науки. Тому іноді постає закономірне запитання: чи є в таких дослідженнях якийсь сенс, чи не є вони надлишковими? І не є така теорія лише конструкцією розуму, яка не має ніякого практичного сенсу і не може бути застосована ні до законодавства, ні до судових рішень? Інакше кажучи, чи можлива доктрина природного права, а якщо можлива, то яким чином?

¹ За висновком фінського теоретика і філософа права А. Аарніо європейська правова ідентичність визначається чотирма ідеями, дві з яких зародилися в Англії: ідея *парламентаризму* та ідея *загального права* (*common law*), та дві – у континентальній Європі: ідея *спільного права* (*jus commune*), заснованого на римському праві, і *природне право*: ‘Іще одним досягненням Середньовіччя є природне право, хоча його корені сягають набагато глибше’. Див.: Ауліс Аарніо, ‘Хто ми? Проблеми соціальної, культурної та правової ідентичності’ (2008–2009) VI–VII Проблеми філософії права 22–3.

² Яскравий приклад – фігура Фрасімаха у діалозі Платона “Держава”, який стверджував: справедливе є те, що приносить користь сильнішому.

Метою дослідження є спроба уточнити ключові положення щодо суті природного права, спростувати деякі упередження щодо трактування його природи і призначення, а також показати можливості й характер практичного застосування положень цієї концепції як певної доктрини.

Методологія дослідження полягає у теоретичній проблематизації деяких уявлень щодо історії та змісту природного права й аналітичних роз'яснень концептів і конструкцій теорії, що його осмислює (теорії природного права).

Отже, у *першій частині* статті робиться спроба сформулювати узагальнений образ природного права і теорій природного права, що його осмислюють. Особливо підкреслюється зростання значущості теорій природного права в періоди реформ і соціальних трансформацій.

У *другій* – демонструються підстави й особливості форм відродження природного права у ХХ ст., а також розкривається практичне значення теорії природного права (як певної доктрини) у критичних оцінках діючого позитивного права, а також у процесах правотворчості та судових рішеннях, спростовуючи тим самим його історичну “вичерпаність”.

Не маючи на меті повний аналіз літератури з проблеми природного права, звернемо увагу лише на основні напрями таких досліджень, які мають безпосередній стосунок до змісту статті. Проблема природно-правового праворозуміння розглядається у загальних працях, присвячених аналізу природи права, як представниками юридичного позитивізму (Г. Кельзен³, Г. Харт⁴, А. Мармор⁵ та інші), так і представниками протилежного підходу (Л. Фуллер⁶, Р. Алексі⁷, С. Максимов⁸ та інші); у працях із моральної та політичної філософії, присвячених проблемі справедливості (Дж. Ролз⁹, Г. Гьоффе¹⁰ та інші); у працях із філософії права, безпосередньо присвячених темі природного права (Дж. Фінніс¹¹, С. Рабінович¹², Д. Прокопов¹³ та інші). Окремі аспекти природно-правового розумін-

³ Г Кельзен, *Чисте правознавство. З додатком: проблема справедливості. Додаток II. Вчення про природне право* (пер з нім, Юніверс 2004) 426–68.

⁴ Х Л А Харт, *Концепція права* (пер з англ, Сфера 1998) 183–208.

⁵ Andrei Marmor and Alexander Sarch, ‘The Nature of Law’ in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Zalta Edward N. ed, Fall 2019 Edition) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature>> (accessed: 20.12.2020).

⁶ Лон Л Фуллер, *Мораль права* (пер з англ, Сфера 1999).

⁷ Р Алексі, *Понятіе и действительность права (ответ юридическому позитивизму)* (пер с нем, Инфотропик 2011).

⁸ С И Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Право 2002).

⁹ Дж Ролз, *Теорія справедливості* (пер з англ, Основи 2001).

¹⁰ О Хеффе, *Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства* (пер с нем, Гнозис Логос 1994).

¹¹ Дж Финнис, *Естественное право и естественные права* (пер с англ, ИРИСЭН 2012).

¹² С П Рабінович, *Природно-правові підходи в юридичному регулюванні* (Львівський державний університет внутрішніх справ 2010).

¹³ Д Є Прокопов, *Розвиток теорії природного права у вітчизняній і російській правовій думці (середина ХІХ – початок ХХ століть)* (Логос 2011).

ня досліджуються у працях українських теоретиків і філософів права як у класичному (М. Козюбра, О. Костенко, П. Рабінович, О. Литвинов та інші), так і неklasичному вимірах (О. Стовба, Н. Сатохіна та інші). Звертають на себе увагу й дослідження природного права як певної доктрини, орієнтуючого практику, зокрема в екологічному законодавстві (А. Анісімова¹⁴), у здійсненні правосуддя (О. Гришук і Д. Попов¹⁵ та інші). На перелік літератури, присвяченої проблемі природно-правових досліджень, що виходить за кордоном, не вистачило б і всього обсягу статті, тому звернемо увагу лише на останню збірку фундаментальних праць за редакцією Дж. Дюка та Р. Джорджа “Кембриджський путівник природно-правової юриспруденції”¹⁶.

І. Концептуальний вимір теорії природного права

Аналітика природного права. Окреслимо коло понять, які становитимуть категоріальний і тематичний каркас дослідження.

Насамперед це стосується сенсу поняття “доктрина природного права”. Щодо його інтерпретації будемо спиратися на положення праці “Правова доктрина: філософсько-правовий підхід”¹⁷. Доктрина визначається тут як вчення (знання), ‘яке певною мірою редуковане до внутрішньо несуперечливого ядра, завдяки чому воно націлене на безпосереднє використання на практиці’¹⁸. Загальне ж розуміння поняття доктрини у сфері юридичного знання набуває свого специфічного вияву як правова доктрина. При цьому слід зазначити, що ‘будь-яка доктрина (позитивного права) виражає певну концепцію праворозуміння, те чи інше загальне поняття права’¹⁹. На нашу думку, застосування поняття доктрини до основних концепцій права – природно-правової та позитивістської можливо у двох значеннях: широкому, як синонім поняття вчення, та власному, тобто тоді, коли вони застосовуються до розуміння і розв’язання проблем позитивного права²⁰.

Акцентування уваги на практичному значенні теорії природного права, що дало б змогу говорити саме про доктрину природного права, не є характерним для філософсько-правових досліджень в Україні, хоча заради справедливості слід зазначити, що певний досвід аналізу прак-

¹⁴ Г В Анісімова, *Теоретичні засади розвитку екологічного законодавства в контексті природно-правової доктрини* (Право 2019).

¹⁵ О В Гришук та Д І Попов, *Застосування природного права при здійсненні судового угляду: філософсько-правові аспекти* (Хмельницький університет управління та права 2014).

¹⁶ G Duke and R P George (eds), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (Cambridge University Press 2017).

¹⁷ С І Максимов, ‘Правова доктрина: філософсько-правовий підхід’ в *Правова доктрина України, т 1: Загальнотеоретична та історична юриспруденція* (Петришин О заг ред, Право 2013) 58–93.

¹⁸ Там само 60–1.

¹⁹ Там само 69.

²⁰ Там само 70.

тичної ролі теорій природного права був продемонстрований С. Рабіновичем²¹ та деякими іншими авторами²². Вважаємо, що такий, водночас фундаментальний і прикладний, напрям досліджень у філософії права та галузевих дисциплінах, як можливості та межі теорії природного права (природно-правового праворозуміння) щодо практичного значення і застосування, тобто як доктрини, є актуальним і перспективним.

Слід також зазначити, що у контексті цієї статті значення понять “теорія природного права”, “природно-правове праворозуміння”, “природно-правовий підхід”, “природно-правове мислення” істотно не розрізняються і використовуються як синоніми, хоча в інших контекстах вони можуть мати різні смислові навантаження.

Узагальнений образ природного права може бути представлений як певний фокус інтенцій його теоретичного і практичного осмислення, яке характеризується такими рисами²³:

1. Пошуки об’єктивної підстави позитивного права, небуквальність поняття “природа”:

В основі вчення про природне право лежить ідея про те, що всі існуючі правові норми повинні ґрунтуватися на якихось об’єктивних підставах, що не залежать від волі людини або суспільства. Оскільки зразком таких об’єктивних підстав вважалася природа, то і право, яке не залежить від людської волі і бажань, було названо природним²⁴.

2. Пошуки надпозитивної позавладної реальності належного:

[Теорія природного права] спрямована на пошуки особливої реальності права, яка не зводиться до реальності державно-владних встановлень. <...> під природним правом в його узагальненому значенні розуміється надпозитивна інстанція, або “сукупність всіх надпозитивних обов’язковостей людської практики”²⁵.

3. Пошук справедливості як змісту природного права. Особливість природно-правового мислення полягає, кажучи більш звичною мовою, у розмежуванні й зіставленні права і закону з позицій принципів спра-

²¹ Див.: Рабінович (н 12).

²² Див.: Анісімова (н 14); Гришук та Попов (н 15) та ін.

²³ У вирізненні рис природного права через риси природно-правового розуміння, або мислення та їх текстуальних пояснень ми спираємось на свої праці, зокрема на статтю, у якій ці положення були сформульовані вперше. Див.: С Максимов, ‘Природно-правове мислення’ [2001] 4 (28) Вісник Академії правових наук України 155–64.

²⁴ Там само 155.

²⁵ Там само 156.

ведливості'. Воно орієнтується 'на пошук справедливості як сутності права і критерію оцінки закону'²⁶.

4. Критика позитивного права:

Тому можна сказати, що сутність природно-правового мислення полягає в філософській і *передусім етичній критиці права і держави* <...>. Тим самим ця критика 'спрямована на легітимацію і обмеження права і держави'²⁷.

5. Призначення природного права.

Особлива роль природно-правового мислення у перехідні періоди. Унаслідок закладеної в ньому критичної установки природно-правовий спосіб мислення соціально запитується, ситуацією назрівання реформ і революцій, яка характеризується загостренням суперечностей між ідеалом і дійсністю, новими прогресивними прагненнями і старим позитивним правом, або, інакше кажучи, досвідом переживання несправедливості. Цей спосіб мислення – необхідна духовна передумова підготовки і здійснення реформи та змін, у періоди яких відбувається "оживлення" природно-правових теорій²⁸.

6. *Реалістична утопія, або інспіруючий ідеал (практична значущість)*. Природно-правове мислення певною мірою містить елемент утопії, оскільки виходить не з того, що є, а з того, що повинно бути, заперечуючи тим самим існуючий порядок речей.

Адже, хоча утопічні проекти в дійсності не збуваються, людина, перебуваючи під враженням нової дійсності і натхнений цією картиною, своїми вчинками змінює соціальний світ, користуючись при цьому символами і категоріями утопічного проекту. <...> 'Природно-правове мислення Нового часу, – пише О. Хеффе, – зробило інспіруючи вплив на Американську і Французьку революції і призвело до виникнення спільності сучасного типу – демократичної конституційно-правової держави'²⁹.

7. Гуманістичний сенс природного права:

<...> те загальне, що властиве різноманітним формам природного права може бути виражено формулою "боротьба за гуманізацію правопорядку". У цьому полягає дійсний (гуманістичний) смисл природного права, в горизонті якого і здійснюються пошуки підстави і критерію для оцінки правопорядку <...>³⁰.

²⁶ Максимов (н 23) 156.

²⁷ Там само 157.

²⁸ Там само.

²⁹ Хеффе (н 10) 51; Максимов (н 23) 158.

³⁰ Максимов (н 23) 159.

Отже, теорія природного права як певний тип праворозуміння, або спосіб правового мислення, у найзагальнішому вигляді орієнтується на пошуки умовно об'єктивних підстав позитивного права, виражених у символічному концепті “природа”, що являє собою надпозитивну позавладну реальність, реальність належного, концентровано вираженого у понятті справедливості як змісту природного права (його ключової цінності) та критерію для критичної оцінки права встановленого (позитивного). Універсальна актуальність такого способу осмислення полягає у його “призначенні” як певного інспіруючого ідеалу, під впливом якого здійснюються зміни у правовій системі та легітимуються зміни в суспільстві загалом, тому його значення і затребуваність зростає у періоди реформ і революцій. У спрямованості на покращення існуючого порядку відповідно до ціннісних прагнень людини, її невідчужених прав, полягає гуманістичний сенс природного права.

Методологічно дуже важливо відрізнити природне право (онтологічний аспект) від доктрин (теорій) природного права (гносеологічний аспект). Останні є багатоманітними і доволі часто дуже відрізняються одна від одної, але вони тісно пов'язані з однією проблемою – проблемою існування права, не створеного людиною, або, простіше, наявності в позитивному праві деяких власне юридичних елементів, не встановлених людиною. Як підкреслює Ф. Віола:

<...> природне право є проблемою, тоді як природно-правова доктрина є будь-якою з можливих відповідей на цю проблему. Проблема одна, відповідей багато. Проблема зберігається протягом історії юридичної думки; відповіді з'являються, згасають і повертаються, часом в оновленому вигляді, але вони завжди залежать від історичної еволюції позитивного права³¹.

Саме наявність такої об'єктивної проблеми робить підхід до осмислення права з точки зору природно-правової теорії неспростовним, оскільки вони мають постійну основу, що зумовлює постійне відтворення актуальності тих відповідей, які пропонуються природно-правовими теоріями.

Класифікація теорій природного права дає змогу орієнтуватися у їх змістових особливостях і на підставі слабкостей одних теорій не заперечувати природно-правовий підхід загалом. Узагальнена класифікація виглядає таким чином:

³¹ F Viola, 'Chapter 1 Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century' in Pattaro E and Roversi C (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, t 2: Main Orientations and Topics* (Springer 2016) 3.

1. На підставі того, на якому з ключових понять робиться акцент (“природа”, “розум”, “природа людини”), виділяються космологічні (натуралістичні і теологічні), раціоналістичні та антропологічні концепції природного права.

2. Залежно від розуміння сенсу права слід розрізняти “старе” і “нове” природне право. Перше характерне для традиційних суспільств, де передбачалася природна нерівність людей, а друге – для модерністських суспільств, заснованих на ідеї рівності і свободи, а тому являє собою теорію прав людини.

3. За способом обґрунтування ідеї права концепції природного права можуть бути розділені на натуралістичні, деонтологічні та логоцентричні, що розрізняються трактуванням онтологічного статусу природного права: воно розумілось як існуюче до позитивного права, як закон природи (Дж. Локк), над позитивним правом, як моральний ідеал (І. Кант) і в самому позитивному праві, як його розумне ядро (Г. В. Ф. Гегель).

4. Залежно від виділення різних епох у розвитку філософії та всієї культури загалом (класика і сучасність) концепції природного права можуть бути розділені на класичні та сучасні (некласичні)³².

Звісно, така класифікація не є завершеною. Сучасна історія осмислення природного права виявляє нові форми природно-правових теорій та нові підстави для їхньої класифікації. Тому нові типології мають також важливу роль для їх методологічної ідентифікації.

Природно-правова теорія і юридичний позитивізм. Не менш важливим для такої ідентифікації є зіставлення теорій природного права із юридичним позитивізмом. У чому ж полягає демаркація між юридичним позитивізмом і теорією природного права, яка розкриває сутність природного права?

Найбільш розповсюдженим поглядом, особливо в межах англо-американської юриспруденції, є положення про необхідний зв’язок між правом і мораллю, тоді як юридичний позитивізм заперечує такий зв’язок. Але це дуже спрощене уявлення як щодо позитивізму, так і щодо природного праворозуміння. Він веде до спрощеного висновку про те, що аморальність, або несправедливість, норми є достатньою підставою вважати її недійсною (*invalid*), навіть якщо вона встановлена за належною процедурою. Це означало б застосування принципу “несправедливий закон не є правом” (*lex iniusta non est lex*), що в реальності не має практичного застосування, а виступає лише як граничний принцип природного права, як його недосяжний ідеал.

³² Докладніше див.: Максимов (н 8) 76–109; С Максимов, ‘Методологічні підходи до дослідження правової реальності’, в *Правова система України: історія, стан, перспективи, т 1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України* (Цвік М та Петришин О ред, Право 2009).

Тому теорії природного права прагнуть пом'якшити цю вимогу. Наприклад, у певному варіанті природно-правового підходу – непозитивізмі, відмінність між ним і правовим позитивізмом за Р. Алексі вбудована за трьома критеріями.

Для позитивізму це: 1) обмеження поняття права певною культурою; 2) сильна версія соціальної тези, яка стверджує повну детермінованість права соціальними джерелами; 3) виключення вимоги справедливості з характеристики природи права. Для непозитивізму (як версії природно-правового підходу) це: 1) універсальність поняття права; 2) слабка версія соціальної тези, яка стверджує залежність існування і змісту права не тільки від соціальних фактів, а й моральних ідей; 3) включення вимоги правильності в характеристику природи права³³.

Таким чином, правовий позитивізм і природне право як головні методологічні підходи в сучасній філософії права еволюціонують назустріч один одному: поряд із класичним “жорстким” (*exclusive*) юридичним позитивізмом, який виключає мораль зі сфери права, з'являється “м'який” (*inclusive*) позитивізм, що включає певною мірою мораль у право, а сучасні концепції природного права переходять на позиції інтерсуб'єктивності, варіантом якої є дискурсивно-аргументативна теорія права.

Враховуючи наявність різних підходів до розуміння природного права, вважаємо, що для характеристики теорії природного права, особливо практичного застосування, більш доцільним є широке розуміння природного права як раціонального фундаменту позитивного права, до якого, безумовно, включають і те, що в сучасній юриспруденції називають елементом моралі.

II. Практичний, або доктринальний, вимір теорії природного права

Як ми бачимо, природно-правовий тип праворозуміння подолав довгий шлях від ідеї до теорії, а далі – до її практичного застосування. Нарис такого розвитку у дуже схематичному вигляді ми знаходимо у вже згаданій на початку цієї статті праці А. Аарніо:

Зародки природного права ми знаходимо ще у Стародавній Греції, на-самперед у працях Аристотеля. Мова велася про природне право, вічне, незмінне, всіх часів і народів, яке існує над земним правом. Тома Аквінський вважав, що таке право надане Богом. Наступні покоління раціоналізували природне право, позбавили його божественного змісту. Вважалося, що людина здатна зрозуміти й усвідомити одвічні принципи права, які стосуються кожного.

³³ Robert Alexy, 'Agreements and Disagreements. Some Introductory Remarks' in Escamilla M and Saavedra M (eds), *Law and Justice in a Global Society* (Universidad de Granada 2005) 699–703.

Прикладом цього є Загальна декларація прав людини та Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Ці документи містять багато основоположних принципів природного права <...>. Сучасні конституції воскресили природне право, яке має багатовікову історію. Мораль була повернена праву. Такі зміни заслуговують на підтримку <...>³⁴.

У сучасній філософсько-правовій літературі відзначають, що після домінування юридичного позитивізму в XIX ст. у XX ст. відбулося відродження природного права, при цьому виділяють три таких відродження: перше – на початку XX ст., друге – у середині XX ст., спровоковане Другою світовою війною, і третє, властиве сучасному конституціоналізму, яке розпочалося в останні два десятиліття XX ст.³⁵

Отже, у XX ст. теорія природного права подібно Феніксу кожного разу відтворювалася у нових умовах. Що ж є передумовою такого відродження? Насамперед слід враховувати наявність постійної основи для відтворення природного права – певної проблеми – існування невстановленого елемента в праві (або його раціонального фундаменту), що виражається у такому концепті, як “природне право”. Слід також враховувати соціокультурну основу природно-правових теорій – назрівання фундаментальних соціальних змін, що відчувається як певний досвід переживання несправедливості та трансформується у прагнення до справедливості. Ця потреба у ціннісних і нормативних змінах активізує привабливість саме природно-правового підходу як методології обґрунтування цінностей та їх втілення у позитивне право, тобто їх позитивацію. Насамкінець, природно-правові теорії відображають цю проблемну ситуацію як кризу в праві та активізують свої зусилля на знаходження теоретичних і практичних шляхів її розв’язання, через конструювання та обговорення нових ціннісних і нормативних засобів.

Так коментує складний розвиток права у XX ст. С. Кірсте:

Цей розвиток у Німеччині є гарною ілюстрацією того, як природне право виникає лише тоді, коли позитивне право вироджується у часи кризи або під час переходу від одного правового режиму до іншого, або просто коли воно ігнорує основні моральні вимоги. Три “відродження” природного права – навколо Першої світової війни, після Третього рейху та після падіння Берлінської стіни – із подальшим возз’єднанням Німеччини були такими моментами кризи, коли дійшов старий правовий режим до кінця і не дав вказівки на майбутнє³⁶.

³⁴ Аарніо (н 1) 23.

³⁵ Viola (n 31) 4. Також див.: Stephan KIRSTE, ‘Chapter 2 Natural Law in Germany in the 20th Century’ in Pattaro E and Roversi C (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, t 2: Main Orientations and Topics* (Springer 2016) 91–109.

³⁶ KIRSTE (n 35) 91.

Перше відродження природного права, яке відбулося на початку ХХ ст., було певною мірою спричинене невдоволенням правовим позитивізмом ХІХ ст., який загалом мав на меті суворе відокремлення правової сфери, надмірно нехтуючи моральними ідеалами та соціальними основами права.

Філософськими підходами, що обґрунтовували ідею природного права, у той час були неокантіанство, неогегельянство та неотомізм. У неокантіанстві того періоду природне право розглядалося не як набір норм у ролі основи для виведення справедливих положень у позитивному праві, а й імовірніше за все являло собою умови можливості отримання знання у царині права. Вважалося, що емпіричні знання не можуть бути систематично отримані й досліджені, якщо немає об'єднуючої ідеї та координаційного центру. Ідея права, тобто ідея справедливості, розглядалась як центр права. Ключовою фігурою руху “відродження природного права” був німецький філософ права Р. Штаммлер, який, як вважається, ввів у обіг цей термін. За Р. Штаммлером, природне право являло собою парадигму для законодавця, яка створювалася протягом тривалого процесу. Водночас воно було інструментом для визнання позитивних норм. Учений назвав цей феномен “природне право зі змінним змістом”, коли форма залишалася, а зміст постійно змінювався. Йому належить “доктрина правильного права”, в якій він розробив набір абстрактних вимог до права позитивного³⁷.

До розроблення природно-правових концепцій були причетні також представники неогегельянства (Ю. Біндер), неотомізму (В. Карлейн), ціннісно навантаженої філософії життя Дільтея та ін. У той же час зароджуються феноменологічні концепції природного права, засновані на етиці матеріальних цінностей М. Шелера та М. Гартмана. Ці концепції розвивалися Г. Гуссерлем (апріорне право як онтологічно-смысловий базис права) й А. Райнахом (природне право як апріорні засади права як такого).

Саме до цього періоду відноситься й відомий рух за відродження природного права в ліберальній філософсько-правничій думці Російської імперії. Ініціаторами цього руху були Л. Петражицький і П. Новгородцев, які з різних методологічних позицій пояснювали кризу правосвідомості того часу домінуванням юридичного позитивізму й інших течій правової філософії, які скептично ставилися до морального виміру права.

До цього ж руху слід віднести й українця Б. Кістяківського, з його розробкою плюралістичної теорії права, пріоритет у якій надавався ціннісному підходу до права на засадах свободи та справедливості; цей під-

³⁷ R Stammler, *Die Lehre von richtigen Rechte* (Guttentag 1902).

хід знайшов реалізацію в його теоріях правової держави, прав людини та правосвідомості³⁸.

Отже, методологічною основою відродження природного права того періоду була, головним чином, неокантіанська філософія права (хоча можна також констатувати виникнення екзистенціалістської та феноменологічних шкіл філософії права), проте великих досягнень на шляху практичного застосування природного права, окрім розроблення ідеалів правової та соціальної держави, отримано не було.

Друге відродження природного права після Другої світової війни значною мірою було спричинене тим, що очевидні та серйозні порушення людської гідності були дозволені або, принаймні, не заборонялися позитивним правом, тому було видно, що цього слід уникати. Саме у цей період відродження природного права відбувалося не лише у царині філософії права, виникла потреба реалізації вимог природного права у законодавстві та правосудді.

У філософії права того періоду відбувається активне захоплення ідеями природного права. Різні концепції природного права (неокантіанського, неотомістського, неопротестантського та екзистенціалістського напрямів) шукали міцну моральну основу позитивного права. Кожна з концепцій намагалася представити своє бачення гуманного, справедливого права як ідеалу і певного гаранту недопущення жахів нацистського знуцання над людиною. Було запропоновано низку доктрин, які пропонували різні відповіді на співвідношення природного і позитивного права, демонструючи різні варіанти “застосування природного права” та “позитивації природного права”. Такими були теорії спільних цінностей (Ж. Марітен, Г. Калиновські), природи речей (Г. Радбрух, В. Боббіо), права як досвіду (Дж. Сапограссі), людської ситуації (М. Мерло-Понті, В. Майхофер), онтологічної структури права (А. Кауфман, Е. Бетті з трансформацією у “герменевтичну теорію природного права”), правової ситуації (М. Віллей).

Головною тенденцією другого відродження природного права було його практичне застосування. Воно було доволі багатогранним. Природно-правова доктрина була покладена в основу розроблення Загальної декларації прав людини³⁹. Людська гідність як нормативно-ціннісна основа невід’ємних прав людини стає “новим ключовим поняттям” для права, у якому міститься розуміння того, що до людини, на основі її властивостей, потрібно ставитися особливо заради попередження повернення стану варварства, коли людство зіштовхнулося із жахливими випадками

³⁸ Б Кистяковский, *Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права* (М и С Сабашниковы 1916).

³⁹ Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text> (дата звернення: 26.12.2020).

масового приниження людської гідності, що набули неймовірного характеру. Цей особливий статус людської гідності був закріплений у ст. 1 Загальної декларації прав людини: ‘Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах’⁴⁰. У подальшому вимоги природного права у вигляді обґрунтування та позитивації невід’ємних природних прав людини були реалізовані у конвенціях, хартіях і конституціях, прийнятих після Другої світової війни. Найбільш чітко ідея людської гідності представлена у Конституції (Основному законі) Федеративної Республіки Німеччина: ‘Гідність людини є недоторканою. Поважати і захищати її – обов’язок усієї державної влади’⁴¹.

Але головною практичною проблемою була проблема юридичного реагування на насильство та злочини націонал-соціалістичного режиму. На Нюрнберзьких процесах найбільш важливим посадовим особам режиму були пред’явлені звинувачення у злочинах проти людяності. Проте гостро стояли питання про те, що робити з судьями та посадовими особами, які діяли відповідно до націонал-соціалістичних законів або інших норм, прийнятих режимом. Чи були ці норми правовими? Чи були вони легітимними, навіть якщо не прагнули до справедливості?

Дискусія про ці проблеми почалася відразу після війни, і одним із найбільш значущих голосів був голос Г. Радбруха. Він відкинув ідею про те, що право і мораль утворюють міцну єдність, за допомогою якої будь-яке відхилення позитивного права від природного права робить перше недійсним. Однак із ще неокантіанської точки зору Гейдельберзької школи Г. Радбрух дивився на право крізь призму цінностей. У ‘Філософії права’ (1914 та 1932 рр.) він розглядав право як реальність, націлену на ідею права⁴². У своїй знаменитій і досі широко обговорюваній статті учений розробив добре відому формулу, яка отримала назву ‘формула Радбруха’⁴³. Її суть полягає у регулюванні конфлікту між справедливістю і правовою визначеністю, за якої при досягненні законом крайнього ступеня несправедливості він стає ‘помилковим правом’ і навіть може втратити свій характер права⁴⁴. Г. Радбрух визнав невизначеність цього критерію, але не знайшов способу загострити його. На його думку, прикладами законів, що порушують справедливість таким сильним чином, можуть бути свавільні закони і закони, які позбавляють людей їхніх прав людини і ставляться до них як до недолюдей (*Untermenschen*). Відповід-

⁴⁰ Загальна декларація прав людини (н 39).

⁴¹ Основной закон Федеративной Республики Германии от 23 мая 1949 г. <http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/germany/german-r.htm#sub_para_N_100> (дата звернення: 26.12.2020).

⁴² Г Радбрух, *Філософія права* (пер с нем, Международные отношения 2004).

⁴³ Г Радбрух, ‘Законне неправо та надзаконне право’ (2004) II Проблеми філософії права 83–94.

⁴⁴ Докладніше з аналізом формули Радбруха можна ознайомитися: Н І Сатохіна, ‘Формула Радбруха’ в Максимов С І (гол редкол), *Велика українська юридична енциклопедія, т 2: Філософія права* (Право 2017) 1017–9.

но, протиріччя з основними припущеннями природного права може зробити недійсним позитивне право. Яким би суперечливим не був висновок про значення права для його характеру як права, “формула Радбруха” отримала широке визнання не тільки в німецькій юриспруденції⁴⁵, а й у судовій практиці Німеччини. Незважаючи на невизначеність критерію, застосування цієї формули допомогло не тільки притягнути нацистських злочинців до відповідальності, а й дати належну оцінку їхнім злочинам.

У післявоєнних конституціях принципи природного права знайшли свій вияв у положеннях про людську гідність і природні права (стаття 1-I та 1-II) Конституції Німеччини, конституціях земель. Після Другої світової війни не лише Федеральний конституційний суд Німеччини, а й інші суди (принаймні у складних випадках) також зверталися до природно-правових аргументів.

Третє відродження природного права припадає на останні два десятиліття ХХ ст. Іноді його пов’язують із фактом розгляду так званої “справи прикордонників”, в якій була застосована “формула Радбруха”⁴⁶. Але загалом відродження природного права у цей період було спровоковано зростаючою роллю питання прав людини, що кладеться в основу конституційних режимів, із подальшою трансформацією самого способу осмислення позитивного права⁴⁷. Водночас таке зростання було зумовлене об’єктивними суперечностями розвитку самого права, як суперечності між ідеалом і дійсністю. На перший погляд вимоги природного права були втілені повністю у позитивному праві: міжнародних договорах (деклараціях, конвенціях тощо) та демократичних конституціях і законодавстві після Другої світової війни, але прагнення до справедливості як певна людська потреба не була задоволена повною мірою. Це виявилось у прагненні забезпечити більш досконале право через увагу до прав людини. Згадаймо, що саме на цей період припадає здійснення реформи Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який по-новому почав виконувати свої функції з 1998 р.

Такі зміни були підготовлені та підтримувалися певними працями з філософії права, які вийшли як певна критична реакція на домінування в 60-ті роки юридичного позитивізму (у версії Х. Л. А. Харта). Вони не були прямим маніфестом змін, проте вплинули на тематику і характер обговорення правових проблем.

⁴⁵ Алекси (н 7).

⁴⁶ Філософсько-правовий аналіз “справ охоронців кордону” у Німеччині та застосування до них “формули Радбруха” здійснено німецьким ученим С. Кірсте. Див.: С Кірсте, ‘Транспозитивні основи позитивних прав людини’ (2012) 2 Філософія права і загальна теорія права 178–95.

⁴⁷ Viola (п 31) 5.

Вважається, що працею, яка відкрила новий етап сучасної філософсько-правової культури, була книга Р. Дворкіна “Серйозний погляд на права”⁴⁸. Вона, хоч і перебувала у межах аналітичної юриспруденції, насправді була критично спрямована проти юридичного позитивізму Х. Л. А. Харта. Р. Дворкін у подальшому проголошує “третій шлях” у юриспруденції, не просто дистанціюючись як від юридичного позитивізму, так і від теорії природного права, прагнучи здійснити революцію в гносеологічному підході теорії права. Його праця стала парадигмальною для цієї нової течії у правовій філософії.

У своїй наступній книзі “Імперія права” (розділи 2–3) Р. Дворкін розрізняє семантичні теорії права та інтерпретаційні теорії⁴⁹. Перші він критикує, другі – пропонує. Перші включають більшість правових позитивістських теорій від Дж. Остіна та Г. Кельзена до Х. Л. А. Харта, намагаються визначити підстави права за допомогою його ідентифікаційних критеріїв, ніби право є попередньо існуючим об’єктом, який слід пояснити, і ніби існує “природа позитивного права”. Останні, натомість, вважають, що до права як соціальної практики слід застосовувати інтерпретативний підхід, обґрунтовуючи як принципи, яких дотримуються ті, хто користується правом (особливо адвокати та судді), так і примусову силу таких принципів. Таким чином, Р. Дворкін переходить до герменевтичної перспективи зі значним впливом прагматизму. Розрізнення між мораллю і правом відіграє для інтерпретативних теорій вже не таку важливу роль, як для семантичних. Моральні аргументи застосовуються у правових міркуваннях, і вони стають елементами права так само, як і юридичні аргументи.

Провідною працею цього періоду є праця Дж. Фінніса “Природне право і природні права”⁵⁰, у якій здійснюється найцікавіша спроба поєднати природно-правову традицію від Платона до сучасної правової теорії. Концепція вченого, у якій томістська традиція поєднана з аналітичним методом, являє собою теорію позитивного права, сформовану з точки зору природного права. Дж. Фінніс заперечує категоричну постановку питання про те, що *Lex injusta non est lex* (“Несправедливий закон не є правом”), відкидає ідею розмежування права і неправда, й обговорює ідею поступовості реалізації позитивного права в його повноті (ідеї близькі до “герменевтичної теорії природного права”).

До ключового напрямку цього періоду відноситься також непозитивізм, найвідомішим представником якого є Р. Алексі. Його концепція права охоплює широке коло питань, від теорії аргументації, теорії

⁴⁸ R Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977).

⁴⁹ R Dworkin, *Law's Empire* (The Belknap Press of Harvard University Press 1986).

⁵⁰ J Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 1980).

конституційних принципів до теорії природи права. Позиція вченого відрізняється від позиції юридичного позитивізму тим, що крім вимог належного встановлення та дієвості він наполягає, що для права також важливим елементом є претензія на правильність, яка є моральною правильністю, тобто справедливістю⁵¹. Непозитивізм також відрізняється від “чистої теорії природного права”, відповідно до якої тільки моральний елемент є істотним.

У сучасній філософії права розрізняють широкий погляд на теорію природного права від більш вузького та конкретного. У широкому розумінні всі концепції, що відкидають тезу про розмежування між правом і мораллю, можна вважати теоріями природного права.

У вузькому розумінні теорія природного права є не лише моральною теорією, а такою, що пов'язана з “людською природою” і “природним розумом”. Тому вона є теорією права, оскільки наполягає на юридичному характері природного права. Непозитивістська концепція Р. Алексі ближче до теорії природного права у вузькому сенсі.

Завдяки сучасним дискусіям сфера суперечностей між теоріями природного права і юридичним позитивізмом зменшується. Існують певні градації як у самому позитивізмі (жорсткий і м'який), так і в теоріях природного права. Проте не можна вважати, що ця протилежність повністю знімається у теоріях “третього шляху”. Конфлікти між двома крайнощами спалахують знов і знов, як і в середині кожної з традицій.

Останні два десятиліття ХХ ст., на яке припадає третє відродження природного права, характеризуються виникненням глибокої кризи у країнах соціалістичного табору. Це виявлялося також в істотному загостренні протиріч між вимогою справедливості, яка втілювалася у теорії прав людини, та авторитарним позитивним правом. У теорії та філософії права соціалістичного і постсоціалістичного (у більш вузькому сенсі – радянського та пострадянського) періодів усвідомлення цього розриву втілювалося в ідеї розрізнення та зіставлення права і закону, найбільш відомим прихильником якої був В. Нерсисянц. Критерієм визначення права, що відповідає його поняттю, було визнано принцип “формальної рівності”⁵².

Набуття Україною незалежності припадає саме на цей дуже змістовний період відродження природного права. Вплив ідей природного права явно відчутний у тексті Конституції України. Насамперед це виражається у визнанні людини найвищою цінністю та гарантуванні невід'ємних прав людини (ст. 3), положеннях про невідчужуваність і непорушність прав людини (ст. 21), про невичерпність і недопустимість звужування

⁵¹ Р. Алексі, ‘Дуальная природа права’ (2011) 1 Право Украины 45.

⁵² В. Нерсисянц, *Философия права* (Норма 1997) 33.

змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22) та деяких інших⁵³. Детермінантами такого впливу були, на нашу думку, історичний зв'язок сучасного конституціоналізму з теорією природного права та реформаторський потенціал самої теорії природного права, її затребуваність у періоди реформ і революційних змін, що відбувалося також на вже згадуваному тлі збільшення ролі прав людини у світовому співтоваристві (“третьому відродженні природного права”).

Українські вчені-конституціоналісти активно обговорюють питання про поняття конституційної доктрини. В. Речицький, звертаючи увагу на концепцію офіційної конституційної доктрини голови Конституційного Суду Литви Д. Жалімас⁵⁴, підтримує його ідею існування двох автономних значень поняття конституційної доктрини: ‘Перше з них слід розуміти як концепцію, юридичну теорію конституціоналізму, сформульовану науковцями. Друге – втіленням розуміння права, притаманного виключно державному органу конституційної юрисдикції’⁵⁵. Тобто йдеться про розрізнення академічної та офіційної конституційної доктрини. Остання, на відміну від поглядів науковців, є юридично зобов’язуючою, що ґрунтується виключно на офіційному тлумаченні конституції конституційним судом. Заперечуючи думку Д. Жалімас про слабкий зв’язок між офіційною доктриною і поглядами наукової спільноти (їх пов’язаність лише на філософському рівні), В. Речицький наполягає на опосередкованому впливі академічної доктрини на офіційну конституційну доктрину, підкреслюючи, що між ними ‘мають формуватися відносини взаємопроникнення, юридичної *інтертекстуальності*’⁵⁶. Це означає, що будь-яка конституційна доктрина-текст містить у собі віддзеркалення інших політико-правових текстів, а конституційні судді завжди є прихильниками певних політико-правових ідеалів.

Відповідно до доктрини природного права вона є втіленням певного розуміння права, яке не обмежується лише його інституційною стороною, а звертає увагу також на його ідеальну сторону (як прагнення до справедливості), на раціональні основи позитивного права. Вона може існувати на філософсько-правовому та загальнотеоретичному рівні загалом, як певна парадигма юридичного мислення, а може – у вигляді окремих теорій або доктрин. Найбільш розвинутою і затребуваною сьогодні є доктрина природних прав людини, яка може існувати на рівні філософії прав людини, загальної теорії прав людини, а може й на рівні кон-

⁵³ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 26.12.2020).

⁵⁴ Д. Жалімас, ‘Офіційна конституційна доктрина: концепція, значущість, головні принципи розвитку’ (2016) 1–2 Філософія права і загальна теорія права 267–80.

⁵⁵ В. Речицький, ‘Чи може існувати в Україні офіційна конституційна доктрина?’ (2016) 1–2 Філософія права і загальна теорія права 282.

⁵⁶ Там само 284.

ституційної доктрини (академічної та офіційної) як її складова, поряд з іншими доктринами⁵⁷, на рівні інших галузевих теорій і доктрин.

Можна констатувати, що в рішеннях Конституційного Суду України (далі – КСУ) хоча й фрагментарно, іноді трапляються посилання на доктрину природного права як доктрину природних прав людини, тобто використовується природно-правовий аргумент.

У рішенні КСУ від 29 січня 2008 р. № 2-рп/2008 (справа про звільнення народних депутатів України з інших посад у разі суміщення) право на працю розглядається як природне, невідчужуване право людини (‘право на працю закладено у самій людській природі. Його має кожна людина, воно є невідчужуваним, тому самій особі належить виключне право розпоряджатися своїми здібностями до праці’). Беручи до уваги пріоритет природних прав людини, Суд дійшов висновку, що ‘стосовно права на працю, але в межах предмета конституційного подання, може бути надано пріоритет у його захисті державою’⁵⁸.

У рішенні КСУ від 20 січня 2012 р. № 2-рп/2012, у якому йдеться про право на недоторканність особистого і сімейного життя, природно-правовий аргумент виражається у тому, що особисті та сімейні права визнаються частиною природних прав людини, які не є вичерпними, і реалізуються у різноманітних і динамічних відносинах майнового та немайнового характеру, стосунках, явищах, подіях тощо.

Право на приватне та сімейне життя є засадничою цінністю, необхідною для повного розквіту людини в демократичному суспільстві, та розглядається як право фізичної особи на автономне буття незалежно від держави, органів місцевого самоврядування, юридичних і фізичних осіб⁵⁹.

У рішенні КСУ від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) хоча й немає безпосереднього посилання на природно-правовий аргумент, Суд здійснює інтерпретацію цього конституційного права як цінності і робить висновок про недопустимість обмеження права на свободу у розглянутому випадку, яке є ‘невід’ємним та невідчужуваним конституційним правом людини’⁶⁰.

⁵⁷ Див.: Любомир Летнянчин, ‘Офіційна конституційна доктрина Конституції України’ в *Конституційний дизайн: від макро до мікро рівня. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції* (Гетьман А заг ред, Права людини 2020) 70–2.

⁵⁸ Рішення Конституційного Суду України від 29 січня 2008 р. № 2-рп/2008 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-08>> (дата звернення: 26.12.2020).

⁵⁹ Рішення Конституційного Суду України від 20 січня 2012 р. № 2-рп/2012 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12>> (дата звернення: 24.12.2020).

⁶⁰ Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16>> (дата звернення: 24.12.2020).

Ознаки природно-правової аргументації можна знайти у рішеннях Верховного Суду, в яких право розглядається у морально-ціннісній перспективі. Зокрема, у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 19 липня 2018 р. у справі № 916/752/17 зміст добросовісності (*bona fides*) виражається через поняття “розумність і справедливість”. При цьому згідно з обмежувальною функцією добросовісності правило, обов’язкове для сторін, не застосовується настільки, наскільки за певних обставин це буде неприйнятним відповідно до критерію розумності та справедливості. Отже, добросовісність може за певних обставин анулювати чи виключити застосування правил, встановлених сторонами⁶¹.

Ці та подібні випадки застосування аргументів від природного права як у широкому (тобто як будь-якої моральної аргументації), так і у вузькому сенсі (як юридичної аргументації, яка включала б у себе правову мораль (права людини, справедливість тощо)) свідчать про достатньо великий запит на формування природно-правової доктрини в межах загальної правової доктрини України.

Британський філософ права Дж. Тасіулас, аналізуючи мораль прав людини (феномен природного права), підкреслював важливість для останніх забезпечення їх легалізації (тобто законодавчого закріплення) та юдиціалізації (тобто забезпечення судовим захистом)⁶². По суті тут визначена загальна модель практичної реалізації концептів та принципів природного права. Досвід обґрунтування доцільності *законодавчого закріплення* природних екологічних прав, представлений Г. Анісімовою⁶³, свідчить про наявність передумов для більш чіткого визначення доктрини природного права в окремих напрямках досліджень права. Більш широкий досвід осмислення позитивації природного права представлений у ґрунтовній праці С. Рабіновича, у якій він аналізує цей процес на прикладі Цивільного кодексу України, а також рішень ЄСПЛ і КСУ, на підставі розроблених ним оцінкових конструкцій і понять, які використовуються в аргументації юридичних рішень (онтологічних – “суть відносин”, “логіка речей”, “дух Конституції”, деонтологічних – “справедливий”, “належний”, “гідний”, гносеологічних – “явно”, “очевидно”, “безсумнівно” тощо)⁶⁴.

⁶¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 19 липня 2018 р. у справі № 916/752/17 <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/75454196?> (дата звернення: 18.12.2020).

⁶² Дж. Тасіулас, ‘Порятунок прав людини від права прав людини’ (2020) 1 *Філософія права і загальна теорія права* 198.

⁶³ Анісімова (н 14) 119.

⁶⁴ Рабінович (н 12) 406–511. Розділ 5 *Форми та способи позитивації природно-правових принципів у практиці державно-юридичного регулювання*.

Такі напрацювання створюють підстави для системного дослідження можливостей і меж природно-правової аргументації в здійсненні як конституційного, так і загального правосуддя в Україні у дискриптивно-аналітичному й академічно-нормативному аспектах розроблення доктрини природного права з урахуванням тих складних процесів, що відбуваються сьогодні у світі. У такій ситуації навряд чи можна заперечувати можливість відродження оновленої теорії природного права як передумови ціннісних та інституційних трансформацій і їх відповідного аргументування.

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

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

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Dworkin R, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977) (in English).
2. Dworkin R, *Law's Empire* (The Belknap Press of Harvard University Press 1986) (in English).
3. Finnis J, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 1980) (in English).
4. Stammler R, *Die Lehre von richtigen Rechte* (Guttentag 1902) (in German).

5. Anisimova G V, *Teoretychni zasady rozvytku ekolohichnoho zakonodavstva v konteksti pryrodno-pravovoi doktryny* (Pravo 2019) (in Ukrainian).
6. Hryshchuk O V ta Popov D I, *Zastosuvannia pryrodnoho prava pry zdiisnenni sudovoho uhliadu: filosofsko-pravovi aspekty* (Khmelnitskyi universytet upravlinnia ta prava 2014) (in Ukrainian).
7. Kistyakovskij B, *Social'nye nauki i pravo. Ocherki po metodologii social'nyh nauk i obshchej teorii prava* (M i S Sabashnikovy 1916) (in Russian).
8. Maksimov S, *Pravovaya real'nost': opyt filosofskogo osmysleniya* (Pravo 2002) (in Russian).
9. Nersesiants V, *Filosofyia prava* (Norma 1997) (in Russian).
10. Prokopov D, *Rozvytok teorii pryrodnoho prava u vitchyzniani i rosiiskii pravovii dumtsi (seredyna XIX – pochatok XIX stolit)* (Logos 2011) (in Ukrainian).
11. Rabinovych S, *Pryrodno-pravovi pidkhody v yurydychnomu rehuliuванні* (Lvivskyi derzhavnyi universytet vnutrishnikh sprav 2010) (in Ukrainian).

Edited and translated books

12. Alexy R, 'Agreements and Disagreements. Some Introductory Remarks' in M Escamilla and M Saavedra (eds), *Law and Justice in a Global Society* (Universidad de Granada 2005) (in English).
13. Duke G and George R P (eds), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (Cambridge University Press 2017) (in English).
14. Kirste S, 'Chapter 2 Natural Law in Germany in the 20th Century' in Pattaro E and Roversi C (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, t 2: Main Orientations and Topics* (Springer 2016) (in English).
15. Viola F, 'Chapter 1 Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century' in Pattaro E and Roversi C (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, t 2: Main Orientations and Topics* (Springer 2016) (in English).
16. Alexi R, *Poniatye y deistvytelnost prava (otvet yurydycheskomu pozytyvyzmu)* (per s nem, Infotropic 2011) (in Russian).
17. Finnis J, *Estestvennoe pravo i estestvennye prava* (per s angl, IRISEN 2012) (in Russian).
18. Fuller L L, *Moral prava* (per z angl, Sfera 1999) (in Ukrainian).
19. Hart H L A, *Kontseptsiiia prava* (per z anhl, Sfera 1998) (in Ukrainian).
20. Heffe O, *Politika, pravo, spravedlyvist'. Osnovopolozheniya kriticheskoy filosofii prava i gosudarstva* (per s nem, Gnozis Logos 1994) (in Russian).
21. Kelzen H, *Chyste pravoznavstvo. Z dodatkom: Problema spravedlyvosti. Dodatok II. Vchennia pro pryrodne pravo* (per z nim, Iunivers 2004) (in Ukrainian).
22. Maksymov S, 'Metodolohichni pidkhody do doslidzhennia pravovoi realnosti' v *Pravova systema Ukrainy: istoriia, stan, perspektyvy, t 1: Metodolohichni ta istoriko-teoretychni problemy formuvannia i rozvytku pravovoi systemy Ukrainy* (Tsvika M ta Petryshyna O red, Pravo 2009) (in Ukrainian).
23. Maksymov S, 'Pravova doktryna: filosofsko-pravovi pidkhid' in *Pravova doktryna Ukrainy, t 1: Zahalnoteoretychna ta istorychna yurysprudentsiia* (Petryshyn O zah red, Pravo 2013) (in Ukrainian).

24. Radbruch G, *Filosofiya prava* (per s nem, Mezhdunarodnye otnosheniya 2004) (in Russian).
 25. Rawls J, *Teoriia spravedlyvosti* (per z anhl, Osnovy 2001) (in Ukrainian).
 26. Satokhina N I, 'Formula Radbrukha' in Maksymov S (hol redkol), *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia, t 2: Filosofiia prava* (Pravo 2017) (in Ukrainian).
- Encyclopedias*
27. Marmor A and Sarch A, 'The Nature of Law' in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward N. Zalta ed, Fall 2019 Edition) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature>> (accessed: 20.12.2020) (in English).

Journal articles

28. Aarnio A, 'Khoto my? Problemy sotsialnoi, kulturnoi ta pravovoi identychnosti' (2008–2009) VI–VII Problemy filosofii prava 22 (in Ukrainian).
29. Alexi R, 'Dual'naya priroda prava' (2011) 1 Pravo Ukrainy (in Russian) 45.
30. Kirste St, 'Transpozytyvni osnovy pozytyvnykh prav liudyny' (2012) 2 Filosofiia prava i zahalna teoriia prava 178 (in Ukrainian).
31. Maksymov S, 'Pryrodno-pravove myslennia' [2001] 4 (28) Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 155 (in Ukrainian).
32. Radbruch G, 'Zakonne nepravo ta nadzakonne parvo' (2004) II Problemy filosofii prava 83 (in Ukrainian).
33. Rechytsky V, 'Chy mozhe isnuvaty v Ukraini ofitsiina konstytutsiina doktryna?' (2016) 1–2 Filosofiia prava i zahalna teoriia prava 282 (in Ukrainian).
34. Tasiulas J, 'Poriatunok prav liudyny vid prava prav liudyny' (2020) 1 Filosofiia prava i zahalna teoriia prava 198 (in Ukrainian).
35. Zhalimas D, 'Ofitsiina konstytutsiina doktryna: kontseptsii, znachushchist, holovni pryntsyipy rozvytku' (2016) 1–2 Filosofiia prava i zahalna teoriia prava 267 (in Ukrainian).

Conference papers

36. Letnianchyn L, 'Ofitsiina konstytutsiina doktryna Konstytutsii Ukrainy' in *Konstytutsiinyi dyzain: vid makro do mikro rivnia. Zbirka tez naukovykh dopovidei i povidomlen Mizhnarodnoi naukovoii konferentsii* (Hetman A zah red, Prava liudyny 2020) (in Ukrainian).

Sergiy Maksymov

NATURAL LAW THEORY:
CONCEPTUAL AND DOCTRINAL DIMENSIONS

ABSTRACT. The article analyzes the features of the natural law theory as a fundamental paradigm in the understanding of law, thanks to which it retains its significance throughout the intellectual history of mankind in competition with a very influential opponent – legal positivism. Existing in the diversity of its manifestations – theories of natural law, or even trends, ways of legal thinking, it has a powerful potential for creative change in the legal field through the formulation of ambitious ideals and their practical implementation,

maintaining mystery and inspiring its supporters to unravel the mysteries of law and its cognition.

Based on the theoretical problematization of some ideas about the history and content of natural law and analytical explanations of concepts and constructions of the theory that comprehends it (theory of natural law) the first part of the article contains an attempt to formulate a generalized image of natural law and theories of natural law. Special emphasis is made on the growing importance of natural law theories in periods of reform and social transformation.

The second part reveals the grounds and content of the three “revivals” of theories of natural law that took place during the twentieth century. Author emphasizes the practical significance of the theory of natural law (as a certain doctrine) in critical assessments of existing positive law, as well as in law-making processes and decision-making in courts, thus refuting judgments about its historical “exhaustion”. The final part outlines the prospects for the application of the provisions of the natural law doctrine in domestic legal science and legal practice.

KEYWORDS: natural law; positive law; natural law theory; revival of natural law; practical reason; legal values; critique of positive law.

II. Природне право у розмаїтті перспектив



Stéphane Bauzon

Ph. D., Professor,
Tenured Professor of Philosophy of Law Department
of humanities,
Philosophy and History of Arts – University
of Rome Tor Vergata
(Rome, Italy)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1622-7758>
Bauzon@uniroma2.it

УДК 340.12:130.123(44)

CLASSICAL NATURAL LAW, A METHODOLOGY FOR JUSTICE

ABSTRACT. Justice is the name for a human characteristic that everyone feels spontaneously: what is fair or unfair in a social relationship. Animals do not have justice. The human reason (*logos* – *λόγος*) acts in order to reveal what is included in justice. Thus, as a participation in justice, the human conscience (*logos*) finds the law. Away from modern (and current) theories of natural law that sets rules either to be applied directly to social reality or to be individual powers to be opposed to positive law, the classical theory of law is a social quest directed toward doing the right thing. In the wake of Aristotle, classical natural law is a methodology (based on dialectics) to find justice in society. The etymology of dialectics, *dia-lectos*, teaches us that it signifies the exchange of words between different interlocutors. In this sense, dialectics is practiced every day by those gathering together, who receive advice relating to a given situation. Dialectic does not solely aim to persuade; but also tries to look for the natural law. Legal conclusions, notwithstanding the authority submitting them, are ultimately questionable. Having been born in dialectic, these conclusions remain as such. Nonetheless, their very existence gives the natural law, a fragmented expression of justice. Unlike morality, or the precepts of divine law, natural law is not given at all: it must be established through dialectic. Morality retains a reduced role, broadly limited to the discovery of natural law's essence, for example by prohibiting murder from being accepted in principle. Still, such a moral prescription does not solve the problem to know who is guilty of murder. As a methodology, classical natural law acknowledges the contingency of social norms with regard to the distribution of common goods. As a process that attends to the common good available and the merits of people understood in a broad fashion as encompassing the resources they possess, classical natural law cannot a priori determine what specific rights or goods particular specific people should have. Adapting to reality is necessary: a dialogue is always established to amend the contours of justice. For this purpose, classical natural law is the methodology for justice to achieve its new forms, to distinguish new data from the social distribution of goods and responsibilities. The protection of the worker, of the minor or of the foreigner is of indisputable moral value, though its implementation follows the oscillations of time. However, as a moral horizon, seeking justice involves a perennial effort to recognise other humans as human.

KEYWORDS: justice; Aristotle; natural law; classical theory of natural law; methodology; dialectics.

Justice is the name for a human characteristic that everyone feels spontaneously: what is fair or unfair in a social relationship

Even a young person can apprehend deep in their heart that something is right or wrong in a specific situation. Killing a person, stealing a thing or lying to people are immediately denounced by all as contrary to justice. As a human characteristic, justice is a sentiment to be found everywhere and all the time in all human beings. It appears to all that justice gives us the command to denounce every unjust act. Since it is written into our human condition, justice is to be defined as an obligation to do the right thing. Bluntly put, it is human to always seek justice. Conversely, animals follow instinctively Darwin's law of nature (the survival of the fittest); while human beings develop social obligations that go beyond biological impulses. A limitation to primitive human needs seems to have been put (by nature or by God) into our human character in order to avoid unfair excesses in our living together. Differently from other living creatures, humans protect the weak and they make mutual promises to be respected. Without the feeling of justice, the strong may prevail but it is always for a time being because empirically, as J.-J. Rousseau said, '*Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître*'.¹ Reason without justice is a mere technical mental-process and it is not enough to prevent human beings behaving like beasts and to conduct a never-ending predation to others' lives and goods. The ability of humans to master nature is never a guarantee that justice will be done. The technological means that humans have developed can turn out to be tools to exploit other's weakness and to deprive them of their lives and properties. As it is put in Plato's famous dialogue of *Protagoras*,² the amazing human power of having fire (fire, here, is the symbol of human technology) is not enough to have justice; it is quite the opposite. Protagoras speaks of the well-known myth of Prometheus, the Titan who stole the fire from the Gods to give it to mankind. Prometheus did this as a friendly gesture to humans in order to allow them to defend themselves against animals and the cold. His brother Epimetheus is often depicted as a fool who did not provide humans enough talents to survive in nature. Indeed, Epimetheus is dispraised as silly, as indicated by his name in Greek: "afterthought". On the other hand, his brother Prometheus, whose name in Greek signifies "forethought" is supposed to be witty. In the myth, as underlined by Protagoras, Prometheus is not so clever, nor able to understand human nature; indeed, once equipped with fire, humans are enabled to cause greater destruction and awful injustice. As a tool, its use has to be directed toward a fair end, otherwise fire (i. e. technology) is liable to be used for horrific purposes. The sophist Protagoras is wise to emphasize the genuine gifts that consent humans to live up to their

¹ 'The strongest is never strong enough to be always the master' in Rousseau J-J, *The Social Contract or Principles of Political Right*, book 1, chapter 3.

² Plato's dialogue of *Protagoras*, 321:322.

ontological condition; one is justice (*dikè- δίκη*) and the other is respect (*aidos- αἰδώς*). These gifts are divine, they are offered to humans by Zeus himself. For the ancient Greek, classical natural law is a divinely inspired justice (*dikè*). It is not easy to penetrate the genuine meaning of Greek words. Any translation takes our mind in a linguistic structure that is estranged to the Greek way of thinking. At least, it is to say that the word “*dikè*” (*δίκη*) is to be found in the word “*dikaion*” (*δικαίον*). As a neutral substantive, ‘*dikaion*’ indicates a “being” and also a social relationship. “*Dikaion*” is often translated in English by “just” or “right”. “*Dikaion*” is based on nature, the nature of a social relationship. As a result, it is misleading to translate “*dikaion*” by the word “right”, which nowadays refers to a personal legal power. “*Dikaion*” is closer to the word “law” in the sense that is to be understood objectively, as a part of justice that the law places as a object in front of us (objectum). Furthermore, “*Dikaion*” is about the social relation; what links humans to one another. The Latin for “law” is “*legem*”, which comes from “*ligare*” meaning ‘to link’. The expression “natural law” is polysemic, according to one philosophy, as such the meaning can be quite different. The definition of “natural law” is to be taken here as a synonym of “*dikaion*”. To avoid confusion, the adjective “classical” is added in order to make clear that our understanding of natural law is based on ancient philosophy, more specifically the philosophy of Aristotle.

The purpose of this article is to bring about the perennial methodology of classical natural law in order to reveal justice

But if justice has a divine origin, how can humans express it? The human reason (*logos – λόγος*) acts in order to reveal what is included in justice. Thus, as a participation in justice, the human conscience (*logos*) finds the natural law. Away from modern (and current) theories of natural law that sets rules either to be applied directly to social reality or to be individual powers to be opposed to positive law, the classical theory of natural law is a social quest directed toward doing the right thing. The classical natural law is the just distribution of goods and responsibilities through a research aimed at justice. The concept of natural law is still strongly discussed among scholars who fail to share a mutual definition of natural law, to say the least. Some authors⁴ very much lay the emphasis on imposing the values of natural law into society’s legal order (like the prohibition of abortion, seen as a basic human good not to be discussed). They use the term ‘natural law’ as being rules (or orders) stemming from human values. Other authors⁵ perceive natural law as the virtue of keeping

³ See for a detailed explanation, Stéphane Bauzon, *Le métier de juriste: du droit politique selon Michel Villey* (Presses de l’Université de Laval, coll Diké 2003) 65–88.

⁴ Among them, see: John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Clarendon Press 1980); Robert P. George, *In Defense of Natural Law* (OUP 2001).

⁵ Among them, see: Alasdair Chalmers MacIntyre, *After Virtue* (University of Notre Dame Press 1981); Pierre Manent, *Natural Law and Human Rights: Toward a Recovery of Practical Reason (Catholic Ideas for a Secular World)* (University of Notre Dame Press 2020).

up moral tradition. Here, the law remains a command, but is derived from an unwritten constitution that keeps the morality of a community. Finally, some authors⁶ (like myself) see natural law as a methodology (or a dialectic) that looks for justice. In the wake of Plato, moreover, Aristotle, they develop a theory of natural law based on the social dialogue for the search of justice.

In all cases, justice is a divine gift in classical philosophy

To go back to Plato's dialogue *Protagoras* in which justice is divine, one must bear in mind that the Titan Prometheus failed to save humans from their greedy and outrageous needs to satisfy their basic desires. For once, Socrates has to give in to Protagoras's argument; the divine origin of justice is given equally to all human beings. In contrast to the wisdom of technology (like architecture, medicine or engineering), the wisdom of justice is not limited to the few, but it is for everybody⁷. The concept of justice as a divine gift can also be found in the Ancient Testament with King Solomon⁸. Not everyone has justice in the Jewish narration; Solomon is a king, the son and heir of the great king David. Nevertheless, everyone is able to recognise wisdom in his administration of justice. In a dream, God invites King Solomon to make a request. Solomon did not ask for fame, new territory, nor gold; but he asks for a 'listening heart' so that he may govern and discern right from wrong. In this perspective, it is to be highlighted that justice is a divine gift that is essential to rule a nation, much more than material strengths. It is also significant to note that Solomon's divine gift is used for the very first time during a trial opposing two harlots. The equal access to justice is made quite clear, here; king Solomon did not reserve his gift for important people but for two female prostitutes. King Solomon shows a genuine respect toward the mother who wants her baby back and he does not look at her weak social condition. His cunning proposal to cut in half the disputed baby consents him to reveal the real mother: the one who loves her offspring to such a point of accepting to risk losing custody in order to keep the baby alive. King Solomon has received by God a listening heart which is open to what others have to say, to discern between good and evil. In the Hebrew text, the 'listening heart' is "*lev sh'ma*" (עֲמֻשְׁבֶּלֶת); "*lev*" means heart and "*sh'ma*" means listening.

It means understanding; but also obeying, as it can be found in the famous assertion "*sh'ma Israel*", "Hear, O Israel"⁹. The heart is the symbol of true human intelligence, which has to listen to justice. Following from this, in the

⁶ Among them, see: Leo Strauss, *Natural Right and History* (The University of Chicago Press 1953); Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme* (PUF 1983).

⁷ Plato's dialogue *Protagoras*, 322d.

⁸ 1st *Book of Kings*, 3:9.

⁹ In the *Deuteronomy* 6:4, the first verse orders monotheism: "*Hear, O Israel: the Lord our God, the Lord is one*" (קְדָם הַיהוָה יְהוָה יְהוָה אֱלֹהֵינוּ יְהוָה אֶחָד).

Bible, the “listening heart” is a capacity expanded to any Hebrew in Jeremiah¹⁰ and eventually to any human being in the New Testament. According to Saint Paul, *‘for when the Gentiles who do not have the law by nature observe the prescriptions of the law, they are a law for themselves even though they do not have the law. They show that the demands of the law are written in their hearts’*¹¹. The heart, as the symbol of human life, renders the law – as written into it – to be the very principle of our living together. The analogy between the Greek text and the Judeo-Christian texts offers a similar anthropological definition of justice as being put in our very human nature by God. Human nature bears in itself justice; but human beings still have to understand what makes us make the right decision: we need to reveal the natural law of our choices. Human nature, to be fully human, must excel in the understanding (*logos- lev sh’ma*) of where natural law lies in every human relationship. Everyone is conscious of justice; yet, to be able to find the natural law, we ought to seek justice with common intelligence. A sparkle of God’s wisdom may be in each of us; but justice is ontological: it defines us as human being and not as simple animals driven by instincts. For Protagoras, or for saint Paul, justice is divine in its origin; but to achieve justice every human has to wisely reveal the natural law in our society. In the XIIIth century, saint Thomas Aquinas would say that the natural law is to be obtained through reasoning. If the heart is the place of justice, the intellect (*intelligere*) is the tool to express natural law. To do so, the reason needs to collect sensitive pieces of information and elaborate them according to what our heart tells us about justice. The aforementioned reason gives reality to natural law: *“lex naturalis est aliquid per rationem constitutum”*¹².

The classical natural law is the fruit of dialectics

The etymology of dialectics, *dia-lektos*, teaches us that it signifies the exchange of words between different interlocutors. In this sense, dialectics is practiced every day by those gathering together, who receive advice relating to a given situation. Dialectic does not solely aim to persuade; but also tries to look for the natural law. This being so, any persuasion that aims to produce certain dispositions in the listener (by method of leveraging his personal feelings) is quite opposed to dialectics. The art of persuasion becomes the art of the strongest. Nature succumbs to the tyranny of fallacious words, to the power of seductive verbs with no regard to justice. Just like Callicles, rhetoricians justify their oratory struggle in the name of (biological) nature:

¹⁰ *‘But this is the covenant which I will make with the house of Israel after those days, says the Lord. I will place my law within them, and write it upon their hearts’* Jeremiah 31:33, *The New American Bible* (2002).

¹¹ Saint Paul, *Romans* 2:14-15, *The New American Bible* (2002).

¹² Saint Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, Ia-IIae, q. 94.1.

the battle of the strongest¹³. Evaluating justice in a relationship is no longer the goal; conversely, the imposition of a conception of things that serves only one's interests, becomes the focal point. In this sense rhetoric is opposed to dialectic. Instead, dialectic is a guiding thread, a collective effort to regulate social life. Regardless of the result of these multiple deliberations, dialectic appears to us as a natural law in organizing social life. Dialectic is a search aiming to overcome any divergences of opinion, in order to reach a common truth about justice, which proceeds from an exchange of points of view between several people, allowing the rejection of unilateral positions. Dialectics is a work that has humble ambitions, it is not a logic on abstract reasoning. Embodied by human disputes, the fruit of dialectic is a common understating of the natural law of contingencies. One's spirit cannot pretend to incorporate reality into the web of a totalizing logic. Dialectic focuses on particular knowledge of natural law. In the end, a judge concludes the dialectic. The judge proclaims what seems to be the right result, once the elements have been debated; this is the *iurisdiction* of Roman law¹⁴. Legal conclusions, notwithstanding the authority submitting them, are ultimately questionable. Having been born in dialectic, these conclusions remain as such. Nonetheless, their very existence gives the natural law, a fragmented expression of justice. In Roman law, justice is not obtained from written rules (*ius non ex a regula sumatur*), it is a natural law that is manufactured by the existing legal case (*sed ex a iure quod est regula fiat*); furthermore the generality of positive law is deceptive, or even dangerous (*omnis definitio in iure periculosa est*)¹⁵. Dialectic is not a relative notion that could be reduced to a roll of dice, akin to judge Bridoye in Rabelais's novel *Gargantua and Pantagruel*¹⁶. Rather, natural law exists in itself and the judge sheds light on this.

Classical natural law is different from morality

In other words, there is a significant difference between doing the right thing and being a rightful person. Unlike morality, or the precepts of divine law, natural law is not given at all: it must be established through dialectic. Morality retains a reduced role, broadly limited to the discovery of natural law, for example by prohibiting murder from being accepted in principle. Still, such a moral prescription does not solve the problem to know who is guilty of murder. Besides, the modern paradigm of natural law is centred on the concept of "power of the individual". This can be seen in the common expression: "I have the right (i.e., power) to do such and such". The assertion of a right is not just a right of forbearance, but the advancement of a personal

¹³ In Plato's dialogue *Gorgias* the sophist Callicles states that it is a natural law for the strong to dominate the weak (482:484).

¹⁴ On *Iurisdiction*, see Mario Talamanca, *Istituzione di diritto romano* (Giuffrè 1990) 303–20.

¹⁵ Masurius Sabinus, in *The Digest of Justinian* (530–533), 50.17. 1.

¹⁶ François Rabelais, *The Life of Gargantua and of Pantagruel* (1564), third book, v. 44.

right of claim, to have something realised, something given. The current legal concept of dignity, for instance, has much to do with morality. As a moral claim, human dignity became independent of one's merits, unlike the general use of *dignitas* in Roman law, which generally identified a conveyed status. Dignity has come to be used to affirm an abstract egalitarian notion of an innate status of humans. In summary, modern dignity stands in stark contrast with the classical understanding of dignity, which tends to recognize the differences among human beings, including their differences of conveyed or accrued status. Dignity in this classical sense is to be found in every Western European legal corpus prior to the Enlightenment. As a consequence, the notion of classical natural law, which lies at the root of European jurisprudence, has been substantially altered. The cardinal principle of classical natural law is: "*ius suum cuique tribuendi*"¹⁷, which ultimately means that everyone is to receive that amount of goods which he merits within a community. It is merit, not an abstract right, that is recognized. No concept of abstract equality is to be found in classical natural law. On the contrary, natural law recognizes a hierarchy of citizens based on their merits and directed toward the common good. As a result, different members of the community (or the state, to use modern political terms) can be entitled to receive different proportions (from another member) of the common good according to their merit (or excellency¹⁸) in the community. The content of natural law in any community is a quest. There is no pre-conceived, proper, end-state legal distribution of rights. As a process that attends to the common good available and the merits of people understood in a broad fashion as encompassing the resources they possess, classical natural law cannot *a priori* determine what specific rights or goods particular specific people should have. For example, classical natural law does not tell us in what way common health goods should be shared.

As a methodology, classical natural law acknowledges the contingency of social norms with regard to the distribution of common goods

As a consequence, for example, it can be deemed "fair" in one country to give "free" state-supported health care to everybody. On the contrary, in another country, it can be "fair" to give no one "free" state-supported health care. The same can be said about the same country in different periods of its history. Classical natural law offers no universal¹⁹ solution to the question of how to distribute goods and responsibilities. Among the consequences of this state of affairs is that there is no *a priori* answer to the question of justice;

¹⁷ Ulpian, in *The Digest of Justinian* 1.1.10: '*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* <...>.'

¹⁸ The "excellency" refers here to the Aristotle's concept of *áristos* (ἄριστός), it is the ability to flourish one's talent. It differs from the modern political concept of aristocracy.

¹⁹ About the concept of universality and its current limitations in politics, see Chantal Delsol, *Le crépuscule de l'universel* (Cerf 2020).

classical natural law is a methodology to find justice in a place at a certain time. Ultimately, it involves a tragedy²⁰, because the distribution of common goods always involves a decision that is hard, provisional, and less than ideal.

Classical natural law is an act of solidarity

Human justice protects the weak: the one with less freedom, the one with social dependence, the one being discriminated, etc. The surge of various legal protections is not only a simple historical evolution. A historical graduation of human rights into various generations is somewhat misleading. More than differences in the generation of human rights, we have here to consider the gradual expressions of the same identity of justice. Justice is a perennial defence of the weak; but it adapts, through classical natural law, its field of expression following the historical times of humanity. Moreover, the idea of progress in the implementation of justice is abusive. It is indeed difficult in the social contingency to distinguish what constitutes an irreversible progress. Adapting to reality is necessary: a dialogue is always established to amend the contours of justice. For this purpose, classical natural law is the methodology for justice to achieve its new forms, to distinguish new data from the social distribution of goods and responsibilities. The protection of the worker, of the minor or of the foreigner is of indisputable moral value, though its implementation follows the oscillations of time. However, as a moral horizon, seeking justice involves a perennial effort to recognize other humans as human. Forgetting to recognize the vulnerability of the life of other humans, forgetting to consider their need for protection, to behave as if other humans did not exist are acts that deny justice! The moral horizon of justice obliges us not to see other humans as things, as burdens that we can remove. Looking at, and talking to, other humans means taking seriously our human nature. Scorning other humans and remaining silent when faced with human misery is an offence to justice, since it means treating humans as mere disposable objects. As a methodology for justice, classical natural law ought to always be an act of solidarity. Solidarity can certainly be done privately, for it is indeed important that each of us become morally aware of the good to be done to others. Solidarity, however, is part of a broad movement that unites and includes all human beings, speaks to them directly and refuses any reification of human life. On the one hand, Classical natural justice is the endeavor to put, here and now, justice for all humans living together according to one's merit. On the other hand, justice is threatened when we forget the social bond which spontaneously prompts us to help the weak, those in need.

In conclusion, classical natural law is not an attribute of the subject; it does not flow solely from the will, convention or morality. To grasp classical

²⁰ In particular, one should read Garrett Hardin's famous article 'The tragedy of the commons' [1968] 162 (3859) Science 1243–8.

natural law, one must get out of these fomented abstractions of the theory of subjective law, focused on the power of the individual. Ockham's, and later Hobbes's, nominalist philosophy presides over the birth of subjective law and its corollary, the exaltation of power. Classical natural law is a dialectical evaluation that recognizes the merits of each. This evaluation ends in a division of goods, an operation inscribed in social relations that excludes any other unilateral vision of justice. In this perspective, it is not the human, but social life that reveals justice. As a dialectic, classical natural law (*dikaion*) is a methodology to give what is due according to merits. Nonetheless it ought to seriously take into account the protection of the weak, which is the cause, and moral horizon, of justice (*dikè*).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bauzon S, *Le métier de juriste: du droit politique selon Michel Villey* (Presses de l'Université de Laval, coll. Diké 2003) (in French).
2. Delsol C, *Le crépuscule de l'universel* (Cerf 2020) (in French).
3. Finnis J, *Natural Law and Natural Rights* (Clarendon Press 1980) (in English).
4. George R P, *In Defense of Natural Law* (OUP 2001) (in English).
5. MacIntyre A C, *After Virtue* (University of Notre Dame Press 1981) (in English).
6. Manent P, *Natural Law and Human Rights: Toward a Recovery of Practical Reason* (Catholic Ideas for a Secular World) (University of Notre Dame Press 2020) (in English).
7. Rabelais F, *The Life of Gargantua and of Pantagruel* (1564), third book, v. 44 (in English).
8. Rousseau J-J, *The Social Contract or Principles of Political Right, book 1, chapter 3* (in English).
9. Strauss L, *Natural Right and History* (The University of Chicago Press 1953) (in English).
10. Talamanca M, *Istituzione di diritto romano* (Giuffrè 1990) (in Italian).
11. Villey M, *Le droit et les droits de l'homme* (PUF 1983) (in French).

Journal articles

12. Hardin G, 'The tragedy of the commons' [1968] 162 (3859) *Science* 1243 (in English).

Other sources

13. 1st *Book of Kings*, 3:9.
14. Jeremiah 31:33, *The New American Bible* (2002).
15. Masurius Sabinus, in *The Digest of Justinian* (530–533), 50.17. 1.
16. *Plato's dialogue Protagoras*, 322d.
17. Saint Paul, Romans 2:14-15, *The New American Bible* (2002).
18. Saint Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, Ia-IIae, q. 94.1.
19. Ulpian, in *The Digest of Justinian* 1.1.10.

Стефан Баузон

КЛАСИЧНЕ ПРИРОДНЕ ПРАВО, МЕТОДОЛОГІЯ СПРАВЕДЛИВОСТІ

АНОТАЦІЯ. Справедливість – це назва людської характеристики, яку кожен відчуває стихійно: що є справедливим чи несправедливим у соціальних відносинах. Тварини не мають справедливості. Людський розум (*logos – λόγος*) діє для того, щоб виявити, що включає в себе справедливість. Таким чином, як участь у справедливості людська совість (розум) знаходить право. Далеко від новітніх (і сучасних) теорій природного права, що встановлюють правила, які застосовуються безпосередньо до соціальної реальності, або є індивідуальними повноваженнями, що протиставляються позитивному праву, класична теорія права – це соціальне прагнення, спрямоване на вчинення правильних дій. Слідом за Аристотелем, класичне природне право – це методологія (заснована на діалектиці) для пошуку справедливості в суспільстві. Етимологія діалектики, *dia-lectos*, вчить нас, що вона означає обмін словами між різними співрозмовниками. У цьому сенсі діалектику щодня практикують ті, хто збирається разом, хто отримує поради щодо певної ситуації. Діалектика націлена не лише на те, щоб переконати, а й на те, щоб відшукати природне право. Юридичні рішення, незважаючи на владу, яка їх затверджує, у кінцевому підсумку сумнівні. Народившись у діалектиці, ці рішення залишаються такими. Проте саме їхнє існування є джерелом природного права, фрагментованого виразу справедливості. На відміну від моралі або заповідей божественного закону, природне право не дається взагалі: воно повинно встановлюватися за допомогою діалектики. Мораль зберігає зменшену роль, загалом обмежується відкриттям сутності природного права, наприклад, заборонаю в принципі сприймати вбивство. Проте такий моральний припис не вирішує проблему, щоб дізнатися, хто винен у вбивстві. Як методологія класичне природне право визнає випадковість соціальних норм щодо розподілу загальних благ. Класичне природне право не може апіорі визначати, якими конкретними правами чи благами повинні володіти конкретні люди, оскільки це процес, який стосується загального блага та заслуг людей, які широко розуміються як такі, що охоплюють ресурси, якими вони володіють. Необхідна адаптація до дійсності: завжди встановлюється діалог, щоб змінити контури справедливості. З цією метою класичне природне право є методологією для досягнення справедливості нових форм, для розпізнавання нових даних від соціального розподілу благ та обов'язків. Захист працівника, неповнолітнього чи іноземця має безперечну моральну цінність, хоча його реалізація залежить від коливань часу. Однак як моральний горизонт пошук справедливості передбачає багаторічні зусилля, щоб визнати інших людей людьми.

Ключові слова: справедливість; Аристотель; природне право; класична теорія природного права; методологія; діалектика.



Петро Рабінович

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри теорії та філософії права
Львівського національного університету
імені Івана Франка
(Львів, Україна)
rmpetro2009@gmail.com

УДК 340.12

УНІВЕРСАЛЬНІ СТАНДАРТИ ЛЮДЯНОСТІ ЯК КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ АНТРОПОЦЕНТРИЧНОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ

АНОТАЦІЯ. У статті висвітлюється низка аспектів фундаментальних прав людини, на яких зазвичай базуються сучасні природноправові концепції. Зокрема, обґрунтовується, що достатньо коректним позначенням таких прав може бути термін “буттєві”. Доводиться, що їхня соціальна сутність полягає у забезпеченні задоволення життєво необхідних потреб людини у соціумі. Найважливішими з таких потреб є насамперед повага до людської гідності, а також достатні для людини та її сім’ї їжа, одяг і житло. Конструюється дефініція поняття “міжнародні стандарти людських прав”. Аналізується універсальний стандарт заборони нелюдського поводження, у зв’язку з чим попередньо обґрунтовується розуміння універсального стандарту людяного (людиннісного) поводження. Спираючись на зазначені всесвітні стандарти, з позиції потребового дослідницького підходу робиться спроба нетрадиційно аргументувати інтегральне людиноцентричне праворозуміння. У його основу покладено уявлення про те, що поняттям “право” можуть бути відображені можливості задоволення потреб людини, які забезпечуються соціальними обов’язками інших суб’єктів суспільства.

Правовість (належність до права) тих чи інших явищ обумовлюється їхньою здатністю слугувати умовами або ж засобами задоволення людських потреб. Означена властивість таких явищ формується тільки в процесі соціальної практики людей, їхніх взаємозв’язків, і вже внаслідок цього право є явищем соціальним. Тому воно виникає у результаті “зустрічі” людських потреб із зовнішніми щодо них явищами, які здатні названі потреби задовольняти. У процесі потребозадоволення відбувається інтегрування об’єктивних властивостей певних явищ (як природничих, так і соціальних) в існування людських індивідів та їхніх груп. І тоді такі властивості, набувши (відповідно до зазначеного праворозуміння) правового характеру, занурюються, впроваджуються, втілюються у людське існування. Адекватним відображенням такої ситуації може бути термінологічний вираз “право у людині”.

У статті також наводиться авторська дефініція поняття “гідність людини”, опублікована ще у 2002 р. У результаті споживання потребокорисних (правових) явищ людина, реалізуючи відповідні можливості, задовольняє свої потреби, нормалізує, “заспокоює” своє існування у соціумі. Отже, саме людина стає тим системоутворюю-

ючим стрижнем, навколо якого в її існування, життєдіяльність інтегруються зазначені явища.

Ключові слова: основоположні права людини; потребний дослідницький підхід; міжнародні стандарти прав людини; людська гідність; нелюдське поводження; інтегральне людиноцентричне праворозуміння.

Яке праворозуміння вважати саме “природним” – це, вочевидь, залежатиме насамперед від того, в якому сенсі вживаються вихідне термінопоняття “природа” та похідні від нього прикметники. Як зазначається у словникових джерелах, це термінопоняття зазвичай має кілька різних значень (сміслів). Причому одним із них є така властивість певного явища, яка притаманна останньому закономірно, неминуче, нормально, тобто, інакше кажучи, природно¹. Саме до такого значення, як видається, належить природно-правова концепція О. Костенка, яка апелює до об’єктивних закономірностей існування і розвитку суспільства. Учений небезпідставно вважає, що відповідність позитивного права держави саме таким закономірностям слугує показником відповідності останнього природному праву². Цілком погоджуючись із такою доволі абстрактною постановкою питання, зазначу, що ключове значення у його розв’язанні матиме передусім змістовна характеристика згаданих закономірностей; а вона, як відомо, ніколи не була і навряд чи може бути уніфікована у різноманітних соціально-філософських доктринах.

За результатами наших тривалих досліджень існуючих основних різновидів праворозуміння такою властивістю тих численних різноманітних соціальних явищ, стосовно яких як у попередні, так і у сучасні періоди історії людства вживалося термінопоняття “право”, є їхня здатність сприяти задоволенню тих чи інших людських потреб. Інакше кажучи, сприяти забезпеченню існування і розвитку людей, які перебувають у суспільстві, тобто забезпечувати їхнє реальне буття у соціумі. Та з огляду на щойно викладену їх *потребову* інтерпретацію, видається більш точним, адекватним іменувати такі права *буттєвими*.

Вони – за суттю та призначенням – є власне буттєвими тому, що забезпечують саме буття, існування людини як біосоціальної істоти. Адже без реалізації, використання, здійснення таких прав виживання і життєдіяльність людини у суспільстві взагалі неможливі. У цьому й вбачається достатня обґрунтованість вживання наведеного терміна для позначення відповідної частини людських прав і свобод та її вирізнення з-поміж усього їх комплексу. (Утім, буттєві права і свободи нині частіше позначаються, як відомо, ще й такими термінами, як-от: “фундаментальні”, “основоположні”, “основні”, “природні”, “засадничі”, “невід’ємні”,

¹ Академічний тлумачний словник української мови (1970–1980 рр.), т 8 (Наукова думка 1977) 7; Великий тлумачний словник сучасної української мови: 250 000 (Бусел В укладач, Перун 2005).

² О Костенко, *У світлі соціального натуралізму (вибране): вибрані твори* (ПАЛИВОДА А. В. 2020) 812.

“соціально-природні”, “екзистенційні”; тому всі вони є синонімами до терміна “буттєві”.)

Неминучість виникнення та наявність таких (буттєвих, основоположних) прав і свобод відбивається у людській свідомості – чи то індивідуальній, чи то колективній, наслідком чого стає формування так званого “природного” праворозуміння. І аби запобігти, так би мовити, “оприродничуванню” інтерпретації названої групи людських прав і свобод (тобто розумінню їх як явищ, скажімо, біологічного, чи то фізичного, чи то космічного), видається виправданим називати такі права і свободи також “соціально-природними”³.

Адже саме з “рук” суспільства кожна людина, яка живе в ньому, цілком природно, закономірно отримує основні блага (матеріальні, соціальні й духовні цінності), котрі вкрай необхідні для її існування, життєдіяльності та розвитку. Ось чому термінологічний вираз “соціально-природне праворозуміння”, як видається, коректніше, точніше відображає означену ситуацію.

Міжнародні стандарти людських прав і свобод: поняття, класифікації

Буттєві людські права, їхня реалізація, використання – як впливає з їхньої сутності та призначення – покликані забезпечувати, тобто гарантувати, мінімально необхідні (за певних історичних обставин) умови існування людини у кожному суспільстві. Такі умови мають бути надані кожному члену відповідного суспільства, а зрештою – і кожній людині, де б вона не перебувала. Отож однаковість, рівність таких буттєвих умов – принаймні в їхньому мінімальному життєвозабезпечувальному вимірі – є одним із найпереконливіших проявів засад людяності, гуманності, справедливості у функціонуванні будь-якого сучасного суспільства.

Одним із основних засобів забезпечення такого соціального стану слугує певна уніфікація, стандартизація цих прав і свобод людини, тобто встановлення загальнолюдських (всесвітніх) взірців, еталонів – так званих стандартів, яким мають відповідати права і свободи людини, де і коли б вона не перебувала, існувала. Для відповідних організацій (держав, міждержавних об’єднань, міжнародних органів тощо) такі стандарти зазвичай стають або формально (юридично) обов’язковими, або ж принаймні бажаними, рекомендаційними. І завдяки цьому однією з їхніх функцій, “ролей” стає забезпечення, гарантування буттєвих прав і свобод.

³ П. Рабінович, ‘Соціально-природні права й обов’язки людини та інших суб’єктів як елемент загальносоціальної правової системи’ у *Правова система України, т. 1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України* (2008) 254–66.

Цим стандартам притаманні певні особливості.

Перша особливість полягає у тому, що ці стандарти фіксують мінімальні показники: *а) певного змісту, чи б) певного обсягу, чи в) водночас і змісту, і обсягу буттєвих прав людини.* Другою особливістю є те, що до досягнення таких показників зобов'язуються або заохочуються різні держави. *Третя* полягає у тому, що стандартизування може стосуватися також юридичних засобів забезпечення буттєвих прав людини (судових, позасудових тощо). *Четверта* вбачається у можливих засобах міжнародного впливу на держави, які порушують зазначені стандарти: стосовно юридично-обов'язкових стандартів такими засобами можуть бути різні форми примусового впливу на державу-порушницю, а стосовно рекомендаційних стандартів – різні форми суто політичного впливу. І нарешті, *п'ята* особливість зазначених стандартів полягає в їхній змістовній *універсальності*, яка водночас органічно має сполучатись із певною залежністю їхньої реалізації від конкретно-історичних умов та обставин у різних людських цивілізаціях, регіонах, а іноді навіть і в країнах.

Отже, беручи до уваги всі зазначені вище властивості стандартів, можна запропонувати таку дефініцію їх загального поняття: міжнародні стандарти буттєвих прав і свобод людини – *це закріплені у міжнародних актах чи документах, текстуально уніфіковані і функціонально універсальні (для певних міжнародних об'єднань держав) принципи та норми, які фіксують мінімально необхідний або бажаний зміст і/чи обсяг таких прав, зумовлювані досягнутим рівнем розвитку суспільства, а також встановлюють обов'язки держав щодо їхнього забезпечення, охорони і захисту та за порушення їх передбачають негативні політичні чи юридичні наслідки.*

Класифікацію таких стандартів можна здійснювати за різними критеріями. Зокрема:

– *за їхнім буттєвим (онтичним) статусом* – номінальні (інакше кажучи, термінологічні або текстуальні), до яких належать самі лише назви прав і свобод людини, що вжиті у міжнародних актах, та фактичні (змістовні), які фіксують у вказаних джерелах змістові й обсягові показники таких прав і свобод;

– *за деонтичним статусом* – обов'язкові, втілення яких є формально-необхідним для відповідних держав і може забезпечуватись навіть застосуванням міжнародних політико-юридичних санкцій, та *рекомендаційні*, які хоч і не мають формальної обов'язковості, проте теж забезпечені міжнародно-політичними (морально-політичними) санкціями;

– *за простором (територією) дії* – *світові* (загальноцивілізаційні, глобальні) та *регіональні* (зокрема, континентальні, яскравим прикладом яких є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод⁴);

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 16.01.2021).

Петро Рабінович

– за колом адресатів – загальні (стосуються усіх людей) та спеціалізовані (адресовані членам лише певних соціальних спільнот, угруповань, наприклад дітям, жінкам, біженцям);

– за суб'єктом їх встановлення – стандарти Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН), Організації Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури (ЮНЕСКО), Ради Європи, Європейського Союзу тощо.

Можливі й інші класифікації стандартів, які розглядаються.

Загалом же слід ще раз зауважити, що різноманітні класифікації стандартів прав і свобод людини покликані відобразити ту чи іншу специфіку; а її неодмінно потрібно брати до уваги при конструюванні та використанні юридичних інструментів їх забезпечення (тобто сприяння реалізації, охороні та захисту) буттєвих прав і свобод людини.

Засадничим світовим документом, над яким, так би мовити, надбудується уся система міжнародно-правових стандартів буттєвих прав і свобод, є Загальна декларація прав людини⁵.

Як встановлено нашими дослідженнями, при її підготовці було безпосередньо використано наукову працю професора Кембриджського університету Г. Лаутерпахта (який протягом 1915–1919 рр. навчався на юридичному факультеті Львівського університету). Він 1945 р. опублікував книгу “Міжнародний білль прав людини”, що вміщувала однойменний проєкт запропонованого автором відповідного документа за такою ж назвою. Цією книгою (як документально підтвердив професор В. Буткевич) і користувалися учасники робочої групи Комісії з прав людини ООН при формулюванні проєкту Загальної декларації прав людини⁶.

Повага до гідності людини – абсолютний універсальний стандарт

У статті 1 Загальної декларації прав людини закріплено вихідний, найважливіший стандарт: ‘Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах’⁷. (До речі, у формулюванні остаточної редакції наведеного положення брав участь представник Української Радянської Соціалістичної Республіки в ООН професор В. Корецький.)

Гідність є найфундаментальнішою соціальною властивістю кожної людини, слугує точкою відліку, джерелом усіх її буттєвих людських прав. Що ж являє собою це явище, у чому полягає його власна сутність?

У вітчизняній літературі одна з можливих відповідей на ці запитання вже пропонувалася мною у публікації 2002 р. Там зазначалося, що *антропна гідність людини являє собою самоцінність людини як біосо-*

⁵ Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text> (дата звернення: 15.01.2021).

⁶ В Буткевич, ‘Право на життя – основоположне право ЄКПЛ. Становлення та розвиток критеріїв і стандартів його застосування’ [2011] 2 (2) Європейський суд з прав людини. Судова практика 199–613.

⁷ Загальна декларація прав людини (п 5).

ціальної істоти – унікального родового суб'єкта, котрий уособлює найвищий рівень розвитку буття на Землі⁸. Згодом інтерпретація названого термінопоняття аналізувалася і розвивалася у вітчизняній юридичній літературі (О. Грищук, В. Кампо, О. Водяников та ін.).

Так чи інакше, повага до людської гідності, заборона зазіхання на неї, її приниження, зневажання набули значення світового стандарту, закріпленого після Загальної декларації прав людини й у низці інших міжнародно-правових актів (зокрема у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права⁹, Хартії основних прав Європейського Союзу¹⁰ тощо).

Людяне поводження

як складова реалізації права людини на повагу до її гідності

Другим універсальним праволюдним міжнародним стандартом (у певному сенсі похідним від стандарту, так би мовити, рівновеликості, рівнозначності гідності кожної людини) є заборона нелюдського поводження, адресована передовсім будь-яким суб'єктам публічної влади – державі, її органам, посадовим особам. Цю заборону було закріплено також у Загальній декларації прав людини (ст. 5) та у низці ухвалених після неї інших актів ООН (Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, Декларації про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання¹¹, Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання¹²).

Яке ж поводження слід вважати “нелюдським” (нелюдним)?

Очевидно, що для практичного застосування термінопоняття “нелюдське поводження” (зокрема контрольними і судовими міжнародними інституціями) цей вираз явно оціночного характеру має бути конкретизований чи то у нормативному, чи то у правозастосовному або правотлумачному акті, а що найменше – у доктринальному.

Одним із можливих варіантів вирішення останнього завдання є конструювання загального визначення (дефініції) зазначеного термінологічного виразу. Тож далі представимо одну з наших спроб у цьому напрямі.

⁸ П Рабінович, ‘Право людини на компенсацію моральної шкоди’ (2002) 2 Юридичний вісник України 12.

⁹ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text> (дата звернення: 15.01.2021).

¹⁰ Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text> (дата звернення: 15.01.2021).

¹¹ Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 9 грудня 1975 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_084#Text> (дата звернення: 15.01.2021).

¹² Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10 грудня 1984 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text> (дата звернення: 15.01.2021).

Видається беззаперечним, що перш ніж визначати, яке поведження може кваліфікуватись як нелюдське, потрібно передовсім з'ясувати, яке поведження є власне людським (людинним, людянісним, людиновимірним, людяним). Задля пошуку відповіді на останнє запитання може бути використаний, як видається, евристичний потенціал потребового дослідницького підходу, на основі якого мною вже пропонувалися відповідні критерії правості тих чи інших соціальних явищ¹³.

Оскільки існування і розвиток будь-якої людини є нічим іншим як безперервним природним процесом задоволення її численних різноманітних потреб у суспільстві (біологічних, матеріальних, соціальних, духовних тощо), то з-поміж них слід вирізняти потреби насамперед життєзабезпечувальні, екзистенційні, тобто такі, без задоволення яких самє існування людини у суспільстві є взагалі неможливим або щонайменше неналежним, неповноцінним. Та й повага до гідності людини не обмежується лише внутрішнім, психологічним поважливим ставленням до людини, а має бути, так би мовити, матеріалізована, об'єктивована у належній поведінці, діяльності насамперед суб'єктів публічної влади – діяльності, спрямованій на задоволення людських потреб. Вже давно встановлено, що до останніх належать щонайменше потреби у їжі, одязі й житлі. Це було відображено, зокрема, у книзі К. Маркса і Ф. Енгельса “Німецька ідеологія” (1846 р.), в якій вперше обґрунтовано історико-матеріалістичну парадигму дослідження та інтерпретацію будь-яких соціальних явищ. Наведене положення дістало закріплення й у Конституції України (ст. 48): ‘Кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло’¹⁴. Та видається, що оскільки йдеться про існування людини саме у суспільстві, то до першочергових, вітальних її потреб також належить потреба у повазі до її гідності. Тому задоволення усіх щойно названих потреб і слід вважати обов'язковою, об'єктивно закономірною передумовою належного, повноцінного існування і розвитку людини в соціумі. Це і дає підставу вважати діяльність, спрямовану на створення умов для задоволення означених потреб, *людяною* (людиновимірною, людянісною), тобто, інакше кажучи, людським поведженням.

Отже, можна висновити, що *людяність* (людинність) – це таке ставлення до людини з боку інших суб'єктів суспільства, яке дістає вияв у їхній поведінці, спрямованій на задоволення її життєво необхідних потреб у повазі до її гідності та у забезпеченні її достатніми їжею, одягом і житлом. А тому навпаки: діяльність протилежного антропного спрямування, тобто таку, що спрямована на перешкоджання задоволен-

¹³ П Рабінович, ‘Явища права: потребова інтерпретація’ (2019) 6 Право України 175–83.

¹⁴ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 15.01.2021).

ню будь-якої з усіх означених потреб, є підстави вважати нелюдською (нелюдською).

З огляду на наведене можна запропонувати – задля можливого подальшого обговорення – такі дві антропосоціальні дефініції:

1. Нелюдське поводження – це така діяльність будь-яких владних суб'єктів соціуму, яка перешкоджає задоволенню життєво необхідних потреб людини (насамперед у повазі до її гідності, забезпеченні достатніми їжею, одягом і житлом).

Залежно від рівня жорстокості нелюдського поводження з людиною міжнародна правозахисна практика вирізняє такі його види: приниження гідності, катування, злочини проти людяності.

Є підстави вважати, що нижчий рівень нелюдського поводження властивий будь-якому порушенню будь-якого буттєвого права людини; і таке порушення вже саме собою дає потерпілому підставу вимагати компенсації завданої йому моральної шкоди. Адже воно завжди посягатиме на людську гідність.

2. Злочинне нелюдське поводження – це така діяльність будь-яких соціальних суб'єктів, яка цілком виключає можливість задоволення життєво необхідних потреб людини (насамперед потреби у повазі до її гідності).

І вперше у всесвітній історії конкретизоване формулювання декількох складів таких злочинів здійснив влітку 1945 р. Г. Лаутерпахт. Запропоновані ним формулювання у статуті Нюрнберзького трибуналу, який засудив головних військових злочинців нацистської Німеччини.

Згодом ці формулювання Г. Лаутерпахта використовувалися у статутних документах, створюваних під егідою ООН декількох міжнародних тимчасових трибуналів для притягнення до кримінальної відповідальності низки осіб, винних у вчиненні злочинів проти людяності. “Вінцем” розвитку загальної концепції цих злочинів стало закріплення одинадцяти їх складів у ст. 7 Римського статуту Міжнародного кримінального суду¹⁵, який був ухвалений 1968 р. і після належної кількості національних ратифікацій набув юридичної чинності 2002 р. І в цьому міжнародному акті також дістали відображення (принаймні концептуально) відповідні юридичні конструкції Г. Лаутерпахта.

І ось нині у боротьбі з названими злочинами черговий важливий крок планує зробити ООН. Вона у 2019 р. прийняла до розгляду підготовлений її Комісією з міжнародного права проект Конвенції про запобігання і покарання злочинів проти людяності. Його розгляд ООН запланувала на наступну сесію Генеральної Асамблеї.

¹⁵ Римський статут міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text> (дата звернення: 15.01.2021).

Наведені вище положення стосовно вихідних універсальних стандартів прав людини природним чином виводять на проблему загального праворозуміння, зокрема так званого інтегрального.

Висновки. *Інтегральне людиноцентричне (антропологічне) праворозуміння*. Як відомо, останнім часом при обговоренні означеної проблеми почастишали спроби сконструювати так зване інтегральне праворозуміння, покликане подолати біполярність (протилежність, конкуренцію) двох класичних його варіантів: “природного” і “позитивістського”. У руслі таких спроб, як видається, визначальною має бути відповідь на таке ключове запитання: яке саме явище *інтегрується* до складу іншого явища, тобто стає невід’ємною складовою, елементом останнього?

Найбільш поширеними нині способами конструювання “інтегрального” праворозуміння є дві інтелектуальні операції: перша полягає у тому, що з кількох давно відомих варіантів різносмыслових праворозуміннь виділяються певні ознаки того явища, яке у кожному з них пропонується відображати термінопоняттям “право”, а друга полягає у тому, що кілька таких ознак послідовно розташовуються в одному реченні (найчастіше через кому – як його однорідні члени), й отримане у такий спосіб судження проголошується праворозумінням “інтегральним”. Еклектичність (механістичність) такого набору ознак видається очевидною – особливо ж у тих випадках, коли їх відбір і навіть послідовність викладу жодним чином не обґрунтовуються. У подібному реченні іменник засвідчує той змістовний, системоутворюючий стрижень, на який, так би мовити, нализуються різноманітні прикметники, котрі спеціалізують (урізноманітнюють) задеклароване буцімто оновлене, “свіже” праворозуміння. Довільно збільшувати чи зменшувати ці ознаки можна, мабуть, скільки завгодно... Проте зазначений вище стрижень зазвичай можна буде ідентифікувати з одним із давно відомих класичних варіантів праворозуміння, насамперед із легістсько-позитивістським або ж із природним.

Натомість пропонований мною нині інтегральний варіант праворозуміння (за такими робочими назвами, як, скажімо, “людиноцентричне”, “людиновимірне”, “антропосоціальне”, “антропологічне”, “людиннісне”, “людинне”) будується принципово інакшим способом, формується за іншим змістовним критерієм – людино-потребовим.

У зв’язку з цим нагадаю, що відповідно до обґрунтованого мною здавна соціально-матеріалістичного потребового підходу термінопоняттям “право” належить відображати *певні можливості задоволення потреб людини в її існуванні та розвитку у суспільстві, зумовлювані досягнутим рівнем його розвитку та забезпечувані обов’язками інших суб’єктів суспільства*. Тому *правовість* (належність до права) тих чи інших явищ обумовлюється їхньою здатністю слугувати умовами або ж засобами задоволення людських потреб. Означена властивість таких явищ фор-

мується тільки в процесі соціальної практики людей, тобто їх взаємозв'язків, взаємодії. І вже внаслідок цього право є явищем *соціальним* (а не скажімо, біологічним, хімічним, космічним). Воно, відтак, виникає у результаті “зустрічі” людських потреб із зовнішніми щодо них явищами, які здатні названі потреби задовольняти. Інакше кажучи, у процесі потребозадоволення відбувається *інтегрування* (включення, входження) певних властивостей реальних явищ (як природничих, так і соціальних) в існування людських індивідів та їхніх груп. І тоді такі властивості, набувши (відповідно до зазначеного праворозуміння) правового характеру, занурюються, впроваджуються у саме існування людини, яке завдяки цьому поліпшується, оптимізується. При цьому задоволена потреба певної людини зникає (щонайменше тимчасово), але можливість слугувати задоволенню аналогічних потреб інших людей відповідним явищем залишається і надалі, й у цьому вбачається загальний, тобто нормативний, характер таких можливостей. У такий спосіб права людини як її певні можливості реалізуються, використовуються нею, стаючи необхідним, природним складником людського існування. Адекватним відображенням такої ситуації може бути термінологічний вираз “право у людині”. Це і дає підставу вважати потребове праворозуміння інтегральним, тобто саме людина визнається тим системоутворюючим стрижнем, який породжує правовість певних явищ як необхідних інструментів задоволення її буттєвих, екзистенціальних потреб, – явищ, які у певному сенсі інтегруються в існування, життєдіяльність людини у соціумі. (Це, мабуть, і дає підставу застосовувати до означеного праворозуміння наведені вище прикметники.)

Запропонована тут людино-потребова інтерпретація інтегральності праворозуміння, може бути, ясна річ, предметом подальшого дискусування. Але як би то не було, гуманістичність, людиноцентричність такого праворозуміння видається беззаперечною.

Доречно зауважити, що наведені вище положення можуть бути додатковими аргументами для обґрунтування понять “правове існування людини” та “людиновимірне явище права”, які використовує білоруський учений В. Павлов при викладенні пропонованого ним варіанта антропологічного праворозуміння¹⁶.

¹⁶ В Павлов, *Проблеми теорії державства и права: учебное пособие* (Академия МВД 2017) 52, 62, 163.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Pavlov V, *Problemy teorii gosudarstva i prava: ucheb. posobie* (Akademija MVD 2017) (in Russian).
2. Kostenko O, *U svitli sotsialnoho naturalizmu (vybrane): vybrani tvory* (PALYVODA A. V. 2020) (in Ukrainian).

Edited books

3. Rabinovych P, 'Sotsialno-pryrodni prava y obov'iazky liudyny ta inshykh sub'iektiv yak element zahalnosotsialnoi pravovoi systemy' u *Pravova systema Ukrainy, t 1: Metodolohichni ta istoryko-teoretychni problemy formuvannia i rozvytku pravovoi systemy Ukrainy* (2008) (in Ukrainian).

Dictionaries

4. *Akademichnyi tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy (1970–1980 rr.)*, t 8 (Naukova dumka 1977) (in Ukrainian).
5. *Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy: 250 000* (Busel V ukladach, Perun 2005) (in Ukrainian).

Journal articles

6. Butkevych V, 'Pravo na zhyttia – osnovopolozhne pravo YeKPL. Stanovlennia ta rozvytok kryteriiv i standartiv yoho zastosuvannia' [2011] 2 (2) Yevropeiskyi sud z prav liudyny. *Sudova praktyka* 199–613 (in Ukrainian).
7. Rabinovych P, 'Pravo liudyny na kompensatsiiu moralnoi shkody' (2002) 2 *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* 12 (in Ukrainian).
8. Rabinovych P, 'Iavyshcha prava: potrebova interpretatsiia' (2019) 6 *Pravo Ukrainy* 175–83 (in Ukrainian).

Petro Rabinovych

UNIVERSAL STANDARDS OF HUMANITY AS CONCEPTUAL PRINCIPLES OF ANTHROPOCENTRIC LAW UNDERSTANDING

ABSTRACT. The article highlights some aspects of fundamental human rights issues, on which modern natural law concepts are usually based. In particular, it is substantiated that the term “existential” can be a relatively correct designation of such rights. It is proved that their social essence is to provide or promote the satisfaction of vital human needs in society. The most important of these needs are: respect for human dignity, as well as adequate food, clothing and shelter. The definition of the concept of international human rights standards is constructed. The standard of prohibition of inhuman treatment is analysed with regard to previously substantiated universal standard of human behaviour. Based on these global standards, the author makes an attempt to justify unconventionally an integrated human-centric understanding of law from the standpoint of the required research approach. It is based on the idea that the concept of law can reflect the ability to meet human needs, provided by the social responsibilities of other actors in society.

The lawfulness (belonging to the sphere of law) of certain phenomena is determined as their ability to be conditions or means of satisfying human needs. This property of such phenomena is formed only in the process of social practice of people. As a result, law is a social phenomenon (and not biological, chemical, cosmic). Therefore, law arises as a result of “meeting” of human needs with external phenomena (objects, processes), which are able to meet these needs. Within the process of need satisfaction, the integration of objective properties of certain phenomena (both natural and social) in the existence of human individuals and their groups is made.

Then such properties, having acquired (according to the specified legal understanding) legal character, are introduced into human existence. In this way, human rights as certain human possibilities are realized (used) by a human, and therefore change their ontic status, becoming a necessary natural component of human existence.

KEYWORDS: fundamental human rights; necessity based research approach; international human rights standards; human dignity; inhuman treatment; integrated human-centric law understanding.



Олексій Стовба

доктор юридичних наук,
адвокат Харківської обласної колегії адвокатів
(Харків, Україна)
stovba@mail.com

УДК 340.12

СУЧАСНЕ ПРИРОДНЕ ПРАВО ТА ДИНАМІЧНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ

Анотація. У статті розглядаються основні тенденції сучасного праворозуміння на пострадянському просторі. Нині можна спостерігати поділ правознавців на тих, хто належить до так званого класичного праворозуміння і представників неklasичної (“посткласичної”) правової думки, між якими точаться палкі дискусії щодо співвідношення “класики” і “некласики” в праві. Водночас неklasична філософія права на пострадянському просторі не просто некритично запозичує ідеї і принципи, розроблені західними правознавцями, але має свою специфіку, яка може бути найбільш точно виражена у вигляді терміна “динамічне праворозуміння” та не може бути зведена до відомих підходів, зокрема природного права. Термін “динамічне праворозуміння” є збірним найменуванням для низки тих концепцій, які були розроблені на пострадянському просторі наприкінці ХХ – на початку ХХІ ст. Це насамперед феноменолого-комунікативний (А. Поляков), діалогічний (І. Честнов), темпорально-онтологічний (А. Стовба) підходи, а також концепція правової реальності (С. Максимов) і деякі інші. Незважаючи на те що погляди всіх цих учених є самостійними й оригінальними, вони мають низку спільних рис, які дають змогу об’єднати їх під загальною назвою “динамічне праворозуміння”. Такими рисами є негативне ставлення до реіфікації права, до спроб мислити право виключно в системі логіко-понятійних координат (передусім суб’єкт-об’єктних відносин), а також до уявлення про право як про статичний, континуальний вимір Належного, який із безпечної трансцендентальної дистанції регулює суцзу реальність. Натомість пропонується розуміння права як динамічного (дискретного і такого, що відтворюється) за своєю суттю феномена, який із самого початку має соціальний характер. При цьому, незважаючи на новизну й оригінальність цих побудов, динамічне праворозуміння може бути вписано як у вітчизняний, так і в світовий філософсько-правничий дискурс. У результаті робиться висновок про те, що ідеї динамічного праворозуміння можуть послужити адекватним концептуальним підходом для цілісного осмислення сутності права.

Ключові слова: природне право; класичне праворозуміння; неklasичне праворозуміння; динамічне праворозуміння; правове буття; відтворення права.

Філософсько-правовий дискурс початку ХХІ ст. на пострадянському просторі ознаменувався створенням низки оригінальних концепцій. Серед них слід згадати феноменолого-комунікативну теорію права А. Полякова, концепцію правової реальності С. Максимова, діалогічний підхід до права І. Честнова, темпоральну онтологію права А. Стовби та ін.¹ Наслідком розроблення цих підходів стала жвава дискусія, яка велася за двома основними напрямками: по-перше, чи мають перераховані вище концепції свою специфіку, дійсно роблячи оригінальний внесок в осмислення права, або ж подібні ‘юридичні химери’² є не чим іншим, як ‘термінологічним перевдяганням “давно відомих істин”’³, ‘тягою до забороненого плоду філософського ідеалізму’⁴? По-друге, якщо ж все-таки подібні закиди безпідставні, які ті характерні риси та особливості зазначених вище трактувань права, що кардинально відрізняють їх від попередніх напрямів? Зокрема, чи можна вважати ці концепції чимось принципово новим, чи, все ж таки, вони можуть бути вміщені у класичну дихотомію природного та позитивного права, як, наприклад, вважає С. Рабинович⁵?

1. Хід дискусії

Слід зазначити, що наведені закиди викликали низку різких заперечень із боку представників неklasичного правознавства⁶. Крім виявлення принципових точок розбіжності класичного і неklasичного варіантів праворозуміння (більш повно про це буде сказано далі), позитивним підсумком цих суперечок став перегляд існуючих класифікацій та періодизацій шкіл і напрямів філософії права. Так, наприклад, С. Максимов залежно від того, що мається на увазі під основою первісної реальності права, тобто такого простору, в якому локалізуються правові смисли, виокремив чотири основні способи осмислення правової реальності: правовий позитивізм, правовий об’єктивізм (історичні та соціологічні концепції права), правовий суб’єктивізм (класичні концепції природного права), правову інтерсуб’єктивність (неklasичні концепції природного права)⁷. Ця класифікація отримала свій розвиток у працях автора

¹ Наприклад, лібертарно-інституційну концепцію права В. Четверніна, синергійну антропологію права В. Павлова, концепцію правової філософії І. Невважай. Також на шляху пошуку власної концепції – Н. Сатохіна. Див. наприклад: Н Сатохіна, ‘Досвід права і досвід безправ’я: герменевтична перспектива’ (2019) 1 *Філософія права і загальна теорія права* 41–56.

² Е Хохлов, ‘Юридические химеры как проблема российской правовой науки’ (2004) 1 *Правоведение* 4–14.

³ И Козлихин, ‘О нетрадиционных подходах к праву’ (2006) 1 *Правоведение* 31–40.

⁴ О Мартышин, ‘Об особенностях философско-правовой методологии’ (2016) 6 *Государство и право* 20–30.

⁵ Який вслід за Г. Мальцевим пропонує віднести зазначені напрями до “онтологічних концепцій природного права”. Більш детально з цього приводу див.: С Рабинович, ‘Темпоральная онтология права и проблема преодоления правовой метафизики’ (2017) 5 *Правоведение* 219.

⁶ Див., наприклад: А Стовба, ‘Об особенностях философско-правовой методологии’ (2017) 4 *Правоведение* 88–101; А Поляков, ‘Современная теория права. Ответ критикам’ (2011) 6 *Правоведение* 6–39.

⁷ С Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Право 2002) 34.

цієї статті, який запропонував розділити способи осмислення правової реальності на класичні та некласичні⁸. До класичних підходів пропонувалося віднести правовий позитивізм, історичні, біологічні та соціологічні підходи, а також метафізичні концепції природного права (раціоналістичні, антропологічні, телеологічні). До некласичних варіантів осмислення права зараховувалися феноменолого-екзистенціальний, комунікативно-дискурсивний, герменевтичний та низка інших підходів⁹. Надалі ця класифікація була уточнена і трансформована за допомогою пропозиції виділити в філософії права дометафізичний, метафізичний і постметафізичний етапи¹⁰. Загалом можна констатувати, що нині поділ шкіл праворозуміння на класичні і некласичні (або посткласичні) став практично загальноприйнятим у пострадянському правознавстві¹¹. Також деякі дослідники, наприклад О. Тимошина, відзначають наявність “неокласичних” тенденцій у теорії та філософії права¹².

Як відомо, критерієм поділу концепцій на “класику” і “некласику” є вихідні філософсько-методологічні передумови дослідника. Як зазначає О. Тимошина, особливістю класичного розуміння права є об’єктивістська інтерпретація буття права як незалежного від свідомості суб’єкта: право постає у вигляді об’єктивного ідеального буття, яке може бути відкрито вченому, який володіє привілеєм об’єктивного бачення (юснатуралізм); доступного об’єктивному спостереженню емпіричного факту, що виявляється суб’єктом, даного в світі простору і часу, подібно до “речі” (юспозитивізм). Подібна інтерпретація буття права обґрунтована категорією абстрактного суб’єкта – абсолютного спостерігача, який конститується у результаті протиставлення об’єкту (праву) і володіє універсальним методом, використання якого розглядається як таке, що не створює впливу на об’єкт. Априорно збагнене розумом або індуктивно утворене поняття права розглядається як таке, що має референта в ідеальному світі ідей або в емпіричній реальності¹³. Зі свого боку для некласичних (посткласичних) правових учень, таких як правова феноменологія, правовий екзистенціалізм, герменевтика, комунікативно-дискурсивна філософія права, правовий постмодернізм і деяких інших, характерні такі риси як людиномірність, конституювання, текстуальність, процесуальність, відмова від суб’єкт-об’єктної парадигми та ін.¹⁴.

⁸ А Стовба, *Правовая ситуация как исток бытия права* (Диса+ 2006) 25.

⁹ Там само 26.

¹⁰ А Стовба, *Темпоральная онтология права* (Алеф-пресс 2017) 43.

¹¹ Див., наприклад: А Стовба (ред), *Неклассическая философия права: вопросы и ответы: коллективная монография* (Библиотека журнала “Проблемы философии права” 2013).

¹² Елена Тимошина, ‘Классическое и постклассическое правопонимание: обобщение основополагающих особенностей’ в *Этические и антропологические характеристики современного права в ситуации методологического плюрализма* (Академия МВД 2015) 76.

¹³ Там само 73.

¹⁴ Там само 74.

2. Самобутність динамічного праворозуміння

Обґрунтовуючи наукову новизну неklasичних концепцій у пострадянській філософії права, варто підкреслити, що хоча ці підходи в принципі можливо вписати в неklasичний (постметафізичний) напрям світової правничої думки, проте їх принципово не можна ототожнити ні з одним із відомих досі варіантів праворозуміння (правовою феноменологією, герменевтикою, комунікативно-дискурсивною філософією права тощо). Відповідно, далі необхідно в загальних рисах розглянути специфіку зазначених учень, аби мати можливість скласти власне судження щодо їхньої оригінальності¹⁵.

Так, А. Поляков розуміє під правом динамічний, мінливий і рухливий феномен, який він концептуалізує як правову комунікацію. На його думку, право являє собою не абстрактну метафізичну ідею, не апріорну цінність, не символічно-текстуальний (знаковий) припис, за яким стоїть чиясь “воля”, а “живе” (цілісне, таке, що розвивається), соціальне явище¹⁶. Як можна бачити, на відміну від традиційного, “статичного” праворозуміння, оригінальність цього підходу полягає в акценті на динаміці права, який лише і дає змогу адекватно осмислити його. Як підкреслює правознавець, як у випадку природного, так і позитивного права, воно постає у ролі феномена, який не має внутрішнього, антропологічного джерела саморозвитку, руху, і виступає “мертвим”, абстрактним, “зовнішнім” для суб’єкта правом, апріорною даністю, знаковим комплексом, відірваним від людини або життєвого світу¹⁷.

Подібне, цілісне розуміння права дає змогу А. Полякову відійти від поглядів правового позитивізму, який під час свого осмислення права обмежується виключно сферою юридичного. Також він не стоїть і на позиціях класичного природного права, яке вважає джерелом права природу, розум чи цінності. Навпаки, він підкреслює, що ані правові тексти, ані правові цінності, ані суб’єктивна правосвідомість, ані індивідуальні правові вимоги не утворюють право як розрізнені елементи. Те, що їх об’єднує – це правова комунікація, що виникає як інтерсуб’єктивна реальність, сполучною ланкою якої є взаємодіючі суб’єкти¹⁸. Окремі компоненти права, наприклад правові тексти, самі суб’єкти, які мають правосвідомість і волю, їхня реальна діяльність у соціальному часі і просторі самі собою не представляють права як інтегрального (цілісного) явища.

¹⁵ На жаль, обсяг цієї статті не дає можливості повною мірою розкрити всі нюанси неklasичних концепцій права. Детальний аналіз здійснено автором цієї статті в іншій праці, до якої може звернутися читач. Див.: Стовба (н 10).

¹⁶ А Поляков, ‘Прощание с классикой, или как возможна коммуникативная теория права’ (2008) 1 Российский ежегодник теории права 12.

¹⁷ Там само 11.

¹⁸ Там само 18.

Тільки в результаті певної “хімічної реакції” – виникнення правової комунікації – виникає право. Право і є правова комунікація¹⁹.

За твердженням С. Максимова, право вихідним чином існує як правова реальність, яка не являє собою якусь субстанційну частину реальності, а є лише способом організації та інтерпретації певних аспектів соціального життя, буття людини²⁰. Як можна бачити, при трактуванні права український учений акцентує увагу на екзистенціальній, особистісній складовій цього феномена. За словами С. Максимова, проблема осмислення права вирішується через виявлення його вкоріненості в людському бутті, присутності в людському житті. Питання про те, що є право, вирішується через з’ясування питання про те, які ми самі. В якомусь сенсі можна сказати, що не ми тлумачимо право, а право тлумачить нас²¹. Тим самим право початково виявляється не “мертвою” системою правил і норм, а сферою драм і конфліктів, важких екзистенціальних виборів і рішень, коли буквально на кожному кроці оголюються глибинні основи людського буття²². Отже, подібно до А. Полякова, український правознавець інтерпретує право не статично, за допомогою класичного теоретичного апарату, а динамічно. Як підкреслює С. Максимов, у межах концепції правової реальності пізнання права в строго епістемологічному сенсі теоретичного досвіду є неможливим. Ітися, імовірніше за все, може про герменевтичне розуміння як відтворення права під час його здійснення²³.

На динамічній, рухомій, мінливій природі права наполягає і автор діалогічної концепції права І. Честнов. Відповідно до його поглядів право являє собою єдність і відмінність, тобто діалог унікального (конкретної, фактичної взаємодії – правовідносини, де існує суб’єктивне право) і типового, повторюваного (тобто об’єктивної норми права)²⁴. Логічним наслідком такої позиції є теза про те, що в подібному діалозі буття права зі статичного буття конкретного суцього (ідеї, закону, судового рішення тощо) перетворюється у віртуальне, плинне буття симулякрів²⁵. Отже, для підходу І. Честнова властиво негативне ставлення до “реіфікації” права, корелятом чого є прагнення “розпредметити” правову дійсність за допомогою демонстрації соціокультурної обумовленості понять кла-

¹⁹ Поляков (н 16) 21.

²⁰ Сергей Максимов, ‘Концепция правовой реальности’ в Стовба А (ред), *Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Коллективная монография* (Библиотека международного журнала “Проблемы философии права” 2013) 32.

²¹ Там само 52.

²² С Максимов, ‘Правовая реальность как предмет философского осмысления’ (дис д-ра юрид наук, 2002) 23.

²³ Максимов (н 20) 52.

²⁴ И Честнов, ‘Диалогическая антропология права как постклассический тип правопонимания: к формированию концепции’ (2008) 1 Российский ежегодник теории права 81.

²⁵ И Честнов, *Постклассическое правопонимание* (Краснодарский университет МВД России 2010) 30.

сичної теорії права²⁶, а також акцент на рухомій, мінливій природі буття права, яке збувається під час його відтворення у практиці суспільних відносин²⁷.

В. Четвернін, у межах розробленої ним лібертарно-інституційної концепції, трактує право як комплекс інститутів, що підкоряє соціальні взаємодії правовому принципу – забороні агресивного насильства²⁸. При цьому під соціальним інститутом В. Четвернін розуміє стійкий порядок соціальних комунікацій (систему норм, формальних і неформальних правил)²⁹. Тим самим ключовим для концепції вченого є структура права як соціального інституту, де він виокремлює смисловий і змістовний компоненти. Так, смислова площина права (заборона агресивного насильства і свобода обміну) виражається у функції права як соціального інституту: задоволенні людських потреб. Як зазначає В. Четвернін, право дає змогу максимально задовольняти потреби тим, хто опиняється найбільш конкурентним при забороні агресивного насильства і перешкоджає задоволенню потреб найменш конкурентних суб'єктів³⁰. Другий, змістовний аспект права як інституту виражається насамперед у тій сукупності норм (у зазначеному вище значенні цього терміна), за допомогою якої право відтворюється у суспільних відносинах. При цьому правознавець виділяє в структурі права як соціального інституту такі елементи, як принцип права, договори, “позитивні норми” (своєрідне “право миру”, тобто норми, що регулюють “нормальне” існування громадських взаємодій) і юридичний механізм примусу (своєрідне “право війни”: норми і правила на випадок порушень, суперечок, конфліктів тощо)³¹.

Зі свого боку у межах темпоральної онтології права, розробленої автором цієї статті, право первісно існує як правове буття – тяжіння, що виникає між учиненим діянням і його правовими наслідками. Це тяжіння збувається за допомогою правового суцього – людей, доказів і правових текстів. Буття цього суцього утворює буття права. Як правове буття, так і буття права локалізовані в правовому часі – темпоральному розриві, який відділяє вчинене діяння від його правових наслідків. Правовий час, правове буття і буття права у своїй сукупності утворюють правову подію. Оскільки правова подія містить у собі як можливість події права (того, що вчинене діяння за допомогою правового суцього притягне

²⁶ Илья Честнов, ‘Диалогическая концепция права’ в Стомба А (ред), *Неклассическая философия права: вопросы и ответы: коллективная монография* (Библиотека международного журнала “Проблемы философии права” 2013) 172.

²⁷ Там само 161.

²⁸ Владимир Четвернин, ‘Либертарно-институциональная концепция права’ в Стомба А (ред), *Неклассическая философия права: вопросы и ответы: коллективная монография* (Библиотека международного журнала “Проблемы философии права” 2013) 202–3.

²⁹ Там само.

³⁰ Там само 207.

³¹ Там само 208.

до себе правові наслідки), так і можливість неправа, право виявляється дискретним та імовірнісним за своєю природою феноменом³².

Тим самим цілісне осмислення наведених вище концепцій дає змогу зробити висновок про те, що, незважаючи на відмінності й індивідуальні нюанси, погляди зазначених правознавців можна об'єднати під загальною характеристикою “динамічного праворозуміння”, в якій для них характерне осмислення права як динамічного, мінливого, процесуального за своєю суттю феномена. Слід зазначити, що в наведеному контексті “динамічність” не означає банального акценту на змістовній мінливості норм права в результаті історичних, соціальних або культурних факторів. Як зазначає А. Черняков, як універсальний онтологічний термін грецьке *δύναμις* відсилає до одного зі смислів буття в аристотелівському реєстрі смислів – до *δυνάμις δν*, тобто до того, що може бути або не бути деяким певним, оформленим сущим³³. Тобто слід підкреслити, що динамічність права означає не просто його “рухливість”, “плинність” або “мінливість”. У первісному значенні грецького *δύναμις* корениться щось більше: динамічність у цьому випадку слід трактувати як спробу зрозуміти, чому те чи інше суще є правовим, тоді як воно могло б бути і іншим (протиправним, позаправовим тощо) або не існувати взагалі.

Таким чином, ключовою характеристикою наведених вище концепцій, яка принципово відрізняє їх від природно-правових поглядів, є переконаність їхніх авторів у тому, що існування права – зовсім не апріорна аксіома. Адже цілком може статися так, що права може і не бути – не існувати, не статися. Те, що право було вчора, зовсім не означає, що воно існує сьогодні. А те, що воно є сьогодні, аж ніяк не гарантія того, що воно буде існувати завтра. Тим самим можна зробити висновок про те, що право, згідно з уявленнями правознавців, існує не континуально, як ідея, закон чи Основна норма, а дискретно, відтворюючись у процесі відносин між людьми. Як підкреслює І. Честнов, саме експлікація механізму відтворення права – головний показник наукової новизни некласики³⁴.

3. Характерні риси динамічного праворозуміння

Необхідно зазначити, що специфіка функціонування подібного механізму відтворення права по-різному концептуалізується вченими. Як ми вже бачили, оригінальне, авторське бачення подібного процесу може кристалізуватись як “динамічна структура правової реальності” (С. Максимов), “правова комунікація” (А. Поляков), “правова подія” (А. Стовба), “правовий діалог” (І. Честнов), “правовий інститут” (В. Четвернин)

³² Стовба (н 10).

³³ А. Черняков, *Онтология времени. Бытие и время в философии Аристотеля, Гуссерля, Хайдеггера* (Высшая религиозно-философская школа 2001) 60.

³⁴ И. Честнов, ‘Научная новизна постклассической юриспруденции’ (2016) 2 Российский журнал правовых исследований 13.

тощо. Водночас як загальний знаменник перерахованих підходів можна навести твердження про те, що буття права не абсолютне, а відносне, оскільки потребує свого відтворення за допомогою соціальної практики. З цього випливають усі ті загальні особливості цього типу праворозуміння, які можна виокремити з належних до нього підходів.

По-перше, це відмова від уявлень про право як феномен, який апріорно наділений абсолютним буттям, тобто не може не існувати, а може бути лише порушеним. На відміну від цього динамічне праворозуміння тяжіє до осмислення права як динамічного феномену (діалогу, комунікації, буття тощо), який не існує в просторі і часі безперервно (континуально), а відтворюється у процесі людської діяльності, тобто існує дискретно. При цьому слід зазначити, що під існуванням права в динамічних концепціях розуміється не наявне буття якоїсь правової субстанції, а смислова ідентифікація відповідного суцього, явища або процесу. Закономірним наслідком такого підходу є переконання, що право не може бути апріорі ототожене з будь-яким суцям, а тим самим і відмова від реіфікації (матеріалізації) права. Тому загальним для динамічного праворозуміння можна вважати метафоричне твердження про те, що “права як такого не існує” (А. Поляков) у тому сенсі, що це слово “не має постійного емпіричного референта” (С. Максимов).

По-друге, у результаті відмови від трактування права виключно як Належного, наділеного абсолютним (континуальним) буттям (ідеї, норми тощо) і переходу до розуміння права як дискретного – такого, що відтворюється – динамічного, рухомого феномену (події, комунікації, дискурсу), динамічне праворозуміння долає дихотомію суцього і Належного в праві. Тому, на відміну від поглядів Ю. Габермаса або Р. Алексі, які також ототожнювали буття права і динамічний дискурс, однак вважали, що такий дискурс існує постійно (тобто континуально, нехай навіть в ідеальному вимірі, який служить Належним – критичним масштабам для “реальних” правових явищ), представники динамічного праворозуміння вважають, що право як онтологічно-смисловий механізм його відтворення (діалог, комунікація, подія) є складовою відносин між людьми, а не відокремленим від них Належним. Тим самим класична дихотомія суцього і Належного в праві виявляється подоланою настільки, настільки право вже не є ані суто Належним (унаслідок його екзистенціальної та соціальної онтологізації, ані виключно суцям (оскільки право як механізм свого відтворення існує не статично-континуально, а динамічно-дискретно). При цьому подібне мислення права не є і релятивізмом у постмодерністському сенсі цього слова, адже існування права (як буття правової релевантності відповідним суцям, процесом або явищем) отримує своє об’єктивне підґрунтя – правовий діалог (І. Честнов), правову комунікацію (А. Поляков), правову подію (А. Стовба), правові

інститути (В. Четвернін). Та й відповідно до твердження С. Максимова правовій реальності об'єктивно притаманна динамічна структура буття. Таким чином, у динамічному праворозумінні на місце класичного трактування права як статичного Належного (ідеї права, Основної норми) приходять некласичні динамічні феномени (правовий діалог, правова комунікація тощо), які вкорінені у сумісному бутті людей, а для динамічного праворозуміння є характерним не релятивізм, а реляційність, тобто відносність, хоча і не абсолютна, до інших соціальних явищ і суспільства загалом (І. Честнов).

Звідси впливає третя особливість динамічного розуміння права, а саме те, що характерним для нього є розгляд права як соціального явища, пошук онтологічних витоків права в зовнішніх щодо нього явищах, перш за все – у спільному існуванні людей. Звичайно, приклади подібних трактувань можна відшукати ще в правовій феноменології А. Райнаха (вчення про соціальні акти)³⁵, М. Алексєєва (нормативні факти)³⁶, Г. Гуссерля (екстраординарні події)³⁷ та ін. Однак у цьому випадку акцент робиться на тому, що з позицій динамічного праворозуміння право як процес його відтворення виявляється вкоріненим у тій самій реальності, яку покликане впорядкувати право. Звідси, на відміну від класичних пошуків сутності права, яка стоїть за емпіричними правовими явищами, динамічне праворозуміння прагне експлікувати ті умови, за яких відповідне суще (явище, процес) отримує правовий зміст і, відповідно, втрачає його.

По-четверте, оскільки право як подія його відтворення не може відбуватися саме собою, а лише за допомогою людей, ще однією ознакою динамічного праворозуміння є акцент на “людиномірності” права, на тому, що право не може існувати поза відносинами між людьми. Творчо розвиваючи ідеї А. Кауфманна і Г. Гуссерля, представники динамічного праворозуміння стверджують, що здатність людей здійснювати право в бутті один з одним вкорінена насамперед у їх взаємному визнанні як суб'єктів права. Тим самим право – це не “зовнішнє” явище відносно людини, а феномен, закладений у спільному існуванні людей. Тому для динамічного праворозуміння характерний перехід від моносуб'єкта класичного правознавства до полісуб'єктності (тріалогічності – І. Невважай, діалогічності – І. Честнов, буття-з – О. Стовба), інтерсуб'єктивності (С. Максимов, А. Поляков) та ін. Наслідком цього переходу є те, що як позитивне, так і природне право вже не є “ап'юріорними”, тобто “первинними”, а “вторинними”, похідними правовими феноменами, які мають своє екзистенційне підґрунтя в актах визнання.

³⁵ А Райнах, *Априорные основания гражданского права* (Дом интеллектуальной книги 2001) 161.

³⁶ Н Алексеев, *Основы философии права* (Лань 1999) 190.

³⁷ Г Гуссерль, ‘Повседневная жизнь и право’ (2010–2011) VIII–IX Проблемы философии права 83.

По-п'яте, внаслідок відмови від реіфікації права і розгляду його як дискретного явища, яке онтологічно вкорінене в процесах діалогу, комунікації, подієвості тощо, методологічною особливістю динамічного праворозуміння є прагнення описати закономірності тих процесів, під час яких відтворюється право – правової події (О. Стівба), правового діалогу (І. Честнов), правової комунікації (А. Поляков) і т. д. На відміну від класичної понятійної юриспруденції, яка займала прескриптивну позицію щодо досліджуваних явищ, для динамічного праворозуміння характерна установка на нарративність, прагнення сконструювати ту “динамічну смислову метафору” (комунікацію, подієвість, діалог), яка максимально була б здатна адекватно виразити подію відтворення права. Переходом від прескриптивних до нарративних структур обумовлено і широке розуміння правової норми як закономірності людського співжиття, акцент на похідному, вторинному характері класичної, позитивної або природно-правової норми права. Це положення динамічного праворозуміння має певну схожість із “соціологічним позитивізмом” українського теоретика П. Рабиновича, який також акцентує увагу на обумовленості права соціальними факторами – перш за все потребами³⁸. Однак прихильники динамічного праворозуміння наполягають, що право не просто обумовлене соціальними факторами, а – як дискретно-сингулярний механізм його буття-відтворення – існує невіддільно від людського буття, маючи не просто соціологічний, а екзистенційно-онтологічний фундамент.

4. Роль та місце динамічного праворозуміння у філософії права

Таким чином, динамічне праворозуміння як самостійна й оригінальна течія правничої думки виходить за межі природно-правової традиції, проте може бути вписане в контекст світової філософсько-правничої думки ХХ–ХХІ ст., оскільки увібрало в себе низку ідей і тенденцій не тільки зарубіжної, а й вітчизняної філософії права. Так, спроби осмислити право як мінливий, динамічний і процесуальний феномен ще на початку ХХ ст. робили німецький правознавець Р. Штаммлер (вчення про природне право з мінливим змістом) і австрійський учений О. Ерліх (вчення про “живе право”)³⁹. Також і в середині ХХ ст. німецький екзистенціаліст Е. Фехнер акцентував увагу на тій обставині, що природне право не просто володіє мінливим змістом, а постійно перебуває на етапі становлення⁴⁰. Ідеї про первинну локалізацію права не в природній або по-

³⁸ П Рабинович, *Філософія права* (Галицький друкар 2014).

³⁹ Слід підкреслити, що, незважаючи на експліцитний акцент на динамічності права, зазначені правознавці зосередилися лише на змістовній мінливості правових норм, продовжуючи мислити право як континуальне явище. Відтак новизна динамічного праворозуміння якраз і полягає у тому, що воно переосмислює метафізичну традицію правничої думки та досягає динамічності права як його дискретності і реляційності.

⁴⁰ Э Фехнер, ‘Философия права’ (2011) 3 Российский ежегодник теории права 609.

зитивній нормі, а в середовищі людського співіснування, крім А. Райнаха, М. Алексєєва, Г. Гуссерля, висували датський правознавець Г. Кон (“конкретна ситуація”)⁴¹, а також німецький екзистенціаліст В. Майхофер (екзистенціал буття-як)⁴² і т. д. Передумови для динамічного праворозуміння можна відшукати і в положеннях правового екзистенціалізму і герменевтики про те, що право є не субстанцією, а відношенням норми до випадку, яке відповідає критеріям істини (А. Кауфманн)⁴³, або ж існує як “право буття” (Р. Марчич). Зі свого боку спроби подолати дихотомію юридичного позитивізму і природно-правового підходу можна відшукати і в правовому екзистенціалізмі – у В. Майхофера, А. Кауфманна, Р. Марчича. Інтегрувати правосуб’єктність осіб у їх взаємне визнання прагнули А. Кауфманн і Г. Гуссерль. Твердження про те, що право існує як динамічний процес його інтерпретації, висували класики правової герменевтики – П. Рікер та Г.-Г. Гадамер.

У динамічному праворозумінні відшукала свій розвиток і низка тенденцій радянської правничої думки. Зокрема, це дискусія про “широке розуміння права”, яка точилася в 70-ті роки ХХ ст. щодо відходу від вузького нормативізму і включення в обсяг права правовідносин, правосвідомості (ідеї права), суб’єктів права тощо. У динамічному праворозумінні зазначена дискусія знайшла своє відображення перш за все у твердженнях С. Максимова й А. Полякова про те, що існування права не можна звести до якогось одного рівня – ідеї права, правової норми, але воно повинно включати в себе всі правові феномени, алгоритм взаємодії яких якраз і виражається за допомогою таких термінів як “правова реальність” або “правова комунікація”. Також ідеї українського правознавця П. Рабиновича про соціальну обумовленість права – насамперед потребами людей – були переосмислені і розвинені в концепціях І. Честнова (тези про соціально-культурну обумовленість змісту правового діалогу), а також О. Стовби (про потребу заповнити екзистенціальну неповноту як поштовх до буття права).

Однак динамічне праворозуміння принципово не може бути зведене до раніше відомих типів природного праворозуміння, які мають лише зовнішню схожість із ним. Адже динамічність права як його процесуальність, плинність, мінливість відображаються у площині кардинально нової правової онтології, розробленої представниками динамічного праворозуміння. Її головне і принципово нове твердження полягає у тому, що право не існує “саме собою”, тобто континуально (як це мислилося у класичних концепціях правового позитивізму або природного права), а постійно ризикуює не відтворитись як реальна складова людського

⁴¹ G Cohn, *Existentialism and Legal Science* (Occana publications inc. 1967) 31.

⁴² В Майхофер, ‘Право и бытие’ (2008) 1 Российский ежегодник теории права 199.

⁴³ А Кауфманн, ‘Предварительные замечания по поводу правовой логики и онтологии отношений’ (2013) 6 Правоведение 211.

співжиття (наприклад, при вчиненні правопорушення, масових заворушеннях, революції, громадянській війні тощо). Отже, право як первинно дискретне за своїм характером явище потребує механізму свого відтворення, який забезпечує існування права і сам може бути ототожнений із ним. Прикладами таких механізмів як раз і є правова реальність в її динамічному аспекті, правове життя, правова комунікація, правова подія, правовий діалог тощо. Отже, основним досягненням представників динамічного праворозуміння є конструювання принципово нової онтології права – динамічної і переважно дискретної, а також експлікація конкретних механізмів відтворення права – правової події, комунікації, діалогу та ін.

Висновки. Таким чином, ми можемо дійти висновку, що нині на пострадянському просторі у межах неklasичної правничої думки сформувався новий тип праворозуміння, який може бути названий динамічним. Цей тип не можна ототожнити з жодними школами природного права, оскільки його зміст становлять самостійні оригінальні концепції (правової реальності, правової комунікації, правового діалогу, темпоральної онтології права, лібертарно-інституційної теорії права). Перераховані підходи характеризує спроба мислити право як динамічне, процесуальне явище, яке не існує абсолютно-континуально, а дискретно-імовірно відтворюється у процесі відносин між людьми. Звісно ж, прийняття вихідних базових постулатів динамічного праворозуміння безпосередньо веде до перегляду низки фундаментальних категорій класичної теорії права – насамперед норми, суб'єкта права, механізму правового регулювання, правовідносин тощо. Можна припустити, що подальше розроблення цих ідей є перспективним і може призвести до формування більш реалістичної теорії права, перемістивши її з площини ідеальних конструктів у сферу соціальної онтології.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Cohn G, *Existentialism and Legal Science* (Occana publications inc. 1967) (in English).
2. Alexeev N, *Osnovy filosofii prava* (Lan 1999) (in Russian).
3. Chernyakov A, *Ontologiya vremeni. Bitie y vremya v filosofii Aristotelya, Gusserlya, Heideggera* (Vischaya filosofsko-religioznaya shkola 2001) (in Russian).
4. Chestnov I, *Postklassicheskaya teoriya prava* (Alef-press 2012) (in Russian).
5. Chestnov I, *Postklassicheskoe pravoponimanie* (Krasnodarskiy universitet MVD Rossii 2010) (in Russian).
6. Maksimov S, *Pravovaya real'nost': opyt filosofskogo osmysleniya* (Pravo 2002) (in Russian).
7. Rabinovich P, *Filosofiya prava* (Galitskiy druzkar 2014) (in Ukrainian).

8. Raynach A, *Apriornye osnovaniia grazhdanskogo prava* (Dom intellektualnoy knigi 2001) (in Russian).
9. Stovba A, *Pravovaia situatsiia kak istok bytiia prava* (Disa+ 2006) (in Russian).
10. Stovba A, *Temporal'naia ontologii prava* (Alef-press publ. 2017) (in Russian).

Edited books

11. Stovba A (red), *Neklassicheskaia filosofiia prava: voprosy i otvety* (Biblioteka problem filosofii prava 2013) (in Russian).
12. Tymoshyna E, 'Klassicheskoe i postklassicheskoe pravoponimanie: obobshchenie osnovopolagaiushchikh osobennosti' in *Eticheskie i antropologicheskie kharakteristiki sovremennogo prava v situatsii metodologicheskogo pliuralizma* (Akademia MVD 2015) (in Russian).

Journal articles

13. Chestnov I, 'Dialogicheskaiia antropologii prava kak postklassicheskii tip pravoponimaniia: k formirovaniu kontseptsii' (2008) 1 Rossiiskii ezhegodnik teorii prava 1 (in Russian).
14. Chestnov I, 'Nauchnaia novizna postklassicheskoi iurisprudentsii' (2016) 2 Rossiiskii zhurnal pravovykh issledovaniy 21 (in Russian).
15. Fechner E, 'Filosofiia prava' (2011) 3 Rossiiskii ezhegodnik teorii prava 32 (in Russian).
16. Hohlov E, 'Iuridicheskie khimery kak problema rossiiskoi pravovoi nauki' (2004) 1 Pravovedenie 321 (in Russian).
17. Husserl, G, 'Povsednevnaia zhizn i pravo' (2010–2011) 8–9 Problemy filosofii prava VIII-IX (in Russian).
18. Kaufmann A, 'Predvaritel'nye zamechaniia po povodu pravovoi logiki i ontologii otnoshenii' (2013) 6 Pravovedenie 342 (in Russian).
19. Kozlihin I, 'O netraditsionnykh podkhodakh k pravu' (2006) 1 Pravovedenie 325 (in Russian).
20. Martyshyn O. 'Ob osobennostiakh filosofsko-pravovoi metodologii' (2016) 6 Gosudarstvo i pravo 402 (in Russian).
21. Maihofer W, 'Pravo i bytie' (2008) 1 Rossiiskii ezhegodnik teorii prava 1 (in Russian).
22. Nevvazhai I, 'Sotsial'no-filosofskie osnovaniia kontseptsii pravovoi zhizni' (2002) 4 Filosofskaia i pravovaia mysl: Almanakh 4 (in Russian).
23. Pavlov V, 'Sinergiinaia antropologii i postklassicheskaiia antropologii prava: k voprosu ob antropologicheskkom podkhode k ponimaniu prava' (2015) 1 Fonar Diogena 1 (in Russian).
24. Polyakov A, 'Proshchanie s klassikoi, ili kak vozmozhna kommunikativnaia teoriia prava' (2008) 1 Rossiiskii ezhegodnik teorii prava 1 (in Russian).
25. Polyakov A, 'Sovremennaia teoriia prava. Otvet kritikam' (2011) 6 Pravovedenie 330 (in Russian).
26. Rabinovich S, 'Temporal'naya ontologiya prava i problema preodoleniya pravovoy metafiziki' (2017) 5 Pravovedenie 334 (in Russian).
27. Satokhina N. 'Dosvid prava i dosvid bezpravya: germenentichna perspektiva' (2019) 1 Filosofia prava i zagalna teoria prava 1 (in Russian).
28. Stovba A, 'Ob osobennostiakh filosofsko-pravovoi metodologii' (2017) 4 Pravovedenie 333 (in Russian).

Theses

29. Maksimov S, 'Pravovaia real'nost' kak predmet filosofskogo osmysleniia' (dis doct yurid nauk 2002) (in Russian).

Oleksiy Stovba

CONTEMPORARY NATURAL LAW
AND DYNAMIC UNDERSTANDING OF LAW

ABSTRACT. The following article is about the main trends of understanding of law in the former Soviet Union. These trends are the so-called “classical” and “non-classical” (“post-classical”) understanding of law, and both find itself in the mutual debates between one another. At the same time non-classical legal philosophy in the former Soviet Union doesn’t take the ideas from the Western thought uncritically, but tries to elaborate its own view to the legal field. The specificity of the named view may be characterized through the concept “dynamic understanding of law”. The similar concept is the common title for the wide range of the doctrines, which were elaborated in the Russia, Ukraine and Belorussia on the edge of the centuries. These are, for example, phenomenological-communicative approach of A. Polyakov, doctrine of the legal dialogue of I. Chestnov, temporal-ontological philosophy of law (A. Stovba), the conception of legal reality (S. Maksymov) and so on. It’s worth to stress, that all the named legal doctrines are independent from one another and original. But at the same time it has common features, which allow us to significate it under the common title “dynamic understanding of law”. The similar features are the next: negative position towards the reification of law, to the attempts to consider law in the frame of subject-object relations, to the representation of law as the static, continual “Ought”, which regulates its object – “Is” – from the “secure” transcendental distance. Instead of this the named legal philosophers propose to consider law as dynamic (discrete and reproduced) in its core phenomenon, which originally has social roots and character. At the same time despite the originality of the similar views to the law, we can find its historical parallels in the national legal discourse as well in the foreign legal philosophy. The conclusion is that the ideas of the dynamic understanding of law are the adequate conceptual approach to the general reasoning of the legal essence.

KEYWORDS: natural law; classic understanding of law; non-classic understanding of law; dynamic understanding of law; legal being; reproduction of law.



Наталія Сатохіна

кандидатка юридичних наук,
доцентка кафедри теорії і філософії права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2480-9405>
nataliasatokhina@gmail.com

УДК 340.12

ВСТУП ДО ГЕРМЕНЕВТИЧНОЇ ТЕОРІЇ ПРИРОДНОГО ПРАВА

АНОТАЦІЯ. Метою статті є прояснення правової складової фундаментального досвіду як досвіду сенсу та окреслення у такий спосіб контурів герменевтичної теорії природного права.

Окреслено загальні перспективи та деякі напрями застосування герменевтичної оптики для осмислення проблеми природного права як проблеми співвідношення фактичності і значущості у структурі людського досвіду.

Герменевтичне осмислення проблеми природного права відбувається у три кроки. Спершу здійснено реконструкцію теорії герменевтичного досвіду як досвіду розуміння себе, Іншого і світу. Останнє мислиться як спосіб буття людини у світі, що виявляється можливим завдяки герменевтичній відкритості як первинному визнанню Іншого.

Другу частину статті присвячено виявленню у структурі герменевтичного досвіду іманентного йому правового виміру, який локалізовано в постійній напрузі між таким, що уможливорює досвід сенсу, взаємним визнанням і таким, що його не можна уникнути, ризиком невизнання.

Насамкінець встановлюється зв'язок між структурою герменевтичного досвіду та правовими інститутами, що вони розглядаються як підтвердження взаємного публічного визнання людьми одне одного. Зокрема, продемонстровано, що людська гідність є не штучною конструкцією, до якої людство вимушене було вдатися заради самозбереження, і не порожньою політичною декларацією, а фундаментальною цінністю інших людей, зумовленою особливістю людського досвіду як досвіду розуміння, можливого лише в діалозі.

Через виявлення правового виміру досвіду людини як досвіду сенсу окреслено контури герменевтичної теорії природного права як онтологічної теорії, що вбачає підстави права у “природі речей” і як така становить альтернативу, з одного боку, релятивізму правового позитивізму, а з другого – догматизму деонтологічних теорій природного права.

Ключові слова: феноменологія; герменевтика; досвід; фронесис; онтологічні теорії природного права; природа речей.

Попри розмаїття інтерпретацій відповідного феномену в західній інтелектуальній традиції, усім концепціям природного права так чи інакше йдеться про деяке джерело універсальної значущості (природний порядок речей у світі, божественна воля, природа людини тощо), яке містить змістовий критерій, своєрідну ДНК права, що уможливорює відродження останнього навіть на згадку війн і геноцидів.

Водночас сучасному мисленню, що його можна позначити як пост-метафізичне, навпаки, властивий акцент на *фактичності* та відмова від “ілюзії універсального”, що зумовлює скорочення змістової раціональності до раціональності формальної, тобто розумності процедур¹. Проте останні самі собою виявляються не здатними забезпечити позитивний результат. Зі свого боку розчарування у суто процедурних теоріях справедливості та чергова спроба протиставити щось правовому позитивізму сьогодні має наслідком скоріше не повернення до традиції природного права, а звернення до радикального постмодернізму. Як резюмує Ф. Мутс,

традиція природного права видається безнадійно заплутаною та анахронічною у чудовому новому світі постмодерністської теорії права, де право виявляється не обмеженим ані об’єктивним моральним порядком природи, ані логічною суворістю концептуального аналізу і соціологічного опису².

Таким чином, масштабна криза юснатуралізму видається складовою загальної кризи сенсу, або, за влучним визначенням Г. Арендт, банкрутства здорового глузду в сучасному світі, де найбільш загальноприйнятні ідеї атакуються, спростовуються, застаються зненацька та знищуються фактами³. Проте право, якому за визначенням властива претензія на значущість, виявляється особливо чутливим до такої тиранії фактичності: тут вона обертається не просто занепадом традиції юснатуралізму, а зникненням права як такого, що сучасна філософсько-правова думка схоплює як ‘абсолютне нерозрізнення між життям і нормою’, ‘перетворення права на видовище’, ‘безправ’я у добу прав’, ‘неможливість [більше] приписувати праву сенс’⁴ тощо. Відповідно, питання про природне право сьогодні виявляється складовою ширшого питання про те, як взагалі можливе право в сучасному світі. Так, Ю. Габермас розмірковує

¹ Детальніше про постметафізичне мислення див.: Юрген Габермас, *Постметафізичне мислення* (Дух і Літера 2011).

² Francis J Mootz III, *Law, Hermeneutics and Rhetoric* (Ashgate 2010) 266.

³ Hannah Arendt, ‘Understanding and Politics (The Difficulties of Understanding)’ in Kohn Je (ed), *Hannah Arendt: Essays in Understanding, 1930–1954* (Harcourt, Brace 1994) 314.

⁴ Відповідно: Джорджо Агамбен, *Номос sacer. Суверенная власть и голая жизнь* (Европа 2011) 235; Richard K Sherwin, *When Law Goes Pop: The Vanishing Line Between Law and Popular Culture* (The University of Chicago Press 2000); Ayten Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (Oxford University Press 2015); Sebastian C Cosmin, ‘Law’s Disappearance. The State of Exception and the Destruction of Experience’ in Glanert S and Girard F (eds), *Law’s Hermeneutics: Other Investigations* (Routledge 2017) 186.

над можливістю постметафізичних відповідей на питання про правильне життя⁵, Л. Вайнреб – над доцільністю секулярної теорії природного права⁶, а Ф. Мутс – над здатністю права пережити інтерпретативний поворот⁷. Загалом ідеться про те, чи можлива постметафізична претензія на значущість, а отже, і постметафізичне право.

Така постановка питання пояснює сучасне повернення від таких, що виникли в епоху модерну, *деонтологічних* концепцій природного права, які намагаються обґрунтувати ідею належного поза зв'язком із буттям (людини), дотримуючись у такий спосіб г'юмівської заборони на виведення належного з існуючого, до *онтологічних* уявлень античності, які локалізують природне право у бутті взагалі або бутті людини зокрема⁸. Головний виклик при цьому полягає у тому, щоб протиставити нічим не обмеженій суб'єктивності деяку “природу”, не зводячи, однак, останню до чистої фактичності⁹. Різноманітні відповіді на цей виклик об'єднані ідеєю “*природи речей*” у найбільш широкому сенсі, яка розкривається у низці феноменологічних, екзистенціальних і герменевтичних концепцій¹⁰, що постали в межах феноменології – масштабного філософського руху, що виник на початку ХХ ст. як прагнення переосмислити світ у термінах людського досвіду. Зокрема, феноменологічна герменевтика розглядає наш фундаментальний досвід, або спосіб нашого буття у світі, як досвід розуміння, або досвід сенсу. Чи має цей базовий досвід правовий вимір? Відповіді на це запитання – означає герменевтично осмислити проблему природного права.

Метою дослідження є прояснення правової складової фундаментального досвіду як досвіду сенсу та окреслення у такий спосіб контурів герменевтичної теорії природного права.

1. Поняття герменевтичного досвіду

Феноменологія мислить досвід гранично широко: ‘Усе, що відбувається з нами, чи то сприйняття літака в небі, чи то абстрактна думка, чи то конкретна взаємодія з іншими, є чимось, що ми досвідчуємо’. Тож, – під-

⁵ Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* (Suhrkamp Verlag 2001) 11.

⁶ Lloyd L. Weinreb, ‘A Secular Theory of Natural Law’ (2004) 72 *Fordham Law Review* 2287.

⁷ Mootz (n 2) 319.

⁸ Детальніше про розмежування онтологічних і деонтологічних теорій природного права див. книгу Л. Л. Вайнреба “Природне право і справедливість”, у якій автор прагне ‘відновити <...> первинне розуміння природного права як теорії про природу буття, зокрема про становище людини’ (Lloyd L. Weinreb, *Natural Law and Justice* (Harvard University Press 1987) 7) і в такий спосіб наново поєднати етику з онтологією.

⁹ Детальніше див.: Francesco Viola, ‘Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century’ in Pattaro E and Roversi C (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12 Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, t 2: Main Orientations and Topics, ch 1* (Springer Netherlands 2016).

¹⁰ Із найвідоміших – концепції А. Кауфмана, В. Майхофера, Г. Радбруха. У вітчизняній юриспруденції теорії “природи речей” розглядаються у працях С. Максимова (Сергей Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Право 2002) 117–32) та О. Стовби (Олексій Стовба, *Право і час* (Тім Пабліш Груп 2017)).

сумовує відома сучасна феноменологиня С. Лойдольт, – ‘для феноменологів немає реальності “поза” досвідом’¹¹. Водночас герменевтична лінія феноменології, окреслена М. Гайдеггером та розвинена Г.-Г. Гадамером, акцентує сенсовий вимір досвіду, де сенс постає як подія зустрічі людини і світу, а досвід – як ‘медіум, що він відкриває для нас “світ”, у якому ми мешкаємо і поглиблюємо розуміння себе, інших і світу’¹². При цьому розуміння виявляється не однією зі здатностей людини, а способом її буття у світі, ‘вмінням бути’ (М. Гайдеггер)¹³, ‘первинною буттєвою характеристикою самого життя людини’ (Г.-Г. Гадамер)¹⁴, ‘специфічним людським способом бути живим’ (Г. Арндт)¹⁵. У цьому сенсі розуміння є нескінченним процесом, за допомогою якого ми приймаємо реальність, тобто ‘намагаємось бути вдома у світі’, ‘позаяк кожна окрема людина потребує примирення зі світом, у якому вона народжується чужою та в якому, у міру своєї особливої унікальності, завжди залишається чужою’¹⁶. Від народження і до смерті людина освоюється у цьому світі, розуміючи його й себе в ньому і таким чином породжуючи сенс.

Фундаментальною структурою досвіду сенсу, що її розкриває М. Гайдеггер, є коло: розуміння, з одного боку, завжди зумовлене минулим досвідом, оскільки ми завжди виявляємо себе вже зануреними у світ, а отже, і в історію, а тому не можемо зайняти неупереджену позицію спостерігача (що М. Гайдеггер позначає як “закинутість”). Водночас, з другого боку, воно завжди спрямоване в майбутнє, оскільки являє собою не дещо наявне, а власну можливість, яку може бути і не актуалізовано (“проект”). Як зазначає М. Гайдеггер, ми завжди більше, ніж ми є, але водночас ніколи не більше, ніж ми є, позаяк до цієї фактичності сутнісно належать наші можливості¹⁷.

Таким чином, герменевтика показує універсальну зумовленість будь-якого досвіду, що, однак, не перешкоджає розумінню, а тільки й робить його можливим. Як зауважує з цього приводу Г.-Г. Гадамер: ‘Людському існуванню непереможно передують те, що уможлиблює та обмежує все його проектування’¹⁸. Словами М. Мерло-Понті: ‘Нам не відсторонитися від життя. Нам не дано побачити ні ідею, ні свободу в обличчя’¹⁹. Але саме

¹¹ Sophie Loidolt, ‘Experience and Normativity: The Phenomenological Approach’ in Cimino A and Leijenhorst C (eds), *Phenomenology and Experience: New Perspectives* (Brill, Studies in Contemporary Phenomenology 2019) 152.

¹² Sophie Loidolt, ‘Order, Experience, and Critique. The Phenomenological Method in Political and Legal Theory’ in Crowell S G and Fernandez A (eds), *The Phenomenological Method Today* (A Special Issue of Continental Philosophy Review 2020) 10.

¹³ Мартин Хайдеггер, *Бытие и время* (Бибихин В пер, Наука 2006) 144.

¹⁴ Ганс-Георг Гадамер, *Истина и метод, т 1* (Мокровольський О пер, Юніверс 2000) 242.

¹⁵ Arendt (n 3) 308.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Хайдеггер (n 13) 145.

¹⁸ Гадамер (n 14) 246.

¹⁹ Морис Мерло-Понті, ‘Сомнения Сезанна’ в *(Пост)феноменология: новая феноменология во Франции и за ее пределами* (Академический проект 2017) 118.

це змушує нас продовжувати шукати їх, діючи в світі, й чекати доказів своєї спроможності у схваленні інших. Так, Сезанн бачить роботу над полотном нескінченим завданням і, перш ніж накласти мазок, інколи розмірковує цілу годину. Однак, незважаючи на те що для написання натюрморту він потребує 100 сеансів живопису, а для написання портрета – 150 сеансів позування, він бачить у своїх творіннях лише невдалі спроби²⁰. Вічні сумніви Сезанна, які описав М. Мерло-Понті, – втілення кругової структури нашого досвіду світу. При цьому йдеться не про диктат світу, і не про абсолютно вільну творчість людини, а радше про зустріч між ними, діалог, що змінює обох його учасників.

У цьому сенсі герменевтичний досвід являє собою зовсім не теоретичний досвід як досягнення незмінної істини, і не досвід мистецтва як необмеженої свободи творчості, а досвід сенсу як зустрічі. Такий досвід Г.-Г. Гадамер, слідом за М. Гайдеггером, позначає Аристотелевим поняттям “*фронесис*”, що його розуміють як морально-практичну мудрість щодо правильних дій у конкретній ситуації²¹. На відміну від монологічних *епістеме* (наукового знання) і *техне* (майстерності, або знання про те, як створювати речі), фронетичне знання здобувається лише в діалозі, адже той, хто володіє ним, ‘знає й судить <...> зважаючи на таку специфічну співприналежність, що пов’язує його з іншим, мислить разом із ним, от ніби те, що хвилює іншого, стосується його самого’²². У такий спосіб у теорії герменевтичного досвіду Г.-Г. Гадамера онтологія виявляється сутнісно поєднаною з етикою, позаяк *фронесис* як основоположна форма досвіду²³ завжди передбачає досвід Іншого як співавтора спільного сенсу.

На думку Г.-Г. Гадамера, діалог є універсальною моделлю будь-якого досвіду. Герменевтична ситуація, у якій ми перебуваємо щодо світу, подібна до розмови, учасники якої прагнуть не відстояти свою позицію й не прийняти позицію співрозмовника, а зрозуміти сутність того, про що йдеться. При цьому ми ніби постійно звертаємось до світу з відкритим запитанням, що уможливує неочікувані для нас відповіді. До розуміння того, що справа полягає в іншому, ніж ми вважали, ми доходимо через запитання про те, у чому саме полягає справа, у тому чи іншому. Ця герменевтична відкритість для “того чи іншого” передбачає визнання співрозмовника у його прагненні бути почутим, не в сенсі простого визнання його іншості, а в тому сенсі, що він дійсно має що мені сказа-

²⁰ Мерло-Понті (н 19).

²¹ Детальніше щодо поняття *фронесису* та його інтерпретацій у філософській герменевтиці див.: Аристотель, ‘Никомахова етика’ в *Сочинения, т 4* (Мысль 1983) 173–218; Мартин Хайдеггер, *Феноменологические интерпретации Аристотеля (Экспозиция герменевтической ситуации)* (Артеменко Н пер, ИЦ “Гуманитарная академия” 2012) 130 і далі; Гадамер (н 14) 289–301.

²² Гадамер (н 14) 300.

²³ ‘<...> воно [моральне знання] є, мабуть, основоположною формою досвіду, порівняно з якою будь-який інший досвід відіграє роль відчуження, щоб не сказати денатуризації’ (Гадамер (н 14) 299).

ти²⁴. Ідеться про принципову відкритість різним відповідям на поставлене запитання і готовність до досвіду як готовність переглянути власні упередження, адже ‘будь-який досвід, гідний свого імені, йде врозріз із нашими сподіваннями’²⁵.

Таким чином, *герменевтичний досвід як спосіб нашого буття у світі являє собою досвід розуміння у діалозі, що змінює обох його учасників і є можливим завдяки нашій фундаментальній відкритості та визнанню Іншого як співавтора спільного сенсу*. Показово, що парадигматичним прикладом герменевтичного досвіду Г.-Г. Гадамер вважає саме досвід права²⁶.

2. Правовий вимір герменевтичного досвіду

Розроблена у межах амбітного філософського проекту, покликаного радикально переосмислити всю західну інтелектуальну традицію, герменевтична теорія досвіду водночас проливає світло й на одвічне питання філософії права – питання про співвідношення свободи і причинності. У зв’язку з цим Л. Вайнреб слушно зауважує, що ані античні та середньовічні, ані модерні теорії природного права не дають задовільного обґрунтування нашої відповідальності за власні вчинки: якщо перші постулюють існування “нормативного природного порядку”, частиною якого ми є (що передбачає нашу відповідальність не лише за те, що ми робимо, а й за те, ким ми є, а також за всі обставини нашого життя), то другі воліють просто ігнорувати причинність і мислять людську дію як вияв свободи у морально нейтральному всесвіті, таким чином відділяючи етику від онтології та залишаючи відкритим питання про те, чому ми маємо дотримуватись права²⁷. Натомість філософська герменевтика, навпаки, акцентує не на опозиції, а на взаємоналежності причинності (“закинутості”) та свободи (“проекту”), що дає змогу, зокрема П. Рікєру, переосмислити поняття відповідальності в термінах фронетичного досвіду. Так, трансформації, що їх зазнало впродовж століть поняття відповідальності, свідчать, на думку філософа, про істотний зсув у бік детермінізму і поступове витіснення свободи та особистої відповідальності як невід’ємних складових нашого досвіду системою колективного страхування від ризиків, що, зі свого боку, унеможлиблює право і справедливість. Сучасні виклики поняттю відповідальності повертають нас, на думку П. Рікєра, до Аристотелевої ідеї *фронесису* як вільного судження, зумовленого конкретними обставинами, що його не можна звести до процесу, який воно завершує, і що воно завжди містить елемент ризику²⁸.

²⁴ Гадамер (н 14) 321–60.

²⁵ Там само 330.

²⁶ Там само 301–16.

²⁷ Weinreb (n 8) 3–7.

²⁸ Поль Рікєр, *Справедливе* (Скуратов Б пер, Гнозис, Логос 2005) 41–66, 256–57.

У цьому сенсі герменевтичний погляд на природне право являє собою альтернативу як класичним теоріям юснатуралізму, що їм ідеться про деяке непідвладне людині належне, так і правовому позитивізму з його уявленнями про право як витвір законодавця. На рівні правосуддя ідеться, відповідно, про опозицію між відданістю первинному наміру законодавця та судовим активізмом. Як слушно зауважує один із учнів Г.-Г. Гадамера Ж. Грондін, це поширене серед юристів протиставлення відображає уявну апорію історизму, яка нібито прирікає нас або на фаталізм, або на релятивізм, і яку успішно подолано в теорії герменевтичного досвіду²⁹.

Так, для прояснення ідеї *фронесису* Г.-Г. Гадамер звертається до Аристотелевого бачення природного права, яке істотно відрізняється від природно-правової традиції пізніших епох. Аристотель, з одного боку, заперечує проти крайнього конвенціоналізму, або правового позитивізму, розмежовуючи ‘право від природи і право за законом або угодою’. Однак абсолютно незмінне право, на його думку, поширюється виключно на богів; у людському ж світі навіть природне право виявляється мінливим: існує “природа речей”, яка не допускає довільної людської домовленості, але допускає вільну рухомість людських рішень³⁰. І це передовсім зумовлено природою фронетичного досвіду: ‘всякий закон складено для загального випадку, але про деякі речі неможливо сказати правильно в загальному вигляді’, тому ‘похибку закладено не в законі й не в законодавці, а в природі предмета, бо саме такою є матерія вчинків’³¹. Інакше кажучи, йдеться про те, що взірці поведінки ‘не є нормами, вічними, мов зірки, або такими, що посіли незмінне місце в певному моральному природному світі, а тому людині залишається тільки піклуватися про їхнє збереження’, але, з другого боку, вони не є також просто угодами, оскільки відображають природу речей, і справа тут лише в тому, що ця остання визначає себе щоразу тільки в конкретній ситуації³². Тому природне право, за Аристотелем, не підлягає догматичному застосуванню, а виконує лише критичну функцію.

Герменевтичне прочитання Аристотеля виявляє, що сенс справедливості, як і будь-який сенс взагалі, не вміщено ані в нас, ані поза нами; він постає у зустрічі, щоразу наново, як “щоразу останній” мазок Сезаннового пензля³³. Водночас цей сенс не може бути довільним, позаяк у вільному виборі ми все ж обмежені деякою “природою речей”, передовсім структурою власного досвіду з іманентним йому етичним виміром. Подібним чином Л. Вайнреб наголошує на тому, що від найбільш ранньої появи

²⁹ Jean Grondin, ‘Gadamer’s Interest for Legal Hermeneutics’ in Glanert S and Girard F (eds), *Law’s Hermeneutics: Other Investigations* (Routledge 2018) 57–8.

³⁰ Див.: Аристотель (н 21) Е 10, 1134 б 20–35; Гадамер (н 14) 296–98.

³¹ Аристотель (н 21) Е 10, 1137 б 10–15.

³² Гадамер (н 14) 297–98.

³³ Щодо образу Сезанна див. частину 1 цієї статті.

ідеї природного права в класичній грецькій культурі її осердя було не проголошення конкретних принципів, здатних вирішити актуальні моральні дилеми, а ‘підтвердження реальності нашого морального досвіду’, що він є не просто суб’єктивними почуттями або віруваннями, а аспектом об’єктивної реальності, того, що існує насправді³⁴. У цьому сенсі ідея справедливості є водночас і описовою, і нормативною, оскільки фактичність і значущість збігаються у нашому досвіді, або, цитуючи Л. Вайнреба, ‘*kosmos* лежить у нас самих’³⁵.

Зрозуміла у такий спосіб герменевтична версія юснатуралізму являє собою зразок постметафізичного мислення про право, яке, однак, залишається на твердому онтологічному ґрунті, апелюючи до “природи речей”. “Природа речей” тут мислиться як універсальна структура досвіду, але водночас вона не зводиться до чистої фактичності, позаяк досвід ніколи не становить наявного факту, завжди залишаючись можливим досвідом. Ця невизначеність іманентна фундаментальній герменевтичній відкритості, яка передбачає первинне визнання Іншого, що його, однак, завжди супроводжує, як тінь, ризик невизнання. Можна припустити, що саме ця ризикована зона, на пів шляху від невизнання до розуміння, і є зоною права.

Саме відмова у визнанні або загроза такої відмови породжує вимогу справедливості, а з нею і той досвід, який ми зазвичай вважаємо досвідом правового³⁶. Зрозумілий у такий спосіб досвід права виявляється рухом від невизнання до взаємного визнання людей, що уможлиблює будь-який здоровий досвід як досвід розуміння і дає змогу нам ‘стати тим, ким ми є’³⁷. У подібному сенсі П. Рікер у межах своєї концепції людини як “людини здатної” вбачає призначення права в тому, щоб ‘дозволити кожному реалізувати свої здатності’ і таким чином відбутися як людина³⁸. Тож наше буття у світі виявляється “буттям через право” не тільки тому, що життя сучасної людини значною мірою опосередковано формалізованими правовими структурами³⁹, а й тому, що ці останні принаймні частково вкорінені в нашому фундаментальному досвіді як досвіді герменевтичному, завжди ризикованому і непевному.

³⁴ Lloyd L Weinreb, ‘Natural Law and Rights’ in George R P (ed), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Clarendon Press 1992) 297–98.

³⁵ Weinreb (n 8) 249.

³⁶ Не випадково Й. Г. Фіхте та Г. В. Ф. Гегель, з ідеями яких прийнято пов’язувати витoki сучасного дискурсу визнання, розкривають це поняття саме в контексті філософсько-правових рефлексій, а вихідний пункт багатьох сучасних теорій справедливості, як-от теорії Ч. Тейлора та А. Гонета, становить саме досвід невизнання. Детальніше див.: Наталія Сатохіна, ‘Взаємне визнання у праві. Досвід неможливого’ (2016) 1–2 *Філософія права і загальна теорія права* 170–81.

³⁷ Хайдеггер (n 13) 145.

³⁸ Поль Рікер, ‘Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права’ (1996) 4 *Вопросы философии* 27–35.

³⁹ Loidolt (n 12) 8.

Цією непевністю і покликане до життя *право як рух до взаємного визнання людей, що, однак, завжди залишається нескінченним завданням*. У зв'язку з цим П. Рікер наголошує, що хоча говорити про взаємне визнання можна лише в модусі бажаності, який не є ані описовим, ані нормативним, воно, водночас, вкорінене в сутності права і становить його основу⁴⁰.

Як видається, саме з цим хитким статусом взаємного визнання між фактичністю і значущістю пов'язане існування інститутів, покликаних збільшити вагу останньої, – інститутів, які ми називаємо правовими і в яких засвідчуємо визнання одне одного.

3. Свідчення взаємного визнання

У традиційних суспільствах публічне визнання людьми одне одного засвідчується ритуальними практиками, зокрема добре відомими з етнографічних джерел церемоніальними обмінами дарами, під час яких відбувається постійна циркуляція віддарунків, і це щоразу продукує новий борг⁴¹. У своєму дослідженні, присвяченому дару, М. Енаф наділяє цей загадковий обов'язок подарувати щось у відповідь значенням такого, що утворює спільноту, взаємного публічного визнання, та достатньо переконливо показує, як жест взаємного прийняття та об'єднання, що становить осердя церемоніального дару, був перенесений у правові інститути сучасного суспільства. Сьогодні безпосереднім вираженням цього жесту є права людини, які засвідчують мінімальне публічне визнання кожного⁴².

Таким чином, визнаючи норму, ми водночас визнаємо узагальнене Іншого, і навпаки. Ба більше, визнання Іншого завжди неминуче виявляється тристороннім відношенням, охоплюючи водночас визнання деякого безособового третього – спільного світу, інституцій, правил поведінки⁴³. Отже, за останніми в дійсності стоїть не воля суверена і не довільна конвенція, а кожний окремий Інший як носій безумовної цінності, що її ми позначаємо як людська гідність.

Те, якого значення набула ідея людської гідності в юриспруденції, є свідченням принципової антиутилітарності права: на відміну від ринкових відносин, де йдеться про взаємне визнання членів конкретної спільноти на основі еквівалентного обміну, право пов'язано з таким, що його вкорінено в структурі нашого фундаментального досвіду, первинним надлишковим визнанням будь-якого Іншого, беззастережним і завжди ризикованим кроком уперед. Те, що у традиційних культурах знайшло

⁴⁰ Рікер (н 28) 33.

⁴¹ Див. передовсім "Нарис про дар" М. Мосса (Марсель Мосс, "Очерк о даре. Форма и основание обмена в архаических обществах" в *Общества. Обмен. Личность: труды по социальной антропологии* (Восточная литература, РАН 1996) 83–222) та численні дослідження, породжені ним.

⁴² Марсель Енаф, *Дар философів. Переосмислення взаємності* (Вдовина І і Вдовина Г і Комиссарова Л пер, Издательство гуманитарной литературы 2015) 77–84.

⁴³ Там само 249–90.

вираження у церемоніальному дарі, а пізніше – у традиціях гостинності, у сучасному світі втілено в ідеї універсальних прав людини та обов'язків щодо біженців. Що ж, понад будь-які союзи між людьми, зумовлює вимогу визнання ще до того, як ми пізнаємо одне одного? Як зазначає з цього приводу М. Енаф, за межами церемоніальних процедур і локально усталених спільнот немає іншого обґрунтування вимоги визнання радикальної іншості Іншого, ніж його абсолютна гідність⁴⁴.

Зі свого боку феноменологічний аналіз показує, що людська гідність є не штучною конструкцією, до якої людство вимушене було вдатися заради самозбереження, і не порожньою політичною декларацією, а фундаментальною значущістю інших людей, зумовленою особливістю нашого досвіду як досвіду сенсу, можливого лише в діалозі. Як зауважує у зв'язку з цим М. Лебіч,

людина має важити для нас більше, ніж цілий світ, позаяк останній конститується нами разом з іншими людьми. Саме тому нам здається цілий світ зруйнованим, коли зневажається людина: це перевертає світ догори дригом і встановлює хаос у нашому сприйнятті світу⁴⁵.

Таким чином, *герменевтична оптика дає змогу побачити підстави людської гідності та прав у самій структурі нашого фундаментального досвіду як досвіду сенсу і як така уможливорює онтологічну теорію природного права.*

Висновки. Запропонована читачеві розвідка не містить ані реконструкції, ані послідовного конструювання герменевтичної теорії природного права. Ідеться, скоріше, про окреслення загальних перспектив і деяких напрямів застосування герменевтичної оптики для осмислення проблеми природного права.

Криза, що її нині переживає природно-правове мислення та право загалом, видається лише одним з аспектів загальної кризи розуміння, або кризи сенсу в сучасному світі, яка полягає у спрощенні складної конфігурації фактичності та значущості до жорсткої опозиції або чіткої ієрархії між ними.

У цьому сенсі феноменологічна герменевтика намагається мислити буття людини в усій його складності, поєднуючи фактичність і значущість у понятті герменевтичного досвіду як досвіду розуміння, водночас детермінованого і вільного.

⁴⁴ Марсель Енаф, *Ціна істини: дар, гроші, філософія* (Панич О пер, Дух і Літера 2019) 412.

⁴⁵ Mette Lebeck, 'On the Problem of Human Dignity' <http://mural.maynoothuniversity.ie/2374/1/ML_human_dignity.pdf> (accessed: 31.10.2020). Детальніше щодо обґрунтування ідеї людської гідності через аналіз інтросуб'єктивного досвіду див.: Mette Lebeck, *On the Problem of Human Dignity. A Hermeneutical and Phenomenological Investigation*, ch 12 (Königshausen & Neumann 2009).

Зі свого боку герменевтичне осмислення проблеми природного права полягає у виявленні в структурі герменевтичного досвіду іманентного йому правового виміру, локалізованого в постійній напрузі між таким, що уможливорює досвід сенсу, взаємним визнанням і таким, що його не можна уникнути, ризиком невизнання людьми одне одного. Зрозуміле в такий спосіб герменевтичне прочитання ідеї “природи речей” являє собою онтологічну теорію природного права і як таке становить альтернативу релятивізму правового позитивізму, з одного боку, і догматизму деонтологічних версій юснатуралізму – з другого.

Вбачаючи підстави права в самій структурі досвіду, герменевтична теорія природного права наново поєднує етику з онтологією і дає змогу побачити у правових інститутах не прояв волі суверена і не довільну конвенцію, а свідчення взаємного визнання людьми одне одного носіями безумовної цінності, що її ми позначаємо як людська гідність. Право ж не просто є складовою нашого фундаментального досвіду як досвіду розуміння, а уможливорює цей досвід, підтримуючи непевний простір сенсу, або, словами М. Енафа, ‘простір зустрічі, в якому люди взаємно визнають одне одного <...> простір, у якому ми просто разом відчуваємо честь існування’⁴⁶.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Gündogdu A, *Rightlessness in an Age of Rights* (Oxford University Press 2015) (in English).
2. Habermas J, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* (Suhrkamp Verlag 2001) (in German).
3. Lebech M, *On the Problem of Human Dignity. A Hermeneutical and Phenomenological Investigation* (Königshausen & Neumann 2009) (in English).
4. Mootz F J III, *Law, Hermeneutics and Rhetoric* (Ashgate 2010) (in English).
5. Sherwin R K, *When Law Goes Pop: The Vanishing Line Between Law and Popular Culture* (The University of Chicago Press 2000) (in English).
6. Weinreb L L, *Natural Law and Justice* (Harvard University Press 1987) (in English).
7. Maksymov S, *Pravovaja real'nost': opyt filosofskogo osmyslenija* (Pravo 2002) (in Russian).
8. Stovba O, *Pravo i chas* (Tim Pablich Hrup 2016) (in Ukrainian).

Edited and translated books

9. Arendt H, ‘Understanding and Politics (The Difficulties of Understanding)’ in Kohn J (ed), *Hannah Arendt: Essays in Understanding, 1930–1954* (Harcourt, Brace 1994) (in English).

⁴⁶ Енаф (п 44) 413.

10. Cosmin S C, 'Law's Disappearance. The State of Exception and the Destruction of Experience' in Glanert S and Girard F (eds), *Law's Hermeneutics: Other Investigations* (Routledge 2017) (in English).
11. Grodnin J, 'Gadamer's Interest for Legal Hermeneutics' in Glanert S and Girard F (eds), *Law's Hermeneutics: Other Investigations* (Routledge 2018) (in English).
12. Loidolt S, 'Experience and Normativity: The Phenomenological Approach' in Cimino A and Leijenhorst C (eds), *Phenomenology and Experience: New Perspectives* (Brill, Studies in Contemporary Phenomenology 2019) (in English).
13. Loidolt S, 'Order, Experience, and Critique. The Phenomenological Method in Political and Legal Theory' in Crowell S G and Fernandez A (eds), *The Phenomenological Method Today* (A Special Issue of Continental Philosophy Review 2020) (in English).
14. Viola F, 'Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century' in Pattaro E and Roversi C (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, t 2: Main Orientations and Topics, ch 1* (Springer Netherlands 2016). DOI: 10.1007/978-94-007-1479-3 (in English).
15. Weinreb L L, 'Natural Law and Rights' in George R P (ed), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Clarendon Press 1992) (in English).
16. Agamben G, *Homo sacer. Suverennaja vlast' i golaja zhizn'* (Novikov D trans, Evropa 2011) (in Russian).
17. Aristotle, 'Nikomahova jetika' in *Collected Works, vol 4* (Dovatur A and Kessidi F trans, Mysl' 1983) (in Russian).
18. Gadamer H-G, *Istyna i metod, vol 1* (Mokrovolskyi O trans, Yunivers 2000) (in Ukrainian).
19. Habermas J, *Postmetafizychni myslennia* (Duh i Litera 2011) (in Ukrainian).
20. Heidegger M, *Bytie i vremja* (Bibihin V trans, Nauka 2006) (in Russian).
21. Heidegger M, *Fenomenologicheskie interpretaczii Aristotelya (Ekspozicziya germe-nevticheskoy situaczii)* (Artemenko N trans, ICz "Gumanitarnaya akademiya" 2012) (in Russian).
22. Heñaff M, *Dar filosofov. Pereosmyslenie vzaimnosti* (Vdovina I and Vdovina G and Komissarova L trans, Izdatel'stvo gumanitarnoj literatury 2015) (in Russian).
23. Heñaff M, *Tsina istyny: dar, hroshi, filosofiia* (Panych O trans, Dukh i Litera 2019) (in Ukrainian).
24. Merleau-Ponty M, 'Somnenija Sezanna' v *(Post)fenomenologija: novaja fenomenologija vo Francii i za ee predelami* (S Sholohova and A Jampol'skaja comp, Akademicheskij proekt 2017) (in Russian).
25. Mauss M, 'Ocherk o dare. Forma i osnovanie obmena v arhaicheskikh obshhestvah' in *Obshhestva. Obmen. Lichnost': Trudy po social'noj antropologii* (Vostochnaja literatura, RAN 1996) (in Russian).
26. Ricoeur P, *Put' priznanija. Tri ocherka* (Blauberg I and Vdovina I trans, Rossijskaja politicheskaja jenciklopedija 2010) (in Russian).
27. Ricoeur P, *Spravedlivoe* (Skuratov B trans, Gnozis, Logos 2005) (in Russian).

Journal articles

28. Lebeck M, 'On the Problem of Human Dignity' <http://mural.maynoothuniversity.ie/2374/1/ML_human_dignity.pdf> (accessed: 31.10.2020) (in English).
29. Weinreb L L, 'A Secular Theory of Natural Law' (2004) 72 *Fordham Law Review* 2287 (in English).
30. Ricoeur P, 'Torzhestvo jazyka nad nasiliem. Germe-nevticheskij podhod k filosofii prava' (1996) 4 *Voprosy filosofii* 27–35 (in Russian).
31. Satokhina N, 'Vzaiemne vyznannia u pravi. Dosvid nemozhlyvoho' (2016) 1–2 *Filosofiia prava i zahalna teoriia prava* 170–81 (in Ukrainian).

INTRODUCTION TO THE HERMENEUTIC THEORY
OF NATURAL LAW

АБСТРАКТ. The article outlines the general perspectives and some areas of application of hermeneutic optics to understand the problem of natural law. The latter is considered as a problem of the ratio of factuality and normativity in the structure of human experience.

Hermeneutic comprehension of the natural law problem occurs in three steps. First, the author reconstructs the theory of hermeneutic experience as an experience of understanding oneself, others and the world. Understanding is thought of as a human's mode of being in the world, which is possible due to hermeneutic openness and the initial recognition of the Other.

The second part of the article aims to identify the legal dimension inherent in the structure of hermeneutic experience. It is localized in the constant tension between the mutual recognition, which makes the experience of meaning possible, and the inevitable risk of non-recognition.

Finally, the connection between the structure of hermeneutic experience and the legal institutions that confirm mutual public recognition between people is clarified. In particular, the article shows that human dignity is neither an artificial construction that humanity was forced to resort to for self-preservation, nor an empty political declaration. Instead, it is the fundamental importance of other people, due to the peculiarity of our experience as an experience of understanding, possible only in dialogue.

Through the discovery of the legal dimension of human experience as an experience of meaning, the author outlines the contours of the hermeneutic theory of natural law as an ontological theory that sees the foundations of law in the "nature of things". Such a theory is an alternative, on the one hand, to the relativism of legal positivism and, on the other, to the dogmatism of deontological theories of natural law.

KEYWORDS: phenomenology; hermeneutics; experience; phronesis; ontological theories of natural law; "nature of things".



Олександр Костенко

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
завідувач відділом проблем кримінального права,
кримінології та судоустрою
Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8480-3729>
socnaturalist@gmail.com

DOI: 10.33498/opus-2021-01-115

УДК 340+14

ЩО ТАКЕ ПРИРОДНЕ ПРАВО? КОНЦЕПЦІЯ ПРИРОДНОГО ПРАВА У СВІТЛІ СОЦІАЛЬНОГО НАТУРАЛІЗМУ

“З видимого пізнавай невидиме!”
(Г. Сковорода)

АНОТАЦІЯ. У статті викладені результати започаткованого автором у 1993 р. наукового пошуку шляхів відродження ідеї природного права на новій світоглядній основі з огляду на актуальні виклики, що постали перед сучасною юриспруденцією.

Основну проблему сучасної юриспруденції автор вбачає у розкритті потенціалу ідеї природного права, застосовуючи нову методологію, засновану на розвитку світоглядних ідей прогресивних мислителів, зокрема Дж. Локка й Е. Дюркгейма. Саме цій проблемі і присвячена стаття.

Мета статті – за допомогою адекватної методології розкрити сутність ідеї природного права і виявити її можливості для забезпечення правового прогресу в сучасних умовах.

Для досягнення цієї мети автор використав методологію, засновану, зокрема, на світоглядних ідеях Дж. Локка й Е. Дюркгейма.

Розвиваючи ідеї зазначених учених, автор доходить висновку, що продуктивним світоглядним інструментом для розуміння соціальних феноменів, зокрема і права, є соціальний натуралізм, тобто вчення, згідно з яким поряд із фізичною і біологічною формами природи є третя форма природи – соціальна природа, яка існує за своїми законами природи, відмінними від законів фізичної і біологічної форм природи.

У результаті застосування методології, заснованої на соціальному натуралізмі, автор пропонує нове бачення соціального феномену “права”, основою якого є закони природного права як різновид законів соціальної природи.

Відповідно до цього у статті піддаються критиці концепції природного права, які ігнорують факт реального існування і дії законів соціальної природи, і зокрема законів природного права.

© Олександр Костенко, 2021

З огляду на соціально-натуралістичне праворозуміння автор пропонує по-новому розв'язувати актуальні проблеми юриспруденції. Зокрема, обґрунтовується необхідність заснувати правопорядок у суспільстві (і міжнародний правопорядок) на принципі верховенства законів природного права.

У світлі соціального натуралізму по-новому трактуються фундаментальні фактори правової реальності.

У результаті дослідження феномена права за допомогою методології, заснованої на соціальному натуралізмі, автор доходить висновку, що природне право – це закони соціальної природи, що визначають природні права і природні обов'язки людей у їх суспільному житті і які мають втілюватися у форму позитивного законодавства. А останнє є інструментом для забезпечення узгодженості суспільного життя людей із законами природного права.

Відповідно до соціально-натуралістичного праворозуміння фундаментальне поняття “право” визначається як закони природного права, відкриті людьми, відображені в їх правовій культурі і втілені ними в форму позитивного законодавства та практику його застосування.

У висновках формулюються ідеї для соціальної практики, що впливають із принципу верховенства законів природного права.

Ключові слова: природне право; позитивне законодавство; праворозуміння; світоглядні основи юриспруденції; соціальний натуралізм; методологія юриспруденції.

“Сова Мінерви вилітає в сутінках”

Масове ураження людей сваволею та ілюзіями, що сьогодні спостерігається у всьому світі і проявляється у вигляді різноманітних соціальних аномалій (соціальних конфліктів, політичного волюнтаризму й утопізму, тероризму, злочинності, беззаконня, зловживання владою, дисбаланс в інтерпретації прав та обов'язків, корупції, правового нігілізму, аморальності, містицизму, обскурантизму, втрата критеріїв для розмежування добра і зла, істини і неістини тощо), може призвести до глобальної кризи, якщо людство не знайде спосіб протидіяти цьому ураженню.

“Видимість замінює дійсність” – такий невтішний діагноз нашого часу. У цьому контексті ознак загальної кризи суспільного життя людей слід також розглядати проблему забезпечення правопорядку як основи їх суспільного життя. І тут є достатньо підстав вважати, що сьогодні людство переживає стан, за якого настають, так би мовити, “сутінки права”. Це стан, коли те, що ми називаємо “правом” перетворюється на інструмент свавілля у руках людей.

Саме в цей час “сутінків права” виникає нагальна потреба пошуку нового праворозуміння у світлі відповідного світогляду. Так було завжди при настанні тих чи інших соціальних криз (“сутінків”). Як образно кажуть, згадуючи вислів німецького філософа Г. Гегеля, “Сова Мінерви вилітає в сутінках”, маючи на увазі, що потреба в світлі адекватного світогляду (тобто в баченні “сови Мінерви” – богині мудрості) актуалізується тоді, коли настають “сутінки” в суспільному житті людей.

З огляду на зазначену ситуацію, автор із 1993 р. намагається відродити ідеї природного права у світлі соціального натуралізму¹.

Мета дослідження – за допомогою адекватної методології розкрити сутність ідеї природного права і виявити її можливості для забезпечення правового прогресу в сучасних умовах.

I. Світоглядні основи розвитку вчення про природне право

Очевидно, будь-яка соціальна патологія, що проявляється у тих чи інших кризах, є відхиленням від певної соціальної норми. У чому ж полягає нормальність суспільного життя людей і чим вона визначається?

Ідея про те, що життя людей у суспільстві визначається законами, які не залежать від їхньої волі і свідомості, з'явилася вже на початку історії людства. Про це свідчать історичні артефакти (зокрема, манускрипти, вірування тощо), а також світоглядні уявлення відомих мислителів різних часів і народів, починаючи з досократиків, а потім Сократа, Платона, Аристотеля, стоїків, римських юристів, Ф. Аквінського, Г. Гроція, Дж. Локка, Ш.-Л. Монтеск'є, В. Блекстона, Т. Джефферсона, Е. Дюркгейма та інших провідників ідеї про упорядкування життя людей законами, **ЯКІ Є ЗАКОНАМИ ПРИРОДИ**.

Що ж таке є ПРИРОДА, закони якої реально існують і діють у світі, зокрема в соціумі?

Філософія як засіб пізнання цілого світу, який відкривався перед людиною, почалася з пошуку *першооснови* усього суцього. Цю першооснову було названо “*Природою*”. Це ж не випадкового саме Природі присвятили свої основні філософські твори, які були названі “Про природу”, такі, зокрема, філософи: Анаксагор, Анаксимен, Геракліт, Горгій, Демокрит, Ксенофан, Мелліс, Парменід, Піфагор, Хрссіп, Емпедокл, Епікур. Поняття Природи як першооснови усього суцього залишається таким, що має світоглядне значення і сьогодні.

Влада Природи над усім суцим, зокрема над людьми, може здійснюватися не інакше, як через *Закони* цієї Природи. Людям же для того, щоб жити у злагоді із Законами Природи, потрібні *Воля і Свідомість*.

Якщо Природа є першоосною усього суцього, то звідси можна вивести *ідею природної цілісності світу, згідно з якою усе суцце є частинами одного цілого – Природи, і існує не інакше, як за її Законами*. Нічого не природного, тобто такого, що існувало б не за Законами Природи, на світі не існує. Це означає, що не лише фізичні і біологічні явища існують за Законами Природи, а й соціальні явища теж існують за Законами Природи.

Отже, *Природа – це сутність, що породжує усе суцце і дає йому закони* для існування. За своєю етимологією “Природа” на латині *natura*, що

¹ Див.: О Костенко, *У світлі соціального натуралізму (вибране)* (Паливода А. В. 2020) 812.

означає “народження”, походить від *nasci* “народжувати”. Таким чином, Природа – це те, що породжує дещо, а якщо *породжує*, то при цьому дає і свої *закони* для існування цього дещо.

Упродовж історичного процесу поняття “Природа” зазнавало певних трансформацій. Так, всупереч ідеї природної цілісності світу, у пізнішому трактуванні воно вже не означало першооснову, яка охоплювала усе суще, а було обмежено лише фізичними і біологічними явищами, тобто з цього поняття виключалися соціальні явища, які були позбавлені ознаки природності. Настав час, коли поняття “природа” і “суспільство” протиставлялись як різні. Це призвело до того, що в соціальних уявленнях людей суспільство було виведено зі сфери дії законів Природи і стало вважатися витвором людської волі і свідомості, які наділялися незалежністю від законів Природи. А будучи незалежними від законів Природи, воля людини перетворюється на сваволю, а свідомість – на ілюзії. Тоді й відбувається ураження великих мас людей сваволею та ілюзіями, що породжує різноманітні соціальні патології.

У соціальній практиці таким чином через спотворення уявлення про Природу та її Закони відкривається шлях для соціального (зокрема, політичного, економічного, правового, морального) волюнтаризму і соціального утопізму. Наслідком цього є різноманітні прояви соціальної патології: зокрема, такі як політичні, економічні, правові, моральні кризи у суспільстві, що викликаються неузгодженістю суспільного життя людей із законами соціальної природи.

З деформованого (спотвореного) поняття Природи впливало, що *природне* означає щось *несоціальне*, а *соціальне* – це щось *неприродне*. Запанувало хибне уявлення, що полягало у протиставленні категорій “природи” і “суспільства”: начебто “природа” і “суспільство” – це взаємовиключні категорії. Слово “природне” в обігу на певний час набуло значення чогось протилежного соціальному й належного лише до фізичної чи біологічної природи. Тому поняття “соціальна природа” не могло сприйматись як поняття, що відображає якусь реальність. Воно довгий час сприймалось як оксюморон, тобто як об’єднання несумісних начебто речей: соціального і природного.

Тому така реальність як “соціальна природа” випадала з поля зору людей взагалі – вона стала, образно кажучи, “*natura incognita*”. Існування “соціальної природи” не вкладалося в саме поняття “природи”.

Внаслідок цієї деформації було модифіковане і поняття натуралізму, бо “природність” стала виключати атрибут “соціальності”, а “соціальність” – атрибут “природності”. Інакше кажучи, у світогляді людей кількох поколінь виник драматичний конфлікт: “природне” виключає “соціальне”, а “соціальне” виключає “природне”. Уражені ілюзією протиставлення “природного” і “соціального”, люди не могли собі навіть уяви-

ти щось про реальність існування “соціальної природи”, поряд із фізичною і біологічною формами природи.

Критикуючи Ж.-Ж. Руссо і Т. Гоббса за їхні так звані “волютаристські” (неприродні) концепції, відповідно до яких людські суспільства – це витвори волі і свідомості людей, французький учений, засновник науки соціології Е. Дюркгейм протиставляє їм Аристотеля, який ‘першим побачив в суспільстві факт природи’². У XVIII ст. цю ідею відродив Ш.-Л. Монтеск’є, який ‘твердо заявив, що суспільство, як і решта світу, підлягає необхідним законам, що випливають з природи речей’³. Розвиваючи ідею О. Конта про те, що об’єднання окремих людей створює соціум, ‘що має свою особливу природу і свої власні закони’⁴, Е. Дюркгейм пропонує відрізнити природні закони соціуму від так званих “громадянських законів” таким чином: ‘Що стосується громадянських законів, які видають правителі чи за які голосують законодавчі асамблеї, то вони, вочевидь, лише виражають у відчутній і ясній формі ці природні закони’⁵.

Він, зокрема, зазначав: ‘<...> соціологія могла виникнути лише тоді, коли стали розуміти, що суспільства, як і інша частина світу, підкоряються законам, які необхідно випливають з їх природи і її виражають’⁶.

Суспільство є такою природною реальністю, що існує за притаманними їй природними законами, які діють інтеріоризуючись (відображаючись) у волі і свідомості окремих людей (індивідів).

Е. Дюркгейм зазначав:

Можна навіть сказати, що з усіх законів краще всіх встановлений експериментально (оскільки ми не знаємо тут жодного виключення і він був перевірений незчисленне число разів) саме той, який стверджує, що всі природні явища розвиваються згідно з законами. Якщо суспільства існують в природі, то вони також мають підкорятися цьому загальному закону <...>⁷.

Отже, незаперечною заслугою Е. Дюркгейма є те, що, спираючись зокрема на ідеї Ш.-Л. Монтеск’є, А. де Сен-Сімона, А. Еспінаса, О. Конта, Г. Спенсера, він обґрунтував висновок про те, що суспільство є природною реальністю, так само як і фізичні і біологічні явища.

Інакше кажучи, згідно з ідеєю природної цілісності світу все суще на світі має існувати не інакше, як за законами природи. Звідси випливає ПРИНЦИП ВСЕСВІТНЬОЇ ЗАКОННОСТІ, відповідно до якого все суще

² Э Дюркгейм, *Социология. Ее предмет, метод, предназначение* (Гофман А пер, Канон 1995) 169.

³ Там само.

⁴ Там само 170.

⁵ Там само.

⁶ Там само 266.

⁷ Там само 171–2.

існує за законами природи. Це означає, що за законами природи мають існувати не лише фізичні і біологічні явища, а й соціальні явища, які є проявами волі і свідомості людей.

Реальне існування і дію законів соціальної природи можна підтвердити також експериментальним шляхом. Наприклад, крадіжка – це порушення закону соціальної природи, відповідно до якого власність у суспільстві не має набуватися внаслідок чийогось свавілля. Тому крадіжка має визнаватися злочином за законодавством будь-якого суспільства. Якщо заради уявного експерименту скасувати саме визнання крадіжки злочином і дозволити красти усім і все, то можна уявити руйнівні для суспільного життя людей наслідки цього. Цей уявний експеримент із передбачуваними результатами буде свідченням того, що реально існує і діє закон соціальної природи, який порушується крадіжкою і який відображається у законодавстві будь-якого суспільства.

У сфері моралі реально існує і діє закон соціальної природи, який людство відкрило давно, назвавши його “золотим правилом” поведінки людей: “Не чини іншим людям того, чого ти не хотів би, щоб чинили тобі!”. Весь досвід людства свідчить про реальне існування і дію цього закону соціальної природи, – люди переконуються у цьому, виявляючи наслідки, що настають при його порушенні.

На побутовому рівні можна виявити і відчутти на собі реальне існування і дію закону соціальної природи, якщо, наприклад, порушити будь-яку чергу, якої люди мусять дотримуватися у своєму суспільному житті (правило черги).

За такою методикою “відкриття” законів соціальної природи можна виявити реальне існування і дію законів соціальної природи в усіх сферах суспільного життя людей.

Якщо виходити з ідеї природної цілісності світу, то “*основне питання світогляду*” має формулюватися таким чином: “*Яка роль волі і свідомості людей у світі, що існує за законами природи?*”. А вирішуватися воно має на основі тієї ж ідеї природної цілісності світу: “*Роль волі і свідомості людей у суспільному житті полягає у тому, щоб люди могли пізнавати закони соціальної природи і жити у злагоді з ними!*”.

Чи не найглибше у реальність існування і дії законів природи, що упорядковують не лише фізичні і біологічні явища, а й життя людей у суспільстві проник за допомогою наукових методів Дж. Локк, який розвив власну концепцію “закону природи”. У праці “Досліди закону природи” (1664 р.), філософ ставить перед собою запитання: “Чи існує закон природи?” і доводить необхідність його існування таким чином: ‘<...> Немає у всьому всесвіті, нічого <...>, щоб не визнавало точних

і визначених законів власного існування, що відповідають природі кожного <...>⁸. Дж. Локк називає природу ‘матір’ю всього суцього⁹.

Учений переконує, що без закону природи розвалюються обидві основи людського суспільства – державне управління суспільним життям людей і вірність договорам між людьми. Державне управління суспільним життям людей стає неможливим, ‘бо закони, постановлені в державах, зобов’язують не самі собою <...>, а саме внаслідок законів природи <...>¹⁰, а вірність людей договорам втрачає сенс, якщо вона не визначається законом природи. Так Дж. Локк обґрунтовує реальність існування і дію в суспільному житті людей “закону природи”.

Отже, закон природи реально існує і діє в суспільному житті людей таким чином, що зобов’язує їх щось вчиняти чи не вчиняти, а “громадянський закон” (тобто те, що ми називаємо позитивним законодавством) має відображати це зобов’язання “закону природи” і забезпечувати його виконання за допомогою влади. Виконання “закону природи” – це основа усіх людських благ: ‘<...> ніщо такою мірою не сприяє спільній користі кожного, ніщо такою мірою не забезпечує безпеку і недоторканність майна людей, як виконання закону природи’¹¹.

Дж. Локк вважав, що “закон природи” є вічною і повсюдною реальністю, яка існує і діє незалежно від того, в яких формах існує людська спільнота: це доцивілізаційні спільноти людей чи сучасні суспільства. Очевидно, можна припустити, розвиваючи цю ідею, що будь-яке суспільство у майбутньому теж існуватиме не інакше, як за “законом природи”.

Отже, неперевершеною заслугою Дж. Локка є те, що він обґрунтував ідею про реальне існування і дію в суспільному житті людей “закону природи”. Проте аргументуючи реальність існування і дії “закону природи”, на якому засноване суспільне життя людей, він залишає відкритим запитання: а що ж то за “природа”, яка надає “закон” для суспільного життя людей?

Відповідь на це запитання можна знайти, на наше переконання, спираючись на викладені вище соціологічні ідеї Е. Дюркгейма.

На нашу думку, якщо продовжити розвиток викладених вище ідей Дж. Локка і соціологічної концепції Е. Дюркгейма, то можна дійти висновку, що ідеї Дж. Локка і соціологічна концепція Е. Дюркгейма мають у результаті їх розвитку “зійтися” між собою в перспективі в одне органічне ціле, з якого випливає вчення про реальне існування *соціальної природи*, в якій *реально існують і діють закони соціальної природи*.

Якщо застосувати метод інтегрування ідеї Дж. Локка про “закон природи” з соціологічною концепцією Е. Дюркгейма, то, на нашу думку,

⁸ Дж Локк, *Сочинения*, т 3 (пер с англ и лат, Мысль 1988) 3.

⁹ Там само 50.

¹⁰ Там само 8.

¹¹ Там само 49.

у результаті виникає основа для нових уявлень про суспільство і закони природи, за якими це суспільство існує. Зокрема: завдяки розвитку науки, а саме науковим розвідкам Дж. Локка й Е. Дюркгейма та їхнього розвитку й інтегрування, перед нами з'являється можливість відкрити *нову реальність – соціальну природу, що існує за своїми законами, тобто за законами соціальної природи*, які мають пізнаватися і використовуватися людьми для забезпечення їх нормального життя у суспільстві.

У час, коли в головах людей домінує ілюзія про неприродність соціального, ідея про реальність соціальної природи, яка існує за своїми законами, може сприйматись як *шокуюча істина*. Це тому, що соціальна природа тривалий період залишалася, так би мовити, *NATURA INCOGNITA*.

Вчення про соціальну природу як реальність і закони, які в ній реально діють, можна назвати СОЦІАЛЬНИМ НАТУРАЛІЗМОМ.

Сутність соціального натуралізму полягає у ВИЗНАННІ ВЕРХОВЕНСТВА ЗАКОНІВ СОЦІАЛЬНОЇ ПРИРОДИ, які реально існують і діють у людському суспільстві і яким люди мають підкорятися у суспільному житті. Отже, згідно з соціальним натуралізмом суспільне життя людей має засновуватися на ПРИНЦИПІ ВЕРХОВЕНСТВА ЗАКОНІВ СОЦІАЛЬНОЇ ПРИРОДИ.

Слід також правильно визначити співвідношення поняття реально з поняттями *природне* і *протиприкладне*. І *природне* і *протиприкладне* існують реально. Тобто не слід вважати, що *протиприкладне* – це щось нереальне. Наприклад, злочин – це реальність, але це реальність протиприкладна. Це саме можна сказати про будь-яку соціальну патологію, що виникає через порушення законів соціальної природи.

Усе суще ділиться на три види: “фізична природа”, “біологічна природа”, “соціальна природа”.

Якщо існують *три різні форми природи*: “фізична природа”, “біологічна природа”, “соціальна природа”, то, згідно з теорією “*трьох природ*”, мають існувати і *три різні види законів природи*: “закони фізичної природи”, “закони біологічної природи” і “закони соціальної природи”. Це означає, що фізичні явища мають існувати за законами фізичної природи, біологічні – за законами біологічної природи, а соціальні – за законами соціальної природи. Такий підхід є, на нашу думку, продуктивним для розвитку натуралістичного світогляду. Зокрема, на ньому засновується *теорія соціального натуралізму, сутність якої полягає у визнанні існування – поряд із фізичною і біологічною формами природи – також соціальної форми природи, що існує за своїми, притаманними для неї (відмінними від фізичних і біологічних!) законами – законами соціальної природи.*

Інакше кажучи, соціальний натуралізм – це світогляд, який “відкриває людям очі” на невідому раніше реальність – СОЦІАЛЬНУ ФОРМУ ПРИРОДИ, що існує за своїми, властивими лише для неї законами –

ЗАКОНАМИ СОЦІАЛЬНОЇ ПРИРОДИ. Це надає нові можливості для управління суспільним життям людей з метою його упорядкування за законами соціальної природи.

Евристична місія соціального натуралізму полягає у тому, щоб висвітлити реальність існування і дії законів соціальної природи, які упорядковують суспільне життя людей і у світлі зазначеного визначити роль волі і свідомості людей у цьому упорядкуванні.

Отже, соціальний натуралізм – це світоглядний інструмент, який має використовуватися для подолання соціальної сваволі і соціальних ілюзій у соціальній практиці за допомогою узгодження волі та свідомості людей із законами соціальної природи. *Це і є ті “нові очі”, які уможливають нове світобачення, засноване на ідеї реального існування і дії законів соціальної природи, що діють через волю і свідомість людей. Найдраматичніша помилка людей – це нерозуміння того, що соціум існує за законами соціальної природи.*

Соціальний натуралізм має сприяти “натуралізації” усіх соціальних наук, і, зокрема, юриспруденції.

Проте не лише соціальна теорія (представлена тут Дж. Локком і Е. Дюркгеймом) проклала шлях людству до відкриття реального існування і дії законів соціальної природи. Соціальна практика у свій час спонукала людство до створення теорії соціального натуралізму, придатної для відкриття реального існування і дії законів соціальної природи, з якими і має узгоджуватися соціальна практика.

Відповідно до теорії соціального натуралізму право (і мораль) впливають не з природи людини (як це представлено в антропологічних теоріях права), а з природи суспільного життя людей, тобто з соціальної природи.

Людська істота стає людиною лише у соціумі, пристосовуючись до законів соціальної природи. Гідність людини, згідно з соціальним натуралізмом, – це її соціальна цінність, яка полягає у здатності жити за законами соціальної природи.

Виходячи із соціального натуралізму, *основний соціальний інстинкт людини* – це пристосування до законів соціальної природи, тобто узгодження волі і свідомості із законами соціальної природи.

Однак активність (участь) волі і свідомості в генезисі соціальних явищ відкриває можливість для існування ілюзії: начебто творцем соціальних явищ є саме вони, а справжній творець – соціальна природа з її законами, що діє через волю і свідомість людей, – зникає з поля зору. Таким чином, зазначена ілюзія, як і будь-яка інша ілюзія, полягає у тому, що видимість видається за дійсність.

Уявлення, згідно з яким видимість сприймається як дійсність, є емпіричною ілюзією, яка називається ПОЗИТИВІЗМОМ. На основі цієї ілюзії

виникає вчення про те, що начебто дійсним творцем соціальних явищ є не соціальна природа, яка творить соціальні явища за своїми законами, а воля і свідомість людей. Це вчення називається СОЦІАЛЬНИМ ПОЗИТИВІЗМОМ.

Одним із різновидів соціального позитивізму є ПРАВОВИЙ ПОЗИТИВІЗМ, який полягає у тому, що видимість, начебто першоджерелом права є воля і свідомість людей, видається за дійсність.

Із соціального натуралізму випливає соціально-натуралістична методологія пізнання права, яка полягає у такому: із видимого позитивного законодавства слід пізнавати реально існуючі і діючі в суспільному житті людей невидимі закони природного права, що втілюються у форму позитивного законодавства. Ця методологія відповідає також методології пізнання, сформульованій Г. Сковородою: “З видимого пізнавай невидиме!”.

II. Соціально-натуралістична теорія природного права

Як свідчить історія пізнання, зокрема наукового, завдяки новим методологіям як інструментам пізнання у людей з’являються, так би мовити, “нові очі” яким відкриваються нові речі.

Соціально-натуралістична методологія пізнання соціальних явищ, як уявляється, може бути саме таким методологічним інструментом, який допоможе по-новому побачити правові явища. Зокрема, це стосується і того, що називається “природне право”.

Згідно з соціальним натуралізмом, з якого випливає так званий “*принцип всесвітньої законності*”, суспільне життя людей НЕ МОЖЕ НЕ БУТИ засноване на певних законах – законах соціальної природи. Отже, і правопорядок у суспільстві має засновуватися на законах соціальної природи, різновидом яких є закони природного права.

Хоча існує видимість, що начебто правопорядок забезпечується лише позитивним законодавством, яким, зокрема, має керуватися правосуддя, проте це не так. І ось як це помилкове уявлення спростовує Дж. Локк:

<...> Якщо закон природи не зобов’язує людей, то і жоден позитивний людський закон не може зобов’язувати їх, оскільки закони громадянського правителя переймають всю свою силу із зобов’язання, що накладається цим законом [природи] <...>¹².

Емпіричним доказом реального існування і дії законів природного права є реальне існування і дія цих законів у спілкуванні дітей у “дитячій кімнаті”, на що звернув увагу Л. Петражицький. Свої спостереження за “правовою” поведінкою дітей у “дитячій кімнаті” він описує таким чином:

¹² Локк (н 8) 40.

<...> Експериментальним шляхом ми можемо досліджувати дитячу правову психіку відносно наявності в ній <...> властивостей різних спеціальних видів правових явищ, явищ власності, договірно-зобов'язального права, сімейного права та ін.¹³.

Як можна пояснити таку “правову” поведінку дітей, що спілкуються у дитячій кімнаті, з огляду на те, що в цьому своєрідному соціальному “експерименті” виключається повністю вплив на дитячу поведінку позитивного законодавства – вони його за віком просто нездатні ще усвідомлювати. Проте діти мають коритися (не можуть не коритися) природній необхідності (що випливає із законів природного права) дотримуватися певних правил поведінки (наприклад: черговості в користуванні іграшкою, яка є однією на кілька дітей; договірних відносин щодо обміну іграшками; зобов'язання відшкодувати заподіяну шкоду тощо), аби задовольняти свої дитячі потреби в умовах суспільного життя.

Проте сам Л. Петражицький інтерпретує “зародження права в дитячій кімнаті” як психічний феномен (“психічні переживання”, “правові емоції”)¹⁴. Психологічна теорія права Л. Петражицького – це намагання відродити доктрину природного права на основі психологічного (антропоцентричного) підходу, тоді як це можна зробити лише на основі СОЦІОЦЕНТРИЧНОГО підходу, а саме за допомогою соціального натуралізму.

Якщо закони природного права реально існують, то як же вони діють у суспільному житті людей? Вони людьми відкриваються і втілюються у форму позитивного законодавства, діючи у формі позитивного законодавства. Наприклад, те, що ми називаємо “римським правом” є саме втіленням реально існуючих і діючих законів природного права. Тому “римське право”, що втілює в собі закони природного права, стало основою сучасного права в Європі.

Ідея природності права послужила основою для обґрунтування невідчужуваних ПРАВ ЛЮДИНИ. До цієї ідеї люди завжди апелюють у часи глибоких соціальних перетворень (революцій, реформ, модернізацій тощо). На цій ідеї засновані всі прогресивні доктрини права, зокрема міжнародного права.

Закони природного права люди мають втілювати в ПОЗИТИВНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ, або в релігійних заповідях, або у вигляді норм звичаєвого права, або в нормах міжнародного права. У Кримінальному кодексі більшість норм є законами природного права, пізнаними людьми і відображеними ними в “букві” Кримінального кодексу. Зокрема, крадіжку законодавець мусить визнавати злочином не тому, що так ко-

¹³ Л. Петражицький, *Вибрані праці*, кн 1 (Гриценко І уклад, Либідь 2011) 115.

¹⁴ Там само.

мусь хочеться, а тому, що крадіжка порушує закони природного права. Про протиприродність крадіжки можна переконатися, якщо б провести уявний експеримент – скасувати відповідальність за крадіжку і дозволити всім красти. Очевидно, це зруйнувало б суспільне життя, тому що порушує природні закони цього життя, а саме ЗАКОНИ ПРИРОДНОГО ПРАВА.

У такий спосіб можна виявити протиприродність, тобто суперечність законам природного права і будь-якого іншого злочину. А це є одним зі свідчень того, що закони природного права реально існують і діють у соціумі.

Таким же чином можна виявити природно-правові основи цивільного законодавства, та й будь-якого іншого.

Отже, “буквенну” форму позитивного законодавства створюють люди, але закони природного права, втілені в цій формі, реально існують і діють у соціальній природі, – вони не створені людьми, вони людьми відкриті, так само як людьми не створюються, а відкриваються закони фізичної чи біологічної природи.

Юристи, які не бачать реально існуючих і діючих у суспільстві законів природного права – це юристи-позитивісти, вони керуються правовими ілюзіями, що відкривають шлях для правового свавілля.

Чому ж так багато людей, зокрема правників, не бачать реальне існування і дію законів природного права, залишаючись позитивістами?

Очевидно це тому, що ці закони соціальної природи (зокрема, закони природного права), перебуваючи глибоко в основі феномену права, є прикритими формою позитивного законодавства, і таким чином прихованими. Тому ці закони є певною мірою невидимими. Вони і є та “невидима рука”, яка керує правовим життям людей у суспільстві.

Чим краще люди підкоряються цій “невидимій руці”, тим кращим є правопорядок у суспільстві – основа добробуту людей.

Люди мають виявляти ці закони й узгоджувати з ними своє життя у суспільстві, втілюючи їх у форму позитивного законодавства. Для того щоб ці закони природного права виявити і втілити у форму позитивного законодавства, їх треба виявити у глибинах феномену права за допомогою певного методологічного інструментарію, а саме методології СОЦІАЛЬНОГО НАТУРАЛІЗМУ. Ця методологія допомагає ВІДКРИВАТИ закони природного права і втілювати їх у форму позитивного законодавства, а також “бачити” закони природного права у позитивному законодавстві.

Методологія соціального натуралізму, даючи змогу побачити реальне існування і дію законів природного права, вказує на необхідність підкорятися ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ЗАКОНІВ ПРИРОДНОГО ПРАВА для забезпечення правопорядку в кожній країні і в світі загалом.

Сьогодні досить поширеною є концептуалізація природного права на моральній основі, тобто природне право ототожнюється з моральними імперативами – справедливістю тощо. Це – так звана “моральна” концепція природного права.

Проте відповідно до соціального натуралізму природне право не є приналежністю (атрибутом) моралі, бо і природне право і мораль – це два способи прояву реального існування і дії в суспільному житті людей законів соціальної природи. Природне право і мораль мають “спільний корінь” – закони соціальної природи.

Так, наприклад, правова концепція Л. Фуллера полягає у “моралізації” права: право – начебто засновується на моралі. А позитивне законодавство, неузгоджене з мораллю, є неправовим. І це дійсно може бути саме так, але не тому, що мораль визначає право, а тому, що і мораль, і право визначаються законами соціальної природи, – це їх спільне першоджерело. Отже, в “моральній” концепції права має місце підміна: першоджерелом права визнаються не закони природного права, а норми моралі.

“Моральна” теорія природного права, згідно з якою мораль є сутністю природного права (а справедливість – його критерієм), стає очевидною фікцією, якщо поставити запитання: а що є першоджерелом моралі (і критерієм справедливості)? Відповідно до соціально-натуралістичного підходу “спільним знаменником” і моралі, і права є ЗАКОНИ СОЦІАЛЬНОЇ ПРИРОДИ. Саме вони є тією сутністю, яка набирає форми моралі чи природного права: і закони моралі, і закони природного права – це різновиди однієї і тієї ж спільної для них сутності – законів соціальної природи. Тому мораль не може відігравати роль сутності (основи) для природного права. Мораль і природне право – це однокореневі, але різні прояви законів соціальної природи, що співіснують як два “відгалуження” на спільному “корені”.

Мораль і право не можуть ані суперечити одне одному, ані визначати одне одного, бо вони обидва мають спільний корінь – закони соціальної природи, які й визначаються ним. Право не може бути аморальним, але не тому, що мораль визначає право, а тому, що право і мораль мають спільний корінь.

Отже, “моральна” теорія природного права – це теорія, яка відображає видимість того, що начебто природне право безпосередньо має моральну основу, але в дійсності його основою є реально існуючі і діючі в суспільстві закони соціальної природи.

Критикуючи “моральну” теорію природного права Л. Фуллера з позиції правового позитивізму, Г. Харт стверджував, що право – це не те, що засноване на моральності природного права, як уявляв Л. Фуллер, а те, що визнається людьми у суспільстві як право.

Р. Дворкін, піддаючи критиці правовий позитивізм Г. Харта, стверджує, що позначені ним позитивістські “правила” (“первинні” і “вторинні”), які формуються у головах людей незалежно від моралі, не є основою права, а нею є “правові принципи”, що засновуються, зокрема, на уявленнях людей про мораль. Ця концепція може розглядатись як різновид “моральних” концепцій природного права, які не визнають реального існування і дії в суспільному житті людей законів природного права.

Деформують (спотворюють) також ідею природного права концепції, які стверджують про “вічність і незмінність” законів природного права.

Соціальна природа не є вічно незмінною, вона розвивається і змінюється, а отже, змінюються і її закони, зокрема закони природного права. Те, що було природним у первісному суспільстві тепер не є таким. Соціальна природа європейської цивілізації існує за дещо іншими природними законами, аніж, наприклад, існувала у свій час природа цивілізації майя. Не все те, що природно для одних суспільств, може бути природним для інших, хоч і в тих, і в інших суспільствах життя людей засноване на законах соціальної природи, але ці закони дещо різні. Тобто вони не є вічно незмінними й однаковими для всіх соціумів, бо якщо певною мірою змінюється природа соціумів, то змінюються такою ж мірою і її природні закони, зокрема закони природного права, які реально існують і діють у цьому соціумі.

Образно кажучи, і риба, і птах існують за законами біологічної природи, але біологічна природа риби і птаха різна, тому і природні закони їх існування – різні: у риби вони пов’язані з пристосуванням до стихії води, а у птаха – до стихії повітря.

Те саме є і в різних за своєю природою суспільствах, що змінюються чи розвиваються – те, що природне для одних суспільств, не є природним для інших. Навіть в одному суспільстві є певна різниця, за якими законами природного права існує армійська спільнота і спільнота цивільних громадян, бо соціальна природа цих спільнот відрізняється. За різними законами природного права існує суспільство в стані звичайному і в стані надзвичайному (війна, соціальна криза, стихійне лихо, епідемія тощо).

Тому приписування природному праву ознак, що начебто це “вічні, незмінні й однакові повсюди” закони природи, абсолютно безпідставне і деформує (спотворює) ідею природного права. Навпаки, існує закономірність: зі зміною (зокрема, з прогресом чи регресом) соціальної форми природи, відповідно змінюються закони природного права, які реально існують і діють у цій соціальній формі природи. Причому в якій частині змінюється соціальна природа (суспільство) унаслідок прогресу чи регресу, в такій же частині змінюються і закони природного права, за якими ця соціальна природа існує.

Так звана “історична школа права” (наприклад, Ф. К. фон Савінії, Г. Ф. Пухта) фактично не заперечує ідею природного права як законів соціальної природи, а лише доповнює уявлення про природне право як таке, що історично змінюється відповідно до змін, що відбуваються в природі соціуму. При найближчому розгляді положень цієї школи у світлі соціального натуралізму можна побачити, що “історичне життя народу” як першоджерело права в “історичній школі” – це не що інше, як соціальна природа, що історично змінюється. Закони природного права, за якими люди живуть у цьому соціумі, завжди відповідають історично-статусу природи цього соціуму, яка є історично змінною.

Існують також концепції природного права, що розглядають його як похідне від “природи людини” (антропологічні теорії права, Г. Тард, Л. Петражицький, З. Фрейд), а не від “природи суспільства” (соціальної природи), як це випливає із соціально-натуралістичної теорії права. Ці теорії не витримують критики у світлі ідей Дж. Локка й Е. Дюркгейма, згідно з якими людина стає соціальною істотою лише в соціумі, пристосовуючись до законів соціальної природи. Таким чином “природа людини” як соціальної істоти визначається соціальною природою. У Робінзоні Крузо, що жив самотужки, без соціуму, на острові не було потреби в праві – його “природа людини” не породжувала право.

Є концепції, які “ідеалізують” природне право (Р. Штаммлер та інші), тобто інтерпретують природне право як “правовий ідеал”. Цей підхід йде врозріз із соціально-натуралістичним розумінням природного права, згідно з яким не правові ідеали, вивчені у свідомості людей щодо належного, є сутністю природного права, а реально існуючі і діючі в суспільстві закони природного права, які не створюються людьми, а пізнаються (відкриваються) ними і втілюються у створеній людьми формі позитивного законодавства. Зокрема, сформульоване людьми “римське право” чи кримінальне законодавство втілюють у собі не вивчені людьми правові ідеали, а реально існуючі та діючі в суспільстві закони природного права, відкриті (пізнані) людьми.

Якщо для упорядкування свого суспільного життя люди мають пізнати (відкривати) закони природного права і втілювати їх у форму позитивного законодавства, то виникає запитання: а як це пізнання (відкриття) відбувається?

Пізнання (відкриття) людьми законів природного права відбувається так само як і законів фізичної чи біологічної природи, тобто емпіричним способом (тобто через соціальний досвід) чи теоретичним способом (тобто через наукове дослідження).

Наприклад, очевидно, що той закон природного права, який забороняє крадіжку, був пізнаний людьми емпіричним способом, враховуючи досвід суспільного життя: люди на досвіді переконалися, що крадіжка руйнує їх

суспільне життя і тому її слід визнати протиприродною, а отже, заборонити в позитивному законодавстві (наприклад, у Кримінальному кодексі).

Водночас закони природного права, що були відлиті у формули “римського права”, відкривалися під впливом суспільної практики Давнього Риму римськими юристами – Цицероном, Ульпіаном, Павлом та ін.

А ось закон природного права, згідно з яким влада має ділитися на три гілки, був відкритий Ш.-Л. Монтеск’є завдяки науковому дослідженню. Проте юридична наука, призначенням якої є пізнання (відкриття) законів природного права для втілення їх у позитивне законодавство, правову культуру людей і в соціальну практику, – це лише один зі способів пізнання (відкриття) законів природного права.

Завдяки філософським розвідкам були відкриті закони природного права, які послужили основою для “природних прав людини”, відображених, зокрема, у Загальній декларації прав людини.

Десять заповідей (Декалог) – це релігійна інтерпретація законів природного права.

Перевірити, чи реально існують і діють закони природного права, відкриті людьми, можна, наприклад, спостерігаючи за тими соціальними наслідками, які настають у разі недодержання цих законів. Як показав досвід побудови соціалістичного (комуністичного) суспільства, позитивне законодавство, яке всупереч законам природного права заборонило приватну власність, призвело до руйнівних наслідків для суспільного життя людей. Цей “експеримент” теж підтверджує реальне існування і дію законів природного права.

Натомість досвід США, в яких правопорядок був заснований на законах природного права, відображених у Декларації незалежності США та в позитивному законодавстві цієї країни, і реалізованих у соціальній практиці, засвідчує, що дотримання законів природного права забезпечує прогресивний правопорядок, сприятливий для соціального прогресу США.

Отже, у світлі соціального натуралізму “природне право” – це закони соціальної природи, що визначають права й обов’язки людей у їх суспільному житті. Закони природного права мають відкриватися (пізнаватися) людьми і втілюватися у форму позитивного законодавства. З огляду на таке розуміння природного права право як соціальний феномен визначається так: ПРАВО – це закони природного права, втілені в позитивному законодавстві.

Призначенням соціально-натуралістичної доктрини природного права є протидія соціальному свавілля і соціальним ілюзіям, і зокрема правовому свавілля і правовим ілюзіям, через сприяння узгодженню волі та свідомості людей із законами соціальної природи, і зокрема із законами природного права.

III. Закони природного права – основа правопорядку.

Принцип верховенства законів природного права

Якщо закони природного права реально існують і діють у суспільному житті людей, то яка їхня роль в упорядкуванні цього життя, і зокрема в забезпеченні правопорядку в суспільстві?

Автор капітальної праці “Коментарі до законів Англії”, опублікованої в 1765–1769 рр., правознавець В. Блекстон на це запитанням відповідав таким чином:

Природному праву, такому ж давньому, як і рід людський, і даному самим Богом, звичайно, слід підкорятися більше, ніж усякому іншому. Воно обов'язкове на всій земній кулі, в усіх країнах і в усі часи; ніякі людські закони недійсні, якщо вони не узгоджені з ним, а ті з них, які дійсні, отримують прямо чи непрямо всю свою силу і владу від свого першоджерела¹⁵.

З контексту цієї тези В. Блекстона вже випливає ідея про певну ієрархічність у співвідношенні між природним правом і позитивним законодавством, яка полягає в “зверхності” природного права над позитивним законодавством.

Один із розробників концепції “верховенства права” А. Дайсі під верховенством права, очевидно, розумів верховенство принципів, сформульованих правосуддям Англії, яке керувалося “загальним правом”. Це не виключає тлумачення “верховенства права” як верховенства законів природного права, але так само не виключає і тлумачення як “верховенства позитивного законодавства”. Таким чином, А. Дайсі залишив відкритою дилему, яка сьогодні постає гостро для розуміння принципу, сформульованого як “верховенство права”: що саме в праві має властивість верховенства – закони природного права чи позитивне законодавство? На це запитання А. Дайсі не дає однозначної відповіді. Але сьогодні воно надзвичайно актуалізується. Уявляється, що відповідь на нього слід шукати за допомогою соціально-натуралістичної методології.

З огляду на соціально-натуралістичне праворозуміння верховенство властиве саме ЗАКОНАМ ПРИРОДНОГО ПРАВА, а не позитивному законодавству. А позитивне законодавство – це засіб забезпечення ВЕРХОВЕНСТВА (“панування”) законів природного права. Отже, принцип “верховенства права” у світлі соціального натуралізму має тлумачитись як ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ЗАКОНІВ ПРИРОДНОГО ПРАВА.

Якщо ж звернутися до доктрини правового позитивізму (Дж. Остін та інші), то з неї однозначно випливає принцип верховенства не законів

¹⁵ ‘Of the Nature of Laws in General’ in Blackston W, *Commentaries on the Laws of England (1765–1769)* <<https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/bla-002>> (accessed: 03.01.2021).

природного права, а позитивного законодавства. Відповідно до цього “верховенство права” слід інтерпретувати як верховенство конституції та іншого законодавства. Таким чином відкривається можливість надання статусу “верховенства” будь-якому законодавчому акту, зокрема й установленому свавільно, тобто всупереч законам природного права.

Тому формулювання “верховенство права” є неоднозначним і інтерпретується залежно від типу праворозуміння – соціально-натуралістського чи соціально-позитивістського. “Натуралісти” інтерпретують “верховенство права” як верховенство законів природного права, а “позитивісти” – як верховенство позитивного законодавства (конституції та іншого законодавства).

До речі, Г. Кельзен – приклад юриста-позитивіста, який, послідовно заглиблюючись в ідею “чистого вчення про право”, зустрівся там із реальністю законів природного права.

Зокрема, він побачив, що позитивізм вимагає для свого підґрунтя такого поняття, як “основна норма”. Усе позитивне законодавство в його “чистому вченні” про право – залежить від основної норми – умоглядного еквівалента природно-правового Бога і позитивно-правового Законодавця¹⁶.

Такий на перший погляд парадокс: той, хто послідовно розвиває правовий позитивізм, заглиблюючись у його суть, НЕОДМІННО доходить необхідності шукати фундамент позитивного законодавства в ідеї природного права. Це – логіка розвитку правового позитивізму. Саме це відбулося з юристом-позитивістом Г. Кельзеном, який побачив необхідність поняття “основної норми”, яка по суті є нормою природного права. Урок Г. Кельзена: чим більше дослідник заглиблюється у правовий позитивізм, тим ближче він до правового натуралізму.

Правовий позитивізм не може не прийти до ідеї існування природного права, бо **ВЕРХОВЕНСТВО ЗАКОНІВ ПРИРОДНОГО ПРАВА Є РЕАЛЬНІСТЮ, ЯКУ НЕ МОЖНА ІГНОРУВАТИ.**

Визнавши верховенство “основної норми” (яка за всіма ознаками є нормою природного права) для всього позитивного законодавства, Г. Кельзен, тим самим, непрямо визнав принцип верховенства законів природного права. Хоча прямо він заперечував проти визнання його концепції “основної норми” такою, що впливає з природного права¹⁷.

Що стосується місця і ролі законів природного права, порівняно з позитивним законодавством, то Дж. Локк, досліджуючи цей аспект, апелює до здорового глузду, за допомогою якого доходить такого висновку: ‘<...> зобов’язання, яке накладається громадянським законом, впливає

¹⁶ Ганс Кельзен, *Чистое учение о праве* (2-е изд, пер с нем, Алеф-Пресс 2015) 249.

¹⁷ Там само 276.

із закону природи, і ми не стільки примушені силою правителя підкорятися йому, скільки зобов'язані робити це за природним правом¹⁸.

Проблему співвідношення природного права і позитивного законодавства розглядав також і Т. Джефферсон, світоглядні ідеї якого досі визначають соціальну практику в США. Він твердив про природно-правову субстанцію позитивного законодавства. У листі до Ф. У. Джілмера (1816 р.) Т. Джефферсон писав:

Наші законодавці недостатньо обізнані щодо правомірних меж своєї влади. Їх істинне призначення – стверджувати і забезпечувати виконання тільки наших природних прав і обов'язків, нічого з них нас не позбавляючи. Жодна людина не має права порушувати рівні права іншої людини, і це все, в чому його повинні стримувати закони. Кожна людина підпорядкована природному обов'язку робити свій внесок у забезпечення всього того, що необхідно суспільству, і це все, до чого закони повинні її примушувати <...>. Коли закони затвердять і забезпечать виконання всього цього, тоді вони виконають своє призначення; а та ідея, згідно з якою, вступаючи в суспільство, ми відмовляємося від будь-яких своїх природних прав, просто безпідставна¹⁹.

До речі, слід зазначити, що відповідно до соціального натуралізму і принципу верховенства законів соціальної природи, соціальна функція держави полягає в тому, щоб через управління суспільним життям людей забезпечувати дотримання людьми законів соціальної природи. Не більше і не менше... Але не лише держава має бути правовою, тобто управляти суспільним життям людей за законами природного права. Суспільство і громадяни в ній теж мають бути правовими. ПРАВОВЕ СУСПІЛЬСТВО – це суспільство “правових” громадян, тобто громадян, воля і свідомість яких узгоджені із законами природного права.

Беручи до уваги принцип верховенства законів природного права, природні права людини – це права, що випливають із законів природного права, а природні обов'язки людини – це обов'язки, які так само випливають із законів природного права. Для забезпечення їх реалізації в суспільному житті людей природні права людини і природні обов'язки людини мають бути втілені у форму позитивного законодавства (конституції, інші законодавчі акти, міжнародно-правові норми тощо).

До речі, офіційна доктрина католицької церкви заснована на ідеї фундаментальної ролі природного права в суспільному житті людей, що зокрема відображено в Енцикліці Папи Римського Льва XIII “*Rerum Novarum*”.

¹⁸ Локк (н 8) 40.

¹⁹ Томас Джефферсон о демократии: переводное издание (Падова С сост, РЕС ГУМАНА 1992) 56–7.

Отже, із зазначеного вище можна зробити висновок, що закони природного права – це основа правопорядку. Вони є першоджерелом соціального феномену, який ми називаємо ПРАВОМ. А позитивне законодавство – це створювана людьми форма, в яку мають втілюватися закони природного права.

З цього випливає висновок, що ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ЗАКОНІВ ПРИРОДНОГО ПРАВА є основою правопорядку, для забезпечення якого існує право.

Що ж має бути наслідком недотримання принципу верховенства законів природного права в соціальній практиці? Позитивне законодавство, яке суперечить законам природного права є неправовим, тобто актом законодавчого свавілля. А рішення суду, що суперечить законам природного права, є свавільним, тобто неправосудним. У суспільстві має існувати механізм скасування свавільного (неправового) законодавчого акту і свавільного (неправосудного) рішення суду.

На основі принципу верховенства законів природного права для соціальної практики можна вибудувати таке формулювання: *“Дозволено все, що не суперечить законам природного права, а забороні підлягає усе, що суперечить законам природного права!”*.

Висновки. Ідеї для соціальної практики, що випливають із принципу верховенства законів природного права:

1. “Основне питання” юриспруденції має бути сформульоване так: право – це витвір Природи чи людей, чи того й іншого? Залежно від його вирішення існують два типи праворозуміння: соціально-позитивістське і соціально-натуралістське.

2. Згідно з соціально-натуралістським праворозумінням право – це реально існуючі і діючі в суспільстві закони соціальної природи, відкриті людьми і втілені законодавцем у форму позитивного законодавства (чи у форму звичаєвого права). Соціально-позитивістське праворозуміння полягає в тому, що першоджерелом права визнаються воля і свідомість людей, а не закони природного права. Соціально-позитивістське праворозуміння, на відміну від соціально-натуралістського, відкриває можливість для правового свавілля і правових ілюзій.

3. Першоджерелом права, згідно з соціально-натуралістським праворозумінням, є закони природного права, які мають відкриватися людьми і втілюватися ними в форму позитивного законодавства (зокрема і норм міжнародного права), в правову культуру людей і в правову практику.

4. Згідно з соціально-натуралістським праворозумінням у суспільстві має конституюватися принцип верховенства законів природного права, які реально існують і діють у суспільному житті людей (а не соціально-позитивістський принцип верховенства волі і свідомості, які можуть набирати форму правової сваволі і правових ілюзій у людей).

5. Воля і свідомість людей не є першоджерелом права – вони є засобами відображення законів природного права, які являються першоджерелом права.

6. “Природне право” – це закони соціальної природи, з яких випливають права й обов’язки людей.

7. “Позитивне законодавство” – це утворювана людьми форма для втілення законів природного права, що має використовуватися для узгодження життя людей із законами природного права. “Позитивне законодавство” тим досконаліше, чим краще воно втілює закони природного права. “Позитивне законодавство”, яке не втілює в собі закони природного права, неодмінно перетворюється, за влучним народним висловом, на “дишло, яке куди повернеш, туди і вийшло”.

8. Закони природного права мають бути субстанцією позитивного законодавства (зокрема й норм міжнародного права), тому його тлумачення має полягати в виявленні цієї субстанції (соціально-натуралістична методологія субстантивного тлумачення позитивного законодавства).

9. Правова культура людини – це міра узгодження волі і свідомості людини із законами природного права. Правова культура людей і соціальна практика мають засновуватися на принципі верховенства законів природного права.

10. Інструментальна концепція позитивного законодавства: позитивне законодавство – це інструмент у руках людей, які застосовують його відповідно до їхньої правової культури. Отже, правопорядок у суспільстві визначається правовою культурою людей, яка є відображенням законів природного права.

11. Правопорядок – стан суспільного життя людей, який виникає внаслідок дотримання людьми законів природного права, втілених у форму позитивного законодавства. Основою правопорядку є правова культура людей.

12. Без дотримання принципу верховенства законів природного права в суспільстві відкривається можливість зловживання позитивним законодавством і судочинством, що приводить до настання “правового хаосу” (“беззаконня”).

13. Критерій для законодавця: забороняти можна лише те, що суперечить законам природного права, а дозволяти – усе те, що не суперечить їм.

14. Природні права людини можуть нормально реалізуватися лише в поєднанні з природними обов’язками людини. Права людини, не обмежені обов’язками, перетворюються на всюдозволеність.

15. Право і мораль співвідносяться між собою як два різних способи відображення законів соціальної природи, які є “спільним знаменником”

(першоджерелом) для них обох. Тому мораль не може бути першоджерелом для права (як і право – для моралі).

16. Будь-які соціальні цінності мають інтерпретуватися через критерій відповідності їх законам природного права.

17. Свобода – це можливість жити за законами природного права. Межі свободи визначаються законами природного права. Без узгодження із законами природного права свобода перетворюється на вседозволеність.

18. Свавілля – це прояв волі, неузгодженої із законами природного права.

19. Справедливість (правосуддя) – це відповідність соціальної реакції на те чи інше діяння законам природного права: справедливим є те, що відповідає законам природного права, а несправедливим – те, що їм суперечить.

20. Суд – це соціальний інструмент для протидії свавіллю, тобто порушенням законів природного права, зокрема втіленим в форму позитивного законодавства. Суд, встановлює відповідність того чи іншого соціального факту (вчинку, рішення, події) законам природного права, втіленим у форму позитивного законодавства, і визначає соціальну реакцію на цей факт (забезпечуючи таким чином справедливість і дотримання законів природного права).

21. З огляду на принцип верховенства законів природного права, у випадку неузгодженості позитивного законодавства із законами природного права слід усувати цю неузгодженість, або, якщо це неможливо, безпосередньо дотримуватися законів природного права.

22. “Правова держава” (природно-правова держава) – це держава, яка функціонує відповідно до принципу верховенства законів природного права. Її соціальна функція полягає в тому, щоб через управління суспільним життям людей узгоджувати його із законами природного права.

23. “Золоте правило” для правової поведінки: “Живи у злагоді з законами природного права, і тоді твоя поведінка завжди буде правовою!”. Це правило спроможна дотримуватися кожна людина.

24. Будь-який соціальний конфлікт може бути розв’язаний на основі законів природного права.

25. Злочин (правопорушення) – це порушення законів природного права, втілених у позитивному законодавстві. Криміналізувати можна лише те діяння, що порушує закони природного права, і таким чином посягає на безпеку суспільного життя людей.

26. Вина (у правопорушенні) – це прояв сваволі і ілюзій людини у вигляді діяння, яке порушує закони природного права, втілені в позитивному законодавстві.

27. У суспільстві має існувати механізм скасування будь-якого законодавчого акту чи рішення у сфері публічного чи приватного права, якщо воно суперечить принципу верховенства законів природного права.

28. Місія юридичної науки – відкриття законів природного права, а також сприяння їх втіленню у форму позитивного законодавства і дотриманню в правовій практиці. Тільки та юридична наука є справжньою наукою, яка займається відкриттям законів природного права, а також сприянням втіленню їх у форму позитивного законодавства і дотриманню їх у правовій практиці.

29. Юридична освіта має полягати в формуванні у студентів – майбутніх юристів уміння виявляти в позитивному законодавстві і правильно застосовувати закони природного права, втілені в форму позитивного законодавства.

30. Основним критерієм при порівнянні положень позитивного законодавства різних країн має бути узгодженість його із законами природного права: кращим є те позитивне законодавство, яке повніше узгоджене із законами природного права. При вирішенні в порівняльному правознавстві питання про доцільність імплементації в законодавство України тієї чи іншої правової норми зарубіжного законодавства треба керуватися критерієм, чи ця норма узгоджується із законами природного права.

REFERENCES

Bibliography

Edited and translated books

1. Djurkgejm Je, *Sociologija. Ee predmet, metod, prednaznachenie* (Gofman A per, Kanon 1995) (in Russian).
2. Kel'zen G, *Chistoe uchenie o prave* (2-e izd, per s nem, Alef-Press 2015) (in Russian).
3. Kostenko O, *U svitli sotsialnoho naturalizmu (vybrane)* (Palyvoda A. V. 2020) (in Ukrainian).
4. Lokk Dzh, *Sochinenija, t 3* (per s angl i lat, Mysl' 1988) (in Russian).
5. Petrazhytskyi L, *Vybrani pratsi, kn 1* (Hrytsenko I ukklad, Lybid 2011) (in Ukrainian).
6. *Tomas Dzhefferson o demokratii: perevodnoe izdanie* (Padovera S sost, RES GUMANA 1992) (in Russian).

Websites

7. 'Of the Nature of Laws in General' in Blackston W, *Commentaries on the Laws of England (1765–1769)* <<https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/bla-002>> (accessed: 03.01.2021) (in English).

WHAT IS NATURAL LAW? CONCEPT OF NATURAL LAW FROM THE PERSPECTIVE OF SOCIOLOGICAL NATURALISM

ABSTRACT. The article presents the results of the author's scientific search for ways to revive the idea of natural law on a new worldview, based on the current challenges facing modern jurisprudence.

The author sees the main problem of modern jurisprudence in unlocking the potential of the idea of natural law, applying a new methodology based on the development of worldview of progressive thinkers, including J. Locke and E. Durkheim.

This article is devoted to this problem.

The purpose of the article. With the help of adequate methodology to reveal the essence of the idea of natural law and identify its opportunities to ensure legal progress in modern conditions.

To achieve this goal, the author used a methodology based, in particular, on the worldview of J. Locke and E. Durkheim.

Developing these ideas of J. Locke and E. Durkheim, the author concludes that a productive worldview tool for understanding social phenomena, including law, is sociological naturalism, i.e., the doctrine that along with the physical and biological forms of nature is the third form of nature – social nature, which exists according to its laws of nature, different from the laws of physical and biological forms of nature.

As a result of applying the methodology based on sociological naturalism, the author offers a new vision of the social phenomenon of “law”, which is based laws of natural law, as a kind of laws of social nature.

Accordingly, the article criticizes the concept of natural law, which ignores the fact of the real existence and operation of laws of social nature, and in particular the laws of natural law.

Based on the socio-naturalistic understanding of law, the author proposes to solve new problems of jurisprudence.

In particular, the need to establish the law and order in society (and international law and order) on the principle of the rule of law is substantiated.

In the light of sociological naturalism, the fundamental factors of legal reality are interpreted in a new way.

As a result of studying the phenomenon of law using a methodology based on sociological naturalism, the author concludes that natural law is the laws of social nature, which define the natural rights and natural responsibilities of people in their social life and which must be embodied in the form of positive legislation. And the latter is a tool to ensure the coherence of public life with the laws of natural law.

According to the socio-naturalistic understanding of law, the fundamental concept of “law” is defined as the laws of natural law, discovered by people, reflected in their legal culture and embodied by them in the form of positive legislation and practice of its application.

The Conclusions formulate ideas for social practice, arising from the principle of the rule of law.

KEYWORDS: natural law; positive legislation; legal understanding; worldview bases of jurisprudence; sociological naturalism; methodology of jurisprudence.

III. Сучасні виклики юснатуралізму

DOI: 10.33498/Юсн-2021-01-139



Juan Cianciardo*

PhD in Law, Professor of Philosophy of Law
School of Law University of Navarra
(Pamplona, Navarra, Spain)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3719-2512>
jcianciardo@unav.es

УДК 340.11

A “DEFENSE” OF COGNITIVISM AND THE LAW

ABSTRACT. This paper consists of a journey marked by three important milestones: (i) an overview of the controversy between cognitivism and non-cognitivism, (ii) a review of the different theoretical positions around this controversy, and (iii) an assessment on the impact of such controversy in theory of law and in the way the work of the jurist is understood. The ultimate objective is to demonstrate that, if followed coherently, non-cognitivism can only lead to the unintelligibility of the legal phenomenon. Jointly, and as corollary of the latter, it will be revealed that even highly convinced advocates of non-cognitivism implicitly or unintentionally ground their legal theorization in cognitivist-type of assumptions. The author adds that a non-cognitivist judge has a serious risk of incurring in a certain type of professional hypocrisy that would consist in camouflaging the real reasons that led her to choose for the application of a norm instead of another, or to choose one method of interpretation over others, with empty formulas that have nothing to do with those real reasons.

As we will see, a non-cognitivist jurist approaches legal norms from a very different perspective than a cognitivist. Although it may sound shocking, justice has little or nothing to do with the work of the non-cognitivist from his perspective. This means that laws can have whatever moral content, that their reasonableness and/or their justice value is defined by the legislator, and that most of the time there are no strict reasons that justify what is that the legislator did when passing a law.

KEYWORDS: cognitivism; non-cognitivism; practical reason; moral judgments; skepticism.

Some years ago, Professor Jacinto Valdés in his “Decalogue of the Contemporary Jurist” addressed ‘all of those jurists who undertake the challenges posed by Modernity within the objectivity required by legal science’. While explaining the meaning of the “Alfonso X el Sabio” medal awarded by

© Juan Cianciardo, 2021

* The author appreciates the observations and reviews of a first version of this paper made by Pilar Zambrano, Milani Bento, Julio Pohl and José Julián Rodríguez (University of Navarra).

the Universidad Panamericana of Mexico to those professors with more than fifteen years of tenure, Valdés proposed his challenge to objectively-scientific-jurists in the form of ten demands or “commandments”. Commandment number seven stated that such a jurist ‘defends a cognitivist position, according to which goods or values belong to the world of reason and not of emotions so, therefore, are the object of legal argumentation’¹. I will dedicate the next pages to address his proposal. I will do it in a three-milestone journey where I pretend to give: (i) an overview of the controversy between cognitivism and non-cognitivism, (ii) a review of the different theoretical positions around this controversy, and (iii) an assessment on the impact of such controversy in theory of law and in the way the work of the jurist is understood. The ultimate goal is to contribute with a sound foundation to Professor Valdés’s demand. It is also intended to show that even highly convinced advocates of non-cognitivism implicitly or unintentionally assume cognitivist assumptions.

What is Non-cognitivism?

Man seeks knowledge. However, it does not necessarily follow from this fact that knowledge is possible, considering that knowledge consists of a certain interaction between and external reality and the cognitive subject. Since Pyrrho (360-270 BC)² many scholars have denied the possibility of this type of knowledge and, hence, the notion of truth. If there is no certainty that something external to the cognitive subject exists, then, to affirm the truth or falsity of a judgment about that external something is not possible either. Pyrrho stated that judgments are radically subjective, i. e. that there are no constitutive elements that enable us to affirm or deny the existence of the supposedly cognized object and, furthermore, its influence and the measure of such in the cognitive subject’s judgement. For example, a judgment that ‘the wall is white’ would be nothing more than an occurrence articulated by a cognitive subject, neither it would manifest any relation with an object external to that subject, nor it would be verifiable in terms of truth or falsity. In other words, all judgments about reality would be conventional, since they are based on sensations, which are evanescent as they are. Any cognitive subject facing a white wall should limit himself to assert ‘I see a white wall’, and then it should restrain from any judgment (*epojé, εποχή*) about the existence of the wall and about whether it is white or not. According to Pyrrho, the latter is the attitude of the wise, which would allow him to reach the ‘ataraxy’ and, eventually, to the authentic and only possible happiness. A Pyrrhonist epistemology as such

¹ Gómez Bisogno and Francisco Vázquez, *Decálogo del Jurista Contemporáneo: memorias del pensamiento ius-filosófico de Jacinto Valdés Martínez* (Tirant lo Blanch 2019).

² Frank Copleston, *Historia de la Filosofía I. Grecia y Roma* (Ariel 2000–2004) XXXVIII; Richard Bett, ‘Pyrrho’ in Zalta Edward N. (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2018) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/pyrrho>> (accessed: 27.01.2021).

becomes, thus, ethics. In other words, theoretical skepticism leads to practical skepticism.

For it to be sound, Pyrrhonist skepticism needs to defeat a first and evident counterargument, i. e. how is it possible to accept the judgment according to which all judgments are completely self-referential and based on mere sensations, if by doing so we necessarily surpass the limits of mere sensations. The same applies to the postulate that the only wise attitude consists in not holding any judgment at all, because it can only be formulated if based on shared starting points. As an answer to this first objection it could be argued, perhaps, that skepticism should not be considered refuted if only theoretical judgment and only practical judgment are not self-referential and go beyond sensations. However, if this were the case, both judgements would need a different grounding, or it would be needed to show how they are evident. Any assertion that abdicates to this demand is utterly meaningless, even if its conclusion is that thought itself is meaningless³. Pyrrho didn't carry out this attempt, nevertheless it may be found in later versions of his central theses.

Non-cognitivism is related to the initial skepticism, although it is not limited, as the latter is, to be a vital attitude, but a theory of knowledge. In general terms, non-cognitivism does not deny the possibility of knowledge, if, as Massini Correas explains, it is understood as an ‘act of cognizance by which it makes to itself intentionally present some element or aspect of reality’, being such presence one that ‘has the constitutive characteristic of intentionality’⁴, the latter being a ‘spontaneous certainty that when knowing something the cognized object possesses a real existence in itself, independent of the act by which we cognize it’⁵. The claim of non-cognitivism is more limited than that. Robert Hartmann, for example, understands that non-cognitivists deny the following two propositions: (i) that value exists and (ii) that such value is knowable⁶. Mark van Roojen, meanwhile, portrays that non-cognitivists accept the following two negative assertions or thesis. The first one is the “non-factualist semantics thesis”, according to which moral judgments do not express propositions or do not have substantive conditions of truth; in other words, neither truth nor falsehood of moral judgments can be ascertained “in a strong way”. The second thesis is the “psychological non-cognitivism thesis”, according to which, mental states conventionally uttered as moral affirmations

³ See John Greco, ‘La virtud, la suerte y el problema pirrónico’ in Eraña Á and García C L and Kin P, *Teorías contemporáneas de la justificación epistémica. Volumen I: Teorías de la justificación en la epistemología analítica* (UNAM 2012) 439–67.

⁴ Massini Correa Carlos Ignacio, ‘La interpretación jurídica como interpretación práctica’ (2005) 52 *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos* 413–43, 416–7.

⁵ Etienne Gilson, *Constantes philosophiques de l'être* (Vrin 1983) 108 (as cited by Massini Correas, op. cit.). From this perspective, knowledge is “an intellectual operation by which the intellect appropriates or apprehends in a spiritual, objective or intentional way any reality or any aspect of reality, and not in a physical or material way” (Correas and Ignacio, (n 4) 417).

⁶ Hartmann Robert S, *El conocimiento del bien. Crítica de la razón axiológica* (Fondo de Cultura Económica 1965) 37.

are mental states or beliefs that do not belong to the cognitive domain. Non-cognitivists generally accept both theses, although they frequently differ in the degree to which they do so, and there are even some who accept only one or the other thesis but not both⁷. Consequently, a wide range of diverse positions are encompassed under the umbrella of non-cognitivism, regardless the important variances among them. Cognitivism, as a counterpart, is characterized by affirming the existence of values and goods, and the possibility of its cognition.

This is a fundamental philosophical dissimilarity. As Francesco Viola puts it, 'cognitivism or non-cognitivism results in <...> the only dichotomy that practical reason cannot avoid and must face properly. This divergence divides the entire universe of practical reason in two: a cognitivist version and a non-cognitivist one <...>⁸. Starting from here everything, even its objects of study are disconnected:

<...> a non-cognitivist practical reason will turn its attention to the means and not the ends of human action. Thus, value judgments can be formulated referring only to means related to ends that are presumed but which, nevertheless, cannot be objectively cognized <...>. On the other hand, cognitivism affirms that also the choice of the ends is open to rational inquiry⁹.

*The Impact of the Debate about the Possibility of Knowledge
in the Realm of Law*

In the specific field of law, the distinction between cognitivism and non-cognitivism has important consequences in the way of describing, explaining and understanding the legal phenomenon. As a way to give a clearer view of the current discussion, the various positions on the subject will be classified into the four major groups that will be discussed below.

*a. Positivism and Its Attempt to Create a Legal Science According
to the Scientific Standards of Non-Cognitivism*

Exclusive legal positivists postulate a radical form of non-cognitivism, which assumes both of van Roojen's theses. For these, the strictest adherents to the positivist separation thesis, there are no values, and the judgments that refer to them are beliefs without any objective bedrock. On this basis, the most well-known exclusionary positivists have tried to build up a theory of law free of moral/political values. To do it, they designated the norm as the exclusive object of legal discourse and, at the same time, advocated for an exclusively formal type of discourse. From this perspective, any underlying values in this

⁷ 'Moral Cognitivism vs. Non-Cognitivism First' v Hegel W G F and Zalta E N, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010 <<http://dx.doi.org/10.1111/1467-9973.00225>> (accessed: 27.01.2021).

⁸ Viola Francesco, 'Ragione pratica e diritto naturale' (1993) 1 *Ragion Pratica* 63–4.

⁹ *Ibid.*

type of discourse give rise to a vast arbitrariness without any rational limits and whose results have no real or objective grounding.

Ricardo Guibourg is one of the contemporary authors who subscribes to a very coherent positivist position like the one I have just presented. As he explains it,

the frontiers of legal theory are determined by the definition of its object. If law is a normative system, legal theory will be limited to considerations about its structure, beginning in its logical basis, passing by its institutions and fundamental concepts, in the analysis of the mechanisms that determine the unity or plurality of systems, and ending in the creation and removal of standards as well as in the crucial phenomenon of jurisdiction and competence. But if the law is a value system, the legal theory will develop as an ethical theory, or at least as a moral proposal. And if the law is a state of affairs in the social sphere, legal theory will be a sociological theory or a political theory (the latter, particularly if the last two approaches are mingled)¹⁰.

Within this context, Guibourg declares: 'I am a declared subscriber of the first and most strict of such borders', and adds 'I ask perhaps, as the last will of a condemned man, to be allowed to explain this position'. Thereafter he affirms that

the law can be faced from any of these three points of view. In fact, it is addressed from the three, and it seems to be a very good thing that all three approaches coexist. But each one of them give rise to a different theory, closely connected to a different method. One is sociology as an empirical science; another is moral as a set of reflections that, no matter how much we share them (and this is not always the case), they are not subject to an ultimate verification procedure; and a very different thing is the study of law as law, which is a knowledge in constant construction and exercise by jurists¹¹.

Precisely in this last sentence it becomes evident that Guibourg's reasoning, and that of positivist authors like him, postulates a moral skepticism which hides a regress circularity that seems not to be justifiable whatsoever. It seems that the scope of legal science is reduced to what jurists do, and that this is verifiable according to modern practices on the basis of preferences which are intended to be rationally based in the fact that such is the way in which jurists 'construct and exercise' the law. The regress puzzle arises when we consider that the judgment according to which the cognitive reality is limited to the empirical facts is not itself empirically verifiable at all, and for that reason ends

¹¹ Francesco (n 8) 63–4.

up being an option based only on ideology¹² or, in some cases, even in prior moral decisions¹³.

b. The Critical Legal Studies and the Law as a Tool for Emancipation
Andrés Molina Ochoa defines CLS, as a

left-wing movement of legal thought originated in the late seventies and early eighties in some law faculties of the United States. More than a dogmatic school in which all participants adhere to a set of theses, CLS should be understood as a platform used by American law professors to spread their philosophical and political agenda, to transform the hierarchical structure of the law faculties in their country¹⁴.

Critical authors object Exclusive Positivism, and argue that the legal discourse is inevitably evaluative. They understand, however, that the values that underlie it are purely cultural products, without any reference to objects in reality, and sustain that these values are generally, although not necessary, perverse. From this perspective, the law is no more than a mechanism of domination from those in power to safeguard status quo and control over others, as well as to prevent the liberation of the oppressed. In that state of affairs, the task of legal theory would be to unmask this oppression and transform the legal system into a tool that generates social equality and a better distribution of goods. All this explains why they give such a great importance to legal teaching¹⁵.

Carlos Massini Correas refers to the American critics with the following words:

<...> the CLS borrowed from the American realists the idea that real law, i. e. the one applied by the courts of justice, is highly irrational, indeterminate and is only minimally dependent on the wording and structure of the legal system. As they see it, the road for solving legal disputes is found in other

¹² Pedro Serna, 'Sobre las respuestas al positivismo jurídico' (1997) 37 *Persona y Derecho* 296; Andrés Ollero, '¿Tiene razón el Derecho?' in *Entre método científico y voluntad política* (Congreso de los Diputados 1996) chp. I y II.

¹³ Cristóbal Orrego, *Hart, abogado del positivismo jurídico* (Eunsa 1997).

¹⁴ Andrés Molina Ochoa, 'Estudios críticos del Derecho' in *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol I* (UNAM 2015) 435–58, 435.

¹⁵ 'Crits are the product of a generation that grew with the revolutionary and emancipatory hopes of the 1960's but became skeptical of the transformative impact that certain legal institutions as human rights or the rule of law could have. The crits, moreover, constitute a generation of professors aware of both the transforming role of the academia in society, and of its role in the replication of the most oppressive forms of power. Therefore, the ground for battle of the members of the CLS is mainly academic. The idea is to change not only the bureaucratic structures that prevail in the universities, but to review and oppose to those disciplines of knowledge that contribute to perpetuate systems of domination. The crits, therefore, maintain confrontational relations with the schools of thought which have influenced them most. What is sought is not only to take advantage of the most useful of their theses, but to reject those elements of their theories that hinder the dynamics for the realization of the necessary societal change. Among the many and heterogeneous theories that crits have appropriated, perhaps the two most important are the American legal realism, and neo- and classical Marxism' (Molina Ochoa (n 14) 442).

non-legal elements, which are hidden and reside in psychology, political ideology or social status of the judges. However, what really distinguishes CLS with realists is that for the former this legally and rationally skeptical view about the facts of legal cases and about the meaning of legal norms is part of a comprehensive scheme under a hermeneutics of suspicion; in other words, what in a realist view appears to be just as the mere result of a naked cynical acceptance of the experience of the juridical life in the courts of justice, becomes for the CLS an integral explanation of the law in critical-skeptical and emancipatory terms¹⁶.

CLS formulates a strong and in-depth criticism against positivism¹⁷. Its analysis of juridical discourse makes it clear that the once acclaimed asepsis of non-legal values in the juridical science is not more than a naïve and never satisfied aspiration that hides pure irrational ideology or, what is worst, irreflexively assumed values. However, CLS argument doesn't go unscathed, since it also incurs in a reductivism that frustrates their attempt to provide the law with rationality. It is, in fact, a triple one: on the one hand, it affirms that all values in law are merely political, or, in a greater extent, social; on the other hand, it denies or, strongly undermines the possibility of a scientific approach to morality; and finally, it rejects the possibility of a connection between politics and morality. As a consequence of this, and as another type of reductivism it appears inevitable the idea that there is a right to violence. The latter is explained in terms of fundamental rights, in the sense that every “battle in the political arena” and all the “emancipation” process undertaken by the law has the essential task of the realization of democracy and the respect for human rights. Nonetheless, the problem is that neither democracy nor human rights are justified without recourse to superior, i.e. moral, reasons¹⁸, or, in a concept of human dignity with a solid foundation that permits its absolute and consistent respect¹⁹. All of this cannot be achieved if morality is reduced to an ideology or to a desire of domination.

¹⁶ Massini Correas Carlos Ignacio, ‘El cierre de la razón en el Derecho’ (2011) 64 *Persona y Derecho* 121–142, 125.

¹⁷ See, for example, Carlos María Cárcova, *Las teorías jurídicas post positivistas* (2nd ed, Abeledo Perrot) cap. 3. This author expresses in a different place that ‘vernacular positivists usually incur <...> in theoretical equivocations and rhetorical excesses, self-presenting themselves as the only ones that exhibit a complete and systematic thought, capable of being considered an “authentic” theory of law. Being necessary to refute this argument, it should be said that on the contrary, which facilitates the systematicity of this legal theory is its reductive and, therefore, insufficient character which only considers the legal phenomenon from a normative perspective, leaving “outside” and deeming irrelevant, its ethical, political, teleological dimensions, etc. A long time ago, such an equivocal conviction was put at jeopardy by the fine analysis of some of its most lucid representatives’ (Cárcova Carlos María, ‘Notas acerca de la teoría crítica del Derecho’ (2003) 38 *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico* 187–97, 187).

¹⁸ See Carlos S. Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho* (Ariel 1994).

¹⁹ Pedro Serna, ‘El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo’ en Serna P and Correas M and Ignacio C, *El derecho a la vida* (Eunsa 1998) 23–79.

c. Transpositivism: A Wager in Favor of a Possible, but Weak, Reason

Transpositivism embraces a weak cognitivism²⁰. In general terms, it accepts the first of van Roojen's thesis, but not the second. That is to say, they affirm that moral judgments refer to reality, specifically to values, but, at the same time, that this reality is merely a human construction, i. e. the product of a procedure or of a discourse. Therefore, such values cannot be true or false, but only procedurally correct or incorrect. In the specific realm of law, this attitude postulates that when a judge or a court has to resort to morality to clarify any indeterminations in the law she is guided by a justified and knowable morality. This morality is the same that also works as the criteria for evaluating the judicial decision at a posterior stage. As Atienza puts it:

<...> in moral philosophy there are competing proposals of normative ethical theories that sustain a moral objectivism (with different levels of intensity), and that could be apt to <...> provide a method to ascertain which is the correct morality. In my opinion, the most appropriate position is the so-called constructivism or moral proceduralism, as subscribed by Rawls, Habermas or Nino, which, incidentally, are substantially coincidental. All of these approaches maintain that the principles of a justified morality should be agreed by consensus of a number of agents according to some more or less idealized rules. Thus, the criteria for evaluating judicial reasoning refer, at some point, to a rational argumentation. On the flip side, it is important to note that defending such objectivist position on morality is not the same as defending moral absolutism. An objectivist would argue that though moral judgments tend to correctness, they are open to criticism and subject to rational discussion and, therefore, can be modified, i. e. there is no such a thing as absolute moral judgements. Also, the correctness in moral judgments is not at the same level of the truth in scientific judgments; in other words, moral objectivity is analogous, but not equivalent to scientific objectivity²¹.

Transpositivism face numerous objections, I will briefly refer two of them. First, it is said that it incurs in the proceduralist fallacy. Carlos I. Massini Correas puts it this way:

[the proceduralist fallacy] consists of trying to justify the conclusions of an argument by an exclusive resort to the argumentation procedure. This is problematic, considered that it is impossible to obtain a rationally justified substantive content in the side of the conclusion, without reference to a rationally justified substantive content in the side of the premises. Thus, if the content of the premises lacks foundation, then the content of the conclusions cannot be considered as true²².

²⁰ See Massini Correas Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho*, tomo I (Abeledo Perrot) 222–3.

²¹ Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Trotta S. A. 2013) 561–2.

²² Massini Correas Carlos Ignacio, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls* (UNAM 2004) 120.

A rather similar concern has been expressed by Arthur Kaufmann, for whom ‘it is not possible to obtain substantive contents solely based on a procedure or on formalities, or at least by counting solely on these. The circular nature of such demonstration is evident’²³. Similarly, Otfried Höffe²⁴ claims that constructivists incur in a “normativist fallacy”. In short, this means that each time a moral content appears as a result of the procedure, it is because the latter has ceased to be a mere procedure and at some point, has conceded strictly substantive evaluative premises, i.e. premises that address certain vision about the good²⁵.

A second objection is related to the moment of the decision. According to this vision, the process undertaken by the judge to clear out the gaps, indeterminations or opacities of the law will never lead to a correct response; at its most, it will reduce the dimness of these obscurities, but it won’t eliminate them completely. A proceduralist approach is unable to give a sound answer to this objection. Therefore, despite reducing a “strong” voluntarist view akin to Kelsen’s positivism, a weak but pervasive voluntarist indetermination is still present; in other words, in the final moment of the argumentation the obscurity persists and the decision turns out to be irrational, because the arguments used to sustain the decision elude a coherent and smooth transition from the supporting legal principles to the final content of the resolution²⁶.

d. Iusnaturalism Against the Challenge of Non-Cognitivism

The Natural Law Theory rejects the two main theses of non-cognitivism and, according to its theorists, it does so without incurring in the naturalistic fallacy, i.e. it doesn’t claim any such thing as “moral facts”. John Finnis, one of the most prominent authors of the New Natural Law Theory, is the one who has discussed these issues with more depth and impact in the recent decades. He and his followers aim to the rehabilitation of practical reason, that has been discarded as an object of study since modernity. Among the authors that follow Finnis in this intent we found Prof. Jacinto Valdés and his decalogue. In the following, we will try to show such a position may be considered as the definitive one in this debate.

Natural Law theorists admit: (i) that the good is not verifiable in the sense that moderns verify things (for example, in the sense used by Guibourg some paragraphs above); (ii) that there are no “moral facts”; and, (iii) that from nature considered as a set of describable and empirically verifiable data

²³ Arthur Kaufmann, ‘En torno al conocimiento científico del derecho’ (1994) 31 *Persona y Derecho* 19; Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad* (Temis 1992) 43.

²⁴ Otfried Höffe, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Alfa 1988) 127.

²⁵ See Juan Carlos Bayón, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Centro de Estudios Constitucionales 1991) 228.

²⁶ See José-Antonio Seoane, ‘Un código ideal y procedimental de la razón práctica: la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy’ in Bermúdez P S (coord), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas* (Comares 2005) 105–96.

(an “is”), one cannot derive moral propositions (an “ought”). Natural Law theorists argue that neither the Classical Natural Law Theory, nor the New Natural Law Theory have or have ever affirmed this kind of derivations of propositions from descriptions. On the contrary, it appears that in the debate between positivism and natural law theory, a kind of strawman fallacy has taken place, whereas, because of lack of rigor or perhaps, in some cases, due to lack of scruples, one part of the debate tends to tailor its opponent according to its own criticism²⁷.

For Finnis, practical reasoning has as its starting point a series of evident goods, which cannot be proven but only shown, which he calls “basic human goods”, “values” or simply “goods”. He lists seven goods: life, knowledge, play, aesthetic experience, sociability or friendship, practical reasonableness and religion²⁸, nonetheless, he acknowledges that the door is open for the deepening or broadening of this enumeration²⁹. He also explains that whoever tries to reject any of these basic human goods incurs in a performative contradiction.

Therefore, since at the starting point of the natural law stands a set of goods, and as according to the first principle of practical reasoning (or synderesis) “the good must be done and the evil must be avoided”, there is no logical leap from the “is” to the “ought”, or from the field of descriptions to the real of prescriptions, because the departure point of practical reason is always located in the latter.

The insistence of Finnis in the idea of the non-derivative nature of the human goods may be due to his education and teaching context that has always been strongly influenced by the analytical legal tradition. For this he has been strongly criticized and even accused of being excessively rationalist by other natural law theorists more related to the classical tradition of Aristoteles and Aquinas³⁰. Nonetheless, such critics fail to notice, as Massini Correas points out, that

Finnis’s fundamental position in this point has a epistemological and a non-ontological character <...> and therefore Finnis does not deny either of the following: (a) the existence of human nature; (b) the possibility to get to know the structure and main notes of this human nature; (c) that this human nature necessarily corresponds to the central dimensions of human flourishing (i. e., that life is a human good because the human person is a living being, that knowledge is a human good because the human person is a rational being, that sociability or friendship is a human good because the human person is constitutively social, and so on and so forth); and, (d) that any affirmations

²⁷ See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (2nd ed, OUP) 23–49.

²⁸ Ibid 85–95.

²⁹ Ibid 90–2.

³⁰ See, for example, the critics of R Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* (University of Notre Dame Press 1987), and F Di Blasi, *Dio e la legge naturale. Una rilettura di Tommaso d’Aquino* (Edizione ETS 1999) 17–51.

about the essential attributes of man are not suitable for dialectic argumentation and for the elucidation of the principles of the natural law³¹.

The Jurist and the “Cognitive Posture”

Prof. Valdés addresses his commandments to law professors. The vast majority of them are also attorneys or judges. His choice of the imperative “defends” in his seventh commandment insinuates that the defense of cognitivism consists of a moral obligation for his audience. In the following paragraphs, I will highlight why this mandate of defense is rightly justified.

A non-cognitivist jurist approaches legal norms from a very different perspective than a cognitivist. Although it may sound shocking, justice has little or nothing to do with the work of the non-cognitivist from his perspective. This means that laws can have whatever moral content, that their reasonableness and/or their justice value is defined by the legislator, and that most of the time there are no strict reasons that justify what is that the legislator did when passing a law. Maybe there are motives, but these are irrational and, thus, they are no true reasons. Getting to know these motives might be useful or even crucial in order to understand what the legislator meant when saying what she said but it is irrelevant towards the evaluation of the reasonableness/unreasonableness of her words, or of its correctness/wrongness. Any refusal to introduce any kind of evaluation to the material content of the law is usually justified by two theses: (i) first, the of lack of legislative power; (ii) and second, the impossibility of addressing the reasonableness of the motives that inspire legislation. The latter, which was mentioned above, suggests that any evaluation of reasonableness would introduce arbitrariness and would involve the imposition of one’s moral criteria and views of the world (which are all irrational) to others. According to the former, if the jurist is to evaluate the reasonableness of the motives of any legislation, by doing so she would exceed her judicial power, and thus, she would become in a way a legislator. There is still a third thesis, related to the previous ones, although, paradoxically moral: if every evaluations is always irrational, then trying to evaluate the legal reasoning of the judges or legislators on the basis of a particular idea of the good will always be an attempt of imposing one’s will to another person or group of persons, i.e. it constitutes an unjustified attempt of domination that the lawyer (jurist, attorney or judge) has an ethical duty to avoid.

A cognitivist jurist, on the other hand, upholds the possibility of getting to know the reasonableness of the aims that the legislator is seeking with the laws she enacts. This has two immediate consequences. The first is that discretion is not arbitrariness, because when the judge acts on a discretionary basis she has always the guidance of her reason. In other words, it is possible to show the

³¹ Massini Correias Carlos Ignacio, ‘Sobre bienes humanos, naturaleza humana y ley natural. Reflexiones a partir de las Ideas de Javier Hervada y John Finnis’ (2015) 71 *Persona y Derecho* 229–56, 243.

reasons she had when choosing one of the possible courses of action over the others in the process of solving indeterminacies and gaps in the law. The second consequence is that the judge may decide that the reasons that the legislator had when enacting a particular legislation are not strong enough and may decide to displace them by other more powerful reasons which were not considered or were considered irrelevant by the latter. For example, if those most powerful reasons had a constitutional impact, we would face a constitutional case, and the judge would have the obligation to declare the unconstitutionality of the challenged legal rule or to seek for a declaration of its unconstitutionality, depending on the role assigned to her by the constitution of a particular legal system.

A cognitivist jurist would tend to refute both theses of non-cognitivism as follows. Against the first thesis, she would argue that ruling in favor of the reasonableness of the law and of the acts of the legislature is not becoming a legislator. She would accept that a multitude of laws, which are inspired by weak reasons but that have no impact on fundamental rights or that lack any relevance of a constitutional nature, might not be struck down and should be obeyed, even if there are other better ways to achieve justice. However, when laws have a constitutional nature or have an impact on fundamental rights, her duty as a judge is to strike down the law. The latter does not convert her in a legislator, but strengthens her role as a constitutional judge, rather than a judge limited to review solely the legislation. Against the second thesis, a cognitivist would affirm that it is possible to know the reasonableness of the reasons that guided the legislator to enact a rule, and that any declaration of unreasonableness of the motives argued by the legislator in such enactment is not only not arbitrary, but it is the only way to avoid any arbitrariness at all.

After explaining all the above, I would add that a non-cognitivist judge has a serious risk of incurring in a certain type of professional hypocrisy that would consist in camouflaging the real reasons that led her to choose for the application of a norm instead of another, or to choose one method of interpretation over others, with empty formulas that have nothing to do with those real reasons. Frequently, cryptic formulas, cumbersome paragraphs, and a tortuous language constitute the apparatus used in this camouflaging procedure. Luigi Lombardi Vallauri several years ago referred to this way of proceeding as an “esoteric legal technicality”³². The real reasons that underlie the course of action and reasoning of the judge, I argue, remain hidden behind the veil of this technicality. Of course, acting in this way makes the law deeply undemocratic, because getting to know the real reasons the judges have for their decisions turns out to be extremely difficult and, because of the complicated

³² Luigi Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del Diritto* (CEDAM 1981). About this author, see Luigi Lombardi Vallauri (ed), *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri* (Wolters Kluwer-Cedam 2016).

language used in its argumentation, only other professional jurists are able to understand them.

Furthermore, a greater threat on the horizon of a non-cognitivist jurist is her irresponsibility. For Lombardi Vallauri, a non-cognitivist jurist calms her conscience by voluntarily ignoring the justice or reasonableness of the solutions to which she arrives with her decisions. For her, the problem of justice is exclusively a problem for the legislator to solve. This transfer of responsibility more often than not leads to the implantation of discouraged and skeptical judges, at first, and cynical, not much later.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Atienza M, *Curso de argumentación jurídica* (Trotta S. A. 2013) (in Spanish).
2. Bayón J C, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Centro de Estudios Constitucionales 1991) (in Spanish).
3. Bisogno G and Vázquez F, *Decálogo del Jurista Contemporáneo: memorias del pensamiento ius-filosófico de Jacinto Valdés Martínez* (Tirant lo Blanch 2019) (in Spanish).
4. Cárcova C M, *Las teorías jurídicas post positivistas* (2nd ed, Abeledo Perrot) (in Spanish).
5. Copleston F, *Historia de la Filosofía I. Grecia y Roma* (Ariel 2000–2004) (in Spanish).
6. Massini Correa C I, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls* (UNAM 2004) (in Spanish).
7. Massini Correa C I, *Filosofía del Derecho*, tomo I (Abeledo Perrot) (in Italian).
8. Di Blasi F, *Dio e la legge naturale. Una rilettura di Tommaso d'Aquino* (Edizione ETS 1999) (in Italian).
9. Finnis J, *Natural Law and Natural Rights* (2nd ed, OUP) (in English).
10. Gilson E, *Constantes philosophiques de l'être* (Vrin 1983) (in French).
11. Hartmann R S., *El conocimiento del bien. Crítica de la razón axiológica* (Fondo de Cultura Económica 1965) (in Spanish).
12. Hittinger R, *A Critique of the New Natural Law Theory* (University of Notre Dame Press 1987) (in English).
13. Höffe O, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Alfa 1988) (in Spanish).
14. Kaufmann A, *La filosofía del derecho en la posmodernidad* (Temis 1992) (in Spanish).
15. Lombardi V L, *Corso di Filosofia del Diritto* (CEDAM 1981) (in Italian).
16. Nino C S, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho* (Ariel 1994) (in Spanish).
17. Ollero A, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política* (Congreso de los Diputados 1996) (in Spanish).
18. Orrego C, *Hart, abogado del positivismo jurídico* (Eunsa 1997) (in Spanish).

Edited books

19. Greco J, 'La virtud, la suerte y el problema pirrónico' in Eraña Á and García C L and King P, *Teorías contemporáneas de la justificación epistémica. Volumen I: Teorías de la justificación en la epistemología analítica* (UNAM 2012) (in Spanish).
20. Luigi L V (ed), *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri* (Wolters Kluwer-Cedam 2016) (in Italian).

Juan Cianciardo

21. Seoane J-An, 'Un código ideal y procedimental de la razón práctica: la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy' in Bermúdez P S (coord), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas* (Comares 2005) (in Spanish).
22. Serna P, 'El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo' en Serna P and Correas M and Ignacio C, *El derecho a la vida* (Eunsa 1998) (in Spanish).

Encyclopedias

23. 'Moral Cognitivism vs. Non-Cognitivism First' in Hegel W G F and Zalta E N, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010 <<http://dx.doi.org/10.1111/1467-9973.00225>> (accessed: 27.01.2021) (in English).
24. Bett R, 'Pyrrho' in Zalta E N (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2018) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/pyrrho>> (accessed: 27.01.2021) (in English).
25. Molina O A, 'Estudios críticos del Derecho' in *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol I* (UNAM 2015) (in Spanish).

Journal articles

26. Cárcova C M, 'Notas acerca de la teoría crítica del Derecho' (2003) 38 *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico* 187–97, 187 (in Spanish).
27. Massini Correa C I, 'El cierre de la razón en el Derecho' (2011) 64 *Persona y Derecho* 121–142 (in Spanish).
28. Massini Correa C I, 'La interpretación jurídica como interpretación práctica' (2005) 52 *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos* 413–43, 416–7 (in Spanish).
29. Massini Correa C I, 'Sobre bienes humanos, naturaleza humana y ley natural. Reflexiones a partir de las Ideas de Javier Hervada y John Finnis' (2015) 71 *Persona y Derecho* 229–56, 243 (in Spanish).
30. Guibourg R and Atienza M, 'Entrevista a Ricardo Guibourg' (2003) 26 *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 12–4 (in Spanish).
31. Kaufmann A, 'En torno al conocimiento científico del derecho' (1994) 31 *Persona y Derecho*, 19 (in Spanish).
32. Serna P, 'Sobre las respuestas al positivismo jurídico' (1997) 37 *Persona y Derecho* 296 (in Spanish).
33. Viola F, 'Ragione pratica e diritto naturale' (1993) 1 *Ragion Pratica* 63–4 (in Italian).

Хуан Сіансіардо

“ЗАХИСТ” КОГНІТИВІЗМУ І ПРАВО

АНОТАЦІЯ. Стаття складається із трьох важливих частин: (i) огляд полеміки між когнітивізмом і некогнітивізмом; (ii) огляд різних теоретичних поглядів навколо цієї полеміки; (iii) оцінка впливу такої полеміки на теорію права та на те, як розуміється праця юриста. Кінцева мета полягає у тому, щоб продемонструвати (якщо дотримуватися послідовно) некогнітивізм може призвести лише до незрозумілості феномену права. Одночасно, і як наслідок останнього, буде виявлено, що навіть переконані прихильники некогнітивізму побічно або ненавмисно обґрунтовують свою юридичну теорію на когнітивістських положеннях. Автор додає, що захисник некогнітивізму має серйозний ризик спричинити певний тип професійного ли-

цемірства, яке полягало б у маскуванні справжніх причин, які змусили його вибрати для застосування одну норму замість іншої або надати перевагу одному з методів інтерпретації перед іншими, із порожніми формулами, які не мають нічого спільного з цими реальними причинами.

Як ми побачимо, юрист-некогнітивіст підходить до правових норм із зовсім іншої точки зору, ніж когнітивіст. Хоча це може здатися шокуючим, справедливість має мало або взагалі нічого спільного з роботою некогнітивіста із його точки зору. Це означає, що закони можуть мати будь-який моральний зміст, що обґрунтованість та/або цінність їхньої справедливості визначає законодавець, і що у більшості випадків немає чітких причин, які виправдовують те, що робив законодавець під час прийняття закону.

Ключові слова: когнітивізм; некогнітивізм; практичний розум; моральні судження; скептицизм.



Gerardo Javier Ulloa Bellorin

PhD candidate in Civil Law and Constitutional Legality
(University of Camerino, Italy)
Professor, 2015–2019
(University of Zulia, Venezuela)
gerard.ulloabellorin@unicam.it

УДК 340.12

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND NATURAL LAW: A CHALLENGE TO BE OVERCOME

ABSTRACT. Since the last century, computer science has not stopped growing, innovating and producing changes in society. Facing these changes, the legislator is called to create certain rules that can accompany computer science and, especially, artificial intelligence (AI) in its constant development, providing legal security to users, to the scientific and business community and, in general, to the whole society. The problem posed by artificial intelligence focuses on the fact that law will have to create institutions in order to regulate the “behavior” of these computer systems, which today have wide autonomy. Law, conceived to regulate the behavior of the human being, needs to make substantial changes in its interior.

This study aims to analyze this situation in the light of the theories that consider natural law as the foundation of law. For this purpose, in a first phase, artificial intelligence, its definition and characteristics were analyzed, as well as the legal areas where there is concern about the changes originated from the introduction of the AI. Then, general considerations about natural law, its definition, functions and importance are presented. Finally, observations were made about the advisability of considering natural law theories, in the search for solutions to questions presented in the legal field by the evolution of AI in society. This study is documentary-type, based on the consultation and consideration of different specialized texts on the subject. The special technique of direct observation was used to describe and analyze homogeneous characteristics of the phenomena studied, so it is classified as a descriptive study.

The study of AI allows us to observe the benefits it has given to society areas such as medicine, entertainment, public administration and even in the practice of law through systems that allow helping lawyers. Some of the problems analyzed are those related to civil liability, personal data protection, algorithm contracts and transhumanism. Some emblematic cases regarding the use of AI are presented, as the case of the citizenship granting to a robot endowed with AI, the consideration of the copyright of a work created through AI in China and the discovery of powerful drugs. It was also possible to determine that the legal problem of AI is in the degree of autonomy that these systems possess. The analysis of natural law allowed us to observe its influence on the creation of the current conception of law and its formative and critical function.

The doctrine, in the search for a solution to this problem, has proposed to use a dogmatic consistent with the theories that support contemporary law, without resorting

to unsustainable fictions. The proposal of a new legal status for autonomous artificial intelligence systems seems to be a viable solution. Theories of natural law could be useful to guide the formulation of legal precepts applicable to the subject of artificial intelligence; in addition, to provide deep and effective criticisms of the proposed solutions. These new rules must present a solution within the values and principles of the legal system, which respects its unity and maintains the main value of the person.

KEYWORDS: artificial intelligence; natural law; new technologies law; science and law.

Preliminary considerations

The impact of computer science development in the world has been revolutionary. Since the appearance of the first UNIVAC computer in 1946¹, computing sector has not stopped growing, innovating and producing changes in society.

Today, the spearhead of computer technology is the development of the so-called Artificial Intelligence (AI), which has been possible; thanks to software that mimics the decision-making process of the human mind² that has live computer circuits called biochips. Experts say that with the development of these new technologies, certain problems of legal, ethical and even psychological nature will arise³. In the legal field, problems arise due to the insufficiency of current laws to regulate all activities that have been influenced by artificial intelligence. Two elements should be considered: the rapid development of this technology, which covers several areas, such as medicine, commerce, entertainment, public administration, among others; and the novelty of the matter; the autonomy with which these systems work represents a new paradigm for law.

In 1942, the Russian science-fiction writer Isaac Asimov conceived the so-called “Three Laws of Robotics”, according to these: 1) a robot cannot harm a human being or, by inaction, cannot allow it to get hurt; 2) a robot must obey the orders given by humans unless such orders contravene the first rule; 3) a robot must protect itself as long as this protection does not contravene the first and second rules. For 75 years, these laws have inspired the principles in the development of robots⁴, but today, the legislator is called to create certain rules that can accompany robotics and, therefore, artificial intelligence along with its development, providing legal security to users, the scientific and business community, and in general, to the entire society.

The problem posed by artificial intelligence is centered on the fact that law will have to create institutions that regulate the “behavior” of these computer systems, which today have such autonomy to reach the level of reproducing. Law was conceived to regulate the behavior of the human being, so modifying its barriers is undoubtedly, a substantial change of its

¹ Ingrid Ileana Nicolau, ‘Human Rights and Artificial Intelligence’ (2019) 12 JL & Admin Sci 64.

² Nancy Blodgett, ‘Artificial Intelligence Comes of Age’ (1987) 73 ABA J 68.

³ Nicolau (n 1).

⁴ Ibid.

foundation. For this reason, the analysis of this situation with the theories of natural law is considered interesting and convenient. This study will analyze, in a first phase, Artificial Intelligence, its definition and characteristics, to later move on to the legal areas where there is concern about the changes caused by the introduction of AI. Next, general considerations about natural law, its definition, functions and importance will be presented. Finally, observations will be made on the advisability of the use of natural law theories, in the search for solutions to questions presented in the legal field by the evolution of AI in society.

Artificial Intelligence, a challenge to law

Intelligence is associated with the human's ability to adapt to new requirements, but in fact, the term intelligence designates a conglomerate of mental phenomena that are not susceptible to exact classification. In computing science, the term intelligence has been used to distinguish certain machines that have reached a certain degree of operational autonomy; this use is very far from the human connotation of intelligence⁵.

Intelligence is equivalent to thinking, so the digital system in order to be classified as intelligent in society, must think. It is also required that this thought resembles that of the human being. Therefore, it should be able to reproduce the brain processes. In that sense, the lack of a phylogenetic attribute called plasticity, typical of beings with a nervous system, was the first challenge to ensure that "machines" could handle human language. In 1955, Rosenblatt created a machine that worked on this principle. The system called "perceptron" learned to recognize shapes with degrees of variation⁶.

Nowadays, AI systems can perform many more activities: they can handle objects, recognize handwriting and faces with great precision, they can even recognize the emotional state of the human being, its language and even translate appropriately, recognize fingerprints, can detect obstacles, weather forecasts, medical diagnoses and have the ability to adapt quickly to extreme conditions. In addition, they evolve alone, analyzing data, gradually expanding their neural networks and improving their performance. As expected, they learn faster than humans; they have the ability to plan their ways of learning and structure data they obtain, which allows them to make decisions for themselves⁷.

This has led to redefining Artificial Intelligence, considering it a digital system that learns by itself, develops its own search and learning systems, can have its own language (without being understood by humans), develops its

⁵ Pedro Nel Rueda Garces, 'La Inteligencia no Humana de Indole Mecanica' (1986) 15 Revista Temas Socio-Jurídicos 97.

⁶ Ibid.

⁷ Nicolau (n 1).

own neural networks artificial, it can write its own programs and have decision power⁸.

AI experts are focused on making these systems fulfill six general tasks in the future: 1) solve problems; 2) explain the results; 3) learn from experience; 4) reprogram their knowledge; 5) break the rules when necessary; and 6) determine the relevance of knowledge. So far, AI systems are capable of fulfilling the first three tasks⁹.

Problems posed by Artificial Intelligence are typical of an emerging and almost totalizing phenomenon, which lead to the establishment of new legal tools that in the complexity of national systems provide adequate solutions to ensure technological needs. In order to accomplish this, two peculiarities should be considered: the first is that the novelty of AI resides predominantly in the evolution of its self-learning, and the second is that for legal interpretation, AI systems often underestimated or ignored, have a high responsiveness¹⁰.

Currently, the issues that concern legal doctrine in relation to AI focus on the responsibility that arises from legal acts, in which AI is immersed; besides the protection of personal data, the application of legal reasoning product of AI and transhumanism. There are suggestive cases that have accompanied the development of these issues, namely: the recognition of the right of citizenship to a robot and the recognition of the copyright to the work of an AI system.

The diffusion of systems equipped with artificial intelligence in contemporary reality allows the enunciation of a series of issues relevant to the discipline of civil responsibility¹¹. The peculiarity of the subject, according to the doctrine, focuses on the possibility that this responsibility may become autonomous, so the problem lies in the algorithm that regulates the system's self-learning process. In addition, the "author" of the algorithm may be a different subject from the one that incorporates it into an "intelligent" product or one of its components, and different in turn, from whom "trains" the system¹².

Regarding a novel argument such as this, it is considered appropriate that the formulations historically developed to make up civil liability are not abandoned, but rather serve as sustenance for the renewal of this matter¹³. In February 2017, the European Parliament ruled on the behavior's unpredictability of the new generation of robots, referring to the alleged insufficiency of the current legal framework that allows adequate protection in relation to the damage caused by such autonomous systems¹⁴.

⁸ Nicolau (n 1).

⁹ Ibid.

¹⁰ Ugo Ruffolo, 'Intelligenza artificiale e diritto – Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo' (2019) 7 *Giur. It.* 1657.

¹¹ Gustavo Tepedino and Rodrigo da Guia ilva, 'Challenges of Artificial Intelligence in Civil Liability Issues' (2019) 21 *Revista Brasileira Direito Civil* 61.

¹² Ruffolo (n 10).

¹³ Carlo Casonato, 'Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni' (2019) *March Diritto pubblico comparato ed europeo* 101.

¹⁴ Tepedino and da Guia ilva (n 11).

This unpredictability affects the definition of what exactly should be considered as a malfunction of the programming code, as it would create on the one hand the possibility of damage (based on the presumption of good faith), produced by a faulty autonomous system and damage caused by a non-defective autonomous system. In any case, the attribution of responsibility for damages must be granted to people, and not to robots, lacking legal personality¹⁵.

The doctrine has also identified as an essential problem the protection of the right to privacy, that is, the protection of personal data in the interaction with AI systems. Personal data is information directly related to the person, his or her personal, public or professional life, whether it is information about the physical identity, physical or digital address, medical or patrimonial information, among others¹⁶. The estimated amount of data to be generated by 2020 is 44 zettabytes worldwide, equivalent to 44 billion gigabytes. This figure can give us an idea of the amount of sensitive information that is produced daily and the exponential growth of the damage that can be caused by the incorrect collection of this data¹⁷. Precision medicine, for example, feeds on the possibility of treating and acquiring millions of clinical information data, in order to diagnose and possibly treat a disease quickly and accurately. In this case, the informed consent tool has proven ineffective, because the consent initially expressed by the patient may not have provided for the “use” made by the AI system¹⁸.

Artificial intelligence has developed as the branch of computer science that deals with the symbolic representation of knowledge. It exhibits those characteristics associated with human intelligence, especially reasoning and problem solving of particular interest. Artificial intelligence programs have encountered extreme difficulties in the legal reasoning process. There have been many attempts to explain and quantify this process. Law is not a closed system. It is about the behavior of people, institutions and their values. The challenge of AI is to build models that take into account people, institutions, behavior, moral and social values¹⁹.

Initially, computer science developed expert systems to address various areas of law, for example, in commercial, tax and retirement matters. Practice, since then, has shown that artificial intelligence systems are effective in handling complex situations, as in hostile negotiations and in solving cases, in which there are several conflicting laws. At that time, it was claimed that the purpose

¹⁵ Tepedino and da Guia ilva (n 11).

¹⁶ Nicolau (n 1).

¹⁷ Casonato (n 13).

¹⁸ Ibid.

¹⁹ E C Jr Lashbrooke, ‘Legal Reasoning and Artificial Intelligence’ (1988) 34 Loy L Rev 287.

of the system was not to solve the problem or replace the lawyer, but rather to help the lawyer analyze a case or make a decision²⁰.

The advantages of the algorithm have also been considered for its application in the administration of justice; some countries already have AI systems in this area. These systems could carry out investigations extremely quickly, helping to free up human time for more demanding tasks. However, the question that arises is whether an algorithm can have the effective capacity to carry out delicate and discretionary operations of legal interpretation²¹.

One of the objectives of computer science through artificial intelligence is to improve human capabilities²². Many people see biotechnology, medical sciences and genetic engineering along with artificial intelligence, the path to “human enhancement”; that is the improvement of physical and cognitive abilities of the individual, even overcoming the barriers of the human condition, and, why not mortality. Given this “transhumanism”, not only bio-techno-ethical dilemmas could arise, but also legal ones. Currently, there are already devices that decode neuronal activity by reading thought and transmitting impulses and commands to artificial devices, such as limb prostheses and bionic prostheses with mind control. It is likely that the development of these techniques will lead us to wonder about a new conception of the human body and its inviolability²³.

In recent years, the interaction between AI and society has increased; the examples come from different areas and from different societies. Thus, for example, in 2017, Saudi Arabia granted citizenship to a robot named Sophia. This is a human robot created by the Hanson Robotics company. Sophia embodies a unique combination of science, engineering and art transformed into the world’s first robot citizen, and the first robot innovation ambassador for the United Nations Development Program. Sophia is particularly helping to understand human-robot interactions and their possible service applications and entertainment²⁴.

Recently, a court in Shenzhen, Guangdong Province decided to provide copyright protection to a work generated by an artificial intelligence system. A financial article created by the robot Dreamwriter pertaining to Tencent Company was copied without authorization. The People’s Court of Shenzhen Nanshan District stated that the defendant Shanghai Yingxun Technology Company had infringed Tencent’s copyright, resulting in civil liability. The court considered that the work done by the robot Dreamwriter complied with a form of logical and reasonable expression and content, with some

²⁰ Blodgett (n 2).

²¹ Casonato (n 13).

²² Ibid.

²³ Ugo Ruffolo e Andrea Amidei, ‘Intelligenza artificiale e diritto – Intelligenza artificiale e diritti della persona: le frontiere del “transumanesimo”’ (2019) 7 *Giur. It.* 1657.

²⁴ ‘Sofia’ (*Hanson Robotics*) <<https://www.hansonrobotics.com/sophia>> (accessed: 01.03.2020).

originality. Until then, no other court in another part of the world had ruled in favor of the recognition of the copyright to the work created by an AI system. Copyright is traditionally recognized as the fruits of intellectual work, of the creative power of the human mind²⁵.

According to the doctrine, the AI paradigm has created two new figures of subjective law to which could be attributed a constitutional importance; these are: the right to know the nature of the interlocutor and the right to a human decision. The first refers to the right to knowing if you are dealing with a human subject or if on the contrary, you interact with an AI system. The second one consists of the right to be recipients of decisions that are the result of a process in which a human component is present²⁶.

Natural law, some general premises

The legislative changes raised by the AI go beyond a mere modification. Everything seems to indicate that technological advances will lead man to overcome some barriers, which had been created during history to give foundation to law as we know it today. In that sense, it is considered necessary to make some considerations about the theories they see in natural law, the foundation of contemporary positive law.

Historically, three approaches about the relationship between natural law and positive law have been developed. For the first one, natural law and positive law are two separate and different orders. This considers that natural law acts as an autonomous source of positive law. A second approach states that positive law and natural law are in strong contradiction. For this, natural law is an alternative, anti-establishment, potentially revolutionary source based on the law of resistance. The third approach seeks integration between positive law and natural law. Natural law is cataloged as a justification for positive law, and in this relationship a 'phenomenon of mutual understanding and incorporation is observed, in which a unitary and complex legal system of the entire legal phenomenon tends to be made'²⁷.

There are two functions that can be attributed to natural law: a creative function that guides the configuration or formulation of the legal precepts applicable to new social or economic conditions, and a critical function that provides the basis for examining intelligently and effectively previously established legal precepts²⁸. Cicero classified natural law as a guide of life and duties, which directs man towards his perfection. Instead, the Christian view of natural law considered it as commandments and prohibitions that told

²⁵ Li Yan, 'Court rules AI-written article has copyright' (*Ecns.cn*, 09.01.2020) <<http://www.ecns.cn/news/2020-01-09/detail-ifzsqcrm6562963.shtml>> (accessed: 01.03.2020).

²⁶ Casonato (n 13).

²⁷ Pietro Perlingieri, *Interpretazione e legalità costituzionale* (ESI 2012).

²⁸ Roscoe Pound, 'Natural Natural Law and Positive Natural Law' (1960) 5 Nat LF 70.

man how to act on earth, so as not to receive divine punishment²⁹. For this tendency, God has given man the power to discern between good and evil, and the freedom of choice that can lead to happiness or misery. Therefore, the duty of man consists of two things: first, to make constant efforts to determine what the will of God is; and secondly, obey that will³⁰.

Weber defined natural law as the independent norms of any positive law, and superior to it, whose dignity derives not from arbitrary regulations by the investiture of a legislator, but from the precision of its binding force³¹. Therefore, every human being is subject to natural law. Man, in so far as it is matter, is dominated by the laws that govern the cosmic order, laws that direct his development, and as a moral being, he is obliged to work to achieve his personal end; therefore, it is considered that man is justified to enjoy abilities, acts and services that allow him to reach his goal³².

The intimate link between natural law and positive law constitutes a derivation of the link between ethics and positive law, characterized by the circumstance that the primary values of the human person are found in natural law³³. As an effect of contrary theories, natural law has had to respond to two opposing accusations with each other. On the one hand, being ethical and not direct, and on the other, having its foundation in nature³⁴. Natural law evidences the existence of rules of behavior whose reason emerges from the nature of man and social life, which are imposed on the mind and which have a character of necessity, not physical, but moral³⁵.

Natural law is presented as that system of principles, which human reason has discovered to regulate human behavior in all its various relationships³⁶. This could lead us to have to specify who is considered to be human. It is not up to the law to define the human condition, for this the legal sciences use philosophy. This reveals to us that man is a person; that is, a complete individual entity, endowed with reason and owner of its actions, which is aware of a destiny to fulfill and which consists in the development of its nature³⁷.

The human being is a rational being, with a highly developed ability to respond to reasons, which is an important aspect of his nature³⁸. This ability includes the power to use standards to guide their own actions³⁹. But only intelligence and pure reasoning are not enough, all human faculties must

²⁹ Walter Berns, 'Foreword: Natural Law, Natural Rights' (1992) 61 U Cin L Rev 1.

³⁰ Joseph Story, 'Natural Law' (1988) 7 J Christian Jurisprudence 31.

³¹ Michel Coutu, 'Idée de Droit Naturel a la Lumière de la Sociologie Juridique de Max Weber, Le' (1988) 29 C de D 121.

³² Antoine Favre, 'Droit Naturel et Droit Positif' (1968) 21 REDI 443.

³³ Angelo Falzea, 'Nel Cinquantenario della Convenzione europea sui Diritti dell'uomo' (2000) 6 Riv. Dir. Civ. 10695.

³⁴ Francesco Viola, 'Diritto naturale italiano' (2002) 2 Nova et Vetera IV 33

³⁵ M Nast, 'Irréductible, Droit Naturel' (1920) 29 Annales Dr Com & Indus Français, Etranger & Int' 1 143.

³⁶ Story (n 30).

³⁷ Favre (n 32).

³⁸ John Gardner, 'Nearly Natural Law' (2007) 52 Am J Juris 1.

³⁹ Ibid.

be appealed, also considering feeling, belief, and intuition, among others. Since, the rules serve basically to frame social realities, organize them legally, indicating an orientation, their elaboration must be based mainly on the observation of social facts to identify the legal rules that best adapt to that specific society, without affecting the aspirations of conscience, feelings or postulates of reason⁴⁰.

Law is composed of a moral element, justice and an element that includes physical factors (geographical facts, economic conditions and others) and psychic factors (traditions, level of civilization, the nature of man, moral being). This factor represents all the material and historical conditions that constitute the social environment⁴¹.

Consequently, it is claimed that legality is not necessarily fair. Justice implies an evaluation that must be found according to a scale of worthy interests and values. These cannot fail to be reflected in the rules and principles and, therefore, in the legal culture present at a given time and place. As a result, justice is considered relative because it is historically conditioned⁴².

At this point, it is important to mention that the reference to man's nature has been the firm and vigorous basis on which the category of current human rights has been built⁴³.

Considerations about the impact of AI in law

In the last decades of the nineteenth century, legal doctrine argued about the need to impose positive law on equity and therefore, on natural law. We remember, for example, the speech of Professor Scialoja, in 1879, at the opening of the academic year of the University of Camerino, entitled "*Del diritto positivo e dell'equità*". Scialoja, who opposed equity, observed in relation to natural law that, above the positive laws, a natural and universal law is admitted. Since positive law is an accidental and imperfect expression, therefore, it must conform to natural law in order to be applied⁴⁴.

Today, the doctrinal discussion should focus more on legal rationing in order to not losing its foundation, its basis in natural law. It is true that we cannot go back, or stop moving forward in the technological field, because it is considered that this can cause a strong social impact, but it is necessary to find legal solutions that respect moral and legal principles that society has developed so far⁴⁵.

Undoubtedly, AI is one of the most important discoveries of human evolution, as it was electricity, fire or atomic energy. All risky discoveries that

⁴⁰ Nast (n 35).

⁴¹ Favre (n 32).

⁴² Pietro Perlingieri, 'Francesco Gentile e la Legalità costituzionale: Dalla diffidenza alla piena sintonia' (2014) II L'Ircocervo I.

⁴³ Falzea (n 33).

⁴⁴ Felice Mercogliano, *Saggi di diritto romano* (ESI 2018).

⁴⁵ Nicolau (n 1).

if used improperly can cause great damage. However, when used wisely, they have brought great benefits to humanity, improving the quality of life, even leading to the prolongation of life and its evolution⁴⁶. Recently, for example, a group of experts reported about the discovery of potent antibiotics through the use of AI. The artificial intelligence system was able to identify new and powerful antibiotics from a set of more than 100 million molecules. These antibiotics work against a wide range of bacteria, including tuberculosis and strains considered untreatable⁴⁷.

In the legal area, the contributions of the AI are also considerable, as we saw it has contributed to improving the work of lawyers through the analysis of complex laws, and today, it serves as an auxiliary to the judiciary system of some countries. However, as a science that studies society, artificial intelligence has created some problems from a theoretical point of view. Some of them were mentioned before such as the problem of civil liability, protection of personal data and transhumanism.

The effects of the AI can continue to be analyzed in other institutions of law, as in the case of the contract, where we talk about the “algorithmic contract”, in which the AI system not only has the capacity to perform the services contractually agreed, but it also to carry out automatically evaluations on the existence of conditions for execution, giving the AI system the ability to make negotiation decisions by itself, to enter into contracts and execute them, in some cases, negotiating with other machines⁴⁸. It is true that there is a plurality of ways to conclude the contract, and that many times interested parties can follow different itineraries from the proposal / acceptance duo⁴⁹. Nevertheless, the problem arises from the figure of the nature of the expressed contractual will. Blockchain technology, for example, has allowed the development of smart contracts, whose characteristic is automatic execution without having to be governed by man⁵⁰.

The challenge that legal systems achieve in the face of new artificial intelligence technologies is the need for new and specific rules. In this direction, on February 16, 2017, the European Parliament, through a Resolution, issued recommendations regarding civil law standards on robotics for the European Commission., in which the deficiencies of the current regulatory framework regarding contractual liability are stated, as the traditional rules become inapplicable⁵¹.

⁴⁶ Nicolau (n 1).

⁴⁷ Jo Marchant, ‘Powerful antibiotics discovered using AI’ (*Nature*, 20.02.2020) <<https://www.nature.com/articles/d41586-020-00018-3#ref-CR1>> (accessed: 01.03.2020).

⁴⁸ Francesco Di Giovanni, ‘Intelligenza artificiale e diritto – Attività contrattuale e intelligenza artificiale’ (2019) 7 *Giur. It.* 1657.

⁴⁹ Rocco Favale and Giovanni Varanese and Maria Paola Mantovani, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento* (Editoriale Scientifica 2019).

⁵⁰ Di Giovanni (n 48).

⁵¹ *Ibid.*

The doctrine, in the search for a solution to this problem, has proposed to use a dogmatic consistent with the theory of legal business and responsibility without having to elaborate once again unsustainable fictions. A new legal status is proposed for autonomous artificial intelligence systems, carefully adapted to the role they really perform. Their autonomous decisions have legal relevance, and are subject to responsibility. In that sense, the legal system should grant a limited legal subjectivity that allows AI systems to enter into contracts on behalf of others as representatives. Regarding liability, it is stated that they must be recognized as auxiliary with the capacity to act in accordance with contractual and extra-contractual liability, so that the machine's defective behavior, and not simply the company's behavior constitutes the violation of a duty that should be imputed to the company⁵².

Theories of natural law could be useful to guide the formulation of legal precepts applicable to the subject of artificial intelligence, in addition to being able to provide deep and effective criticisms of the proposed solutions⁵³.

In the creation of these new specific rules, artificial intelligence law must be considered that may accompany AI systems in their evolution, which may have much broader automation margins than they currently have⁵⁴. These new rules must present a solution within the values and principles of the legal system, which respects its unity and maintains the main value of the person⁵⁵.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Mercogliano F, *Saggi di diritto romano* (ESI 2018) (in Italian).
2. Perlingieri P, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (3rd ed, ESI 2017) (in Italian).
3. Perlingieri P, *Interpretazione e legalità costituzionale* (ESI 2012) (in Italian).
4. Rocco F and Varanese G and Paola M, Mantovani, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento* (Editoriale Scientifica 2019) (in Italian).
5. Teubner G, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* (Femia P dir, ESI 2019) (in Italian).

Journal articles

6. Berns W, 'Foreword: Natural Law, Natural Rights' (1992) 61 U Cin L Rev 1 (in English).
7. Blodgett N, 'Artificial Intelligence Comes of Age' (1987) 73 ABA J 68 (in English).
8. Casonato C, 'Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni' (2019) March Diritto pubblico comparato ed europeo 101 (in Italian).

⁵² Gunther Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* (Femia P directed, ESI 2019).

⁵³ Pound (n 28).

⁵⁴ Casonato (n 13).

⁵⁵ Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, (3rd ed, ESI 2017).

9. Coutu M, 'Idée de Droit Naturel a la Lumière de la Sociologie Juridique de Max Weber, Le' (1988) 29 C de D 121 (in French).
10. Falzea A, 'Nel Cinquantenario della Convenzione europea sui Diritti dell'uomo' (2000) 6 Riv. Dir. Civ. 10695 (in Italian).
11. Favre A, 'Droit Naturel et Droit Positif' (1968) 21 REDI 443 (in French).
12. Francesco Di G, 'Intelligenza artificiale e diritto – Attività contrattuale e intelligenza artificiale' (2019) 7 Giur. It. 1657 (in Italian).
13. Garces P Nel Rueda, 'La Inteligencia no Humana de Indole Mecanica' (1986) 15 Revista Temas Socio-Jurídicos 97 (in Spanish).
14. Gardner J, 'Nearly Natural Law' (2007) 52 Am J Juris 1 (in English).
15. Lashbrooke E C Jr, 'Legal Reasoning and Artificial Intelligence' [1988] 34 Loy L Rev 287 (in English).
16. Nast M, 'Irréductible, Droit Naturel' (1920) 29 Annales Dr Com & Indus Français, Etranger & Int' 1 143 (in French).
17. Nicolau I I, 'Human Rights and Artificial Intelligence' (2019) 12 JL & Admin Sci 64 (in English).
18. Perlingieri P, 'Francesco Gentile e la Legalità costituzionale: Dalla diffidenza alla piena sintonia' (2014) II L'Ircocervo 1 (in Italian).
19. Pound R, 'Natural Natural Law and Positive Natural Law' (1960) 5 Nat LF 70 (in English).
20. Ruffolo U e Amidei A, 'Intelligenza artificiale e diritto – Intelligenza artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"' (2019) 7 Giur. It. 1657 (in Italian).
21. Ruffolo U, 'Intelligenza artificiale e diritto – Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo' (2019) 7 Giur. It. 1657 (in Italian).
22. Story J, 'Natural Law' (1988) 7 J Christian Jurisprudence 31 (in English).
23. Tepedino G and Guia ilva Rodrigo da, 'Challenges of Artificial Intelligence in Civil Liability Issues' (2019) 21 Revista Brasileira Direito Civil 61 (in English).
24. Viola F, 'Diritto naturale italiano' (2002) 2 Nova et Vetera IV 33 (in Italian).

Websites

25. 'Sofia' (*Hanson Robotics*) <<https://www.hansonrobotics.com/sophia>> (accessed: 01.03.2020) (in English).
26. Marchant Jo, 'Powerful antibiotics discovered using AI' (*Nature*, 20.02.2020) <<https://www.nature.com/articles/d41586-020-00018-3#ref-CR1>> (accessed: 01.03.2020) (in English).
27. Li Y, 'Court rules AI-written article has copyright' (*SCNS*, 09.01.2020) <<http://www.ecns.cn/news/2020-01-09/detail-ifzsqcrm6562963.shtml>> (accessed: 01.03.2020) (in English).

Херардо Хав'єр Уллоа Белорін

ШТУЧНИЙ ІНТЕЛЕКТ І ПРИРОДНЕ ПРАВО: ВИКЛИК, ЯКИЙ НЕОБХІДНО ПОДОЛАТИ

АНОТАЦІЯ. Починаючи з минулого століття, інформатика не припиняє зростати, впроваджувати інновації та спричиняти зміни в суспільстві. Зіткнувшись із цими змінами, законодавець покликаний створити певні правила, які можуть супроводжувати інформатику та особливо штучний інтелект при їх постійному розвитку, забезпечуючи правову безпеку користувачам, науковому та діловому співтова-

риству та, загалом, усьому суспільству. Проблема, порушена штучним інтелектом, фокусується на тому, що праву доведеться створювати інституції для регулювання “поведінки” цих комп’ютерних систем, які сьогодні мають широку автономію. Право, задумане для регулювання поведінки людини, повинно внести суттєві зміни в свій внутрішній світ.

Мета стаття – проаналізувати цю ситуацію в світлі теорій, які розглядають природне право як основу права. Для цього на першому етапі було проаналізовано штучний інтелект, його визначення і характеристики, а також правові сфери, де існує занепокоєння щодо змін, які виникли внаслідок впровадження штучного інтелекту. Потім подаються загальні міркування щодо природного права, його визначення, функцій і значення. Нарешті, були зроблені зауваження щодо доцільності врахування теорій природного права у пошуках вирішення проблем, що виникають у правовому полі під впливом еволюції штучного інтелекту в суспільстві. Це дослідження є освітнім, заснованим на консультаціях і розгляді різних спеціалізованих текстів із цього питання. Спеціальний прийом безпосереднього спостереження застосовувався для опису та аналізу однорідних характеристик досліджуваних явищ, тому дослідження класифікується як описове.

Вивчення штучного інтелекту дає нам змогу спостерігати переваги, які він дав таким сферам суспільства, як медицина, розваги, державне управління і навіть у юридичній практиці завдяки системам, що спроможні допомагати юристам. Деякі з аналізованих проблем – це проблеми, пов’язані з цивільною відповідальністю,

захистом персональних даних, автоматизованими контрактами та трансгуманізмом. Представлені деякі символічні випадки використання штучного інтелекту: випадок надання громадянства роботів, наділеному штучним інтелектом, розгляд авторських прав на твір, створений за допомогою штучного інтелекту в Китаї та відкриття потужних наркотиків. Також можна було визначити, що юридична проблема штучного інтелекту полягає в ступені автономності, яким володіють ці системи. Аналіз природного права дав змогу помітити його вплив на створення сучасної концепції права та його творчу й критичну функції.

Доктрина, шукаючи вирішення цієї проблеми, запропонувала використовувати догматику, сумісну з теоріями, що підтримують сучасне право, не вдаючись до нестійких фікцій. Пропозиція нового правового статусу для автономних систем штучного інтелекту, як видається, є життєздатним рішенням. Теорії природного права можуть бути корисними для формулювання правових приписів, що застосовуються до штучного інтелекту; крім того, надати глибоку й ефективну критику пропонуваних рішень. Ці нові правила повинні представити рішення у межах цінностей і принципів правової системи, яка поважає свою єдність і зберігає основну цінність людини.

Ключові слова: штучний інтелект; природне право; право нових технологій; наука і право.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Сучасний стан осмислення сутності та значення доктрини природного права дають підстави для таких підсумовуючих висновків.

По-перше, найбільш поширені і впливові в сучасному світі філософсько-правові концепції – доктрину природного права, теорію юридичного позитивізму, соціологічну теорію права та їх численні варіанти – неможливо оцінювати на основі критеріїв, притаманних науці – “істинності – хибності”, “істини – омани”. На відміну від наукових концепцій, вони мають оцінюватися за критерієм взаємодоповнення надбаннями одна одної.

По-друге, незважаючи на те що доктрина природного права, як і інші концепції праворозуміння, не позбавлена вад, її здобутки перевершують вади. До здобутків доктрини природного права належать:

- орієнтація доктрини на пошук об’єктивної сутності права через звернення до його морально-етичних основ, що суттєво розширює і поглиблює зміст права, пов’язуючи його з нагромадженими протягом багатьох віків цінностями світової культури;

- людиноцентричність доктрини природного права: у центрі всіх варіантів перебуває людина, її гідність, невідчужувані права й свободи, які є невіддільною рисою людської природи. Вони слугують зв’язуючим фактором для держави, обмежують її, є суттєвою перешкодою для державного свавілля;

- протидія доктрини природного права надмірному формалізму й догматизму у праві. Згідно з нею першоджерелом права є не держава, а людина, її природні невідчужувані права й свободи та інші цінності людської культури;

- розрізнення понять “право” і “закон”, встановлення орієнтирів для пошуку критеріїв правового закону та “правопорушуючого законодавства”.

По-третє, ці та деякі інші здобутки доктрини природного права нині лежать в основі досягнень у сфері як правової теорії, зокрема таких її безсумнівних надбань, як теорія прав людини, концепції верховенства права й правової держави, так і юридичної практики. Переконливим підтвердженням цьому можуть бути численні рішення міжнародних судів, зокрема Європейського суду з прав людини, а також конституційних і верховних судів європейських та багатьох інших демократичних і правових держав сучасного світу (Микола Козюбра “Доктрина природного права: через історичні злети й падіння до визнання основою найважливіших досягнень сучасної правової теорії та практики”).

Теорія природного права являє собою одну з фундаментальних парадигм в осмисленні права. Конкуруючи із правовим позитивізмом, що тяжіє до розуміння права як владного встановлення, вона намагається вийти за межі такого встановлення, звертаючи увагу на його гуманістичний сенс, прагнення до свободи та справедливості. Зародившись у період

Античності як певна ідея, отримав духовну підтримку у Середньовіччі; вона здобула статус панівної теорії в епоху Просвітництва, інспіруючи кардинальні зміни у людському житті. Але навіть повне домінування юридичного позитивізму в ХІХ ст. не знищило її, а досвід ХХ ст. свідчить про неодноразове відродження природного права у нових умовах і з новими можливостями.

Причини такого стану лежать як у ступені повноти відображення природи права (як єдності реальних та ідеальних елементів), так і у певних соціокультурних підставах її історичної значущості – назрівання фундаментальних соціальних змін, що відчувається як певний досвід переживання несправедливості та необхідності реформ. Ця потреба у ціннісних і нормативних змінах активізує привабливість саме природно-правового підходу як методології обґрунтування цінностей та їх втілення у позитивне право, а також методологію критичного перегляду всіх проявів права як певної практики. Сьогодні практичне значення природно-правового розуміння не вичерпується її історичними досягненнями, а вимагає її доктринального розроблення як інструмента нормативно-ціннісних інтерпретації й для вирішення спорів у складних справах (СЕРГІЙ МАКСИМОВ “ТЕОРІЯ ПРИРОДНОГО ПРАВА: КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ І ДОКТРИНАЛЬНИЙ ВИМІРИ”).

Діалектика – це дослідження, яке спрямоване на подолання розбіжностей у думках із метою досягнення спільної істини про справедливість. Вона виходить із обміну точками зору між кількома людьми, що дає змогу відкидати односторонні позиції. Діалектика має скромні амбіції. Це не логіка абстрактних міркувань. Втілений у дискусіях, плід діалектики – загальне применшення значення природного закону випадковостей. Наш дух не може претендувати на те, щоб включити реальність у мережі всеохоплюючої логіки. Діалектика зосереджується на конкретних знаннях про природне право. Врешті-решт, суддя робить висновок діалектично. Він висловлює те, що здається правильним після розгляду всіх елементів, що є *iusdictio* римського права. Юридичні висновки, які б органи влади їх не робили, зрештою залишаються сумнівними. Народжені в діалектиці, вони залишаються у межах діалектики. Однак саме їх існування дає природне право, фрагментований вираз справедливості (STÉPHANE BAUZON “CLASSICAL NATURAL LAW, A METHODOLOGY FOR JUSTICE”).

Як відомо, останнім часом при обговоренні означеної проблеми почастишали спроби сконструювати так зване інтегральне праворозуміння, покликане подолати біполярність двох класичних його варіантів: так званих “природного” і “позитивістського”. У зв’язку з цим П. Рабінович у своїй статті зауважив, що у руслі таких спроб, як видається, визначальною має бути відповідь на ключове питання: яке явище *інтегрується* до складу (і саме якого) іншого явища. Він конструює таке інтегральне природне праворозуміння, яке називає, зокрема, “людинопотребним” (“людиноцентричним”). Зміст останнього автор, спираючись на соціально-матеріалістичний антропопотребний підхід, обґрунтовує

тим, що, на його думку, *правовість* (належність до права) тих чи інших явищ обумовлюється їхньою здатністю слугувати умовами або ж засобами задоволення людських потреб. А у процесі потребозадоволення якраз і відбувається *інтегрування* (включення, входження) певних властивостей реальних явищ в існування людських індивідів та їх груп. І тоді такі властивості, набувши правового характеру, занурюються, впроваджуються у саме існування людини, яке завдяки цьому поліпшується, оптимізується. При цьому задоволена потреба певної людини зникає (щонайменше тимчасово), але можливість слугувати задоволенню аналогічних потреб інших людей відповідним явищем залишається і надалі. І у цьому вбачається загальний, тобто нормативний, характер таких можливостей. У такий спосіб права людини як її певні можливості використовуються нею, стаючи необхідним, природним складником людського існування (Петро Рабінович “Універсальні стандарти людяності як концептуальні засади антропоцентричного праворозуміння”).

Сучасна філософія права характеризується кардинальною зміною складових свого дискурсу. Замість класичного протистояння природного та позитивного права простежується намагання знайти так званий “третій шлях” (А. Кауфманн) між ними, тобто вийти на такий рівень осмислення права, який би перебував “по той бік” класичної дискусії. Методологічним засобом до зазначеного переходу можна вважати постметафізичне праворозуміння. Його фундаментальним постулатом є те, що метафізичне правове розрізнення – суцього та належного – вже вичерпало себе. Сучасне метафізичне праворозуміння намагається вкоренити право у людському досвіді як конкретно-сингулярну втягненість людини у подію права. Право постає не в ролі континуального нормативного поля як належного, яке не може не існувати і тільки час від часу “порушується”, а як динамічне явище, яке повсякденно відтворюється у життєвій практиці індивідів і не існує поза межами цього. У розрізі сучасних постметафізичних правових уявлень природне право зберігається у сенсі позапозитивної альтернативи закону, проте докорінно змінює свій онтологічний статус, тобто спосіб свого буття (Олексій Стовба “Сучасне природне право та динамічне праворозуміння”).

Сучасна криза юснатуралізму є складовою загальної кризи нормативності, властивої сучасному постметафізичному мисленню. Ідеться про те, чи можлива постметафізична претензія на значущість, а отже, і постметафізичне право. Така постановка питання пояснює сучасне повернення від деонтологічних концепцій природного права, які намагаються обґрунтувати ідею належного поза зв'язком із буттям (людини), до онтологічних теорій, які локалізують природне право у бутті взагалі або бутті людини зокрема. Останні представлені низкою феноменологічних, екзистенціальних і герменевтичних концепцій, що постали у межах феноменології – масштабного філософського руху, що виник на початку ХХ ст. як прагнення переосмислити світ у термінах людського досвіду. Зокрема, феноменологічна герменевтика вбачає підстави права в самій

структурі людського досвіду як досвіду розуміння, можливого завдяки фундаментальній відкритості та визнанню Іншого як співавтора спільного сенсу. У такий спосіб герменевтичне осмислення природного права наново поєднує етику з онтологією і дає змогу побачити у правових інститутах не прояв волі суверена і не довільну конвенцію, а свідчення взаємного визнання людьми одне одного носіями безумовної цінності, що її ми позначаємо як людська гідність. У цьому сенсі герменевтична теорія природного права становить альтернативу як релятивізму правового позитивізму, так і догматизму деонтологічних версій юснатуралізму (Наталя Сатохіна “Вступ до герменевтичної теорії природного права”).

У світлі соціального натуралізму “природне право” – це закони соціальної природи, що визначають права й обов’язки людей у їх суспільному житті. Закони природного права мають відкриватися (пізнаватися) людьми і втілюватися у форму позитивного законодавства. З огляду на таке розуміння природного права, право як соціальний феномен визначається так: право – це закони природного права, втілені в позитивному законодавстві.

Слід підкреслити, що соціально-натуралістичне праворозуміння не заперечує жодним чином так зване “писане право”, тобто позитивне законодавство, а обґрунтовує те, що першоджерелом права є реально існуючі і діючі в суспільстві закони природного права, які люди мають відкривати (пізнавати) і втілювати їх у форму позитивного законодавства. Таким чином, закони природного права і позитивне законодавство – це два аспекти одного і того ж соціального феномену – права. Між ними немає антагонізму, а навпаки – взаємодоповнюваність. Роль позитивного законодавства полягає у тому, щоб забезпечити узгодженість життя людей із законами природного права (Олександр Костенко “Що таке природне право? Концепція природного права у світлі соціального натуралізму”).

Епістемологічний аспект спору між теорією природного права і юридичним позитивізмом полягає у зіставленні таких пізнавальних програм, як когнітивізм (до якого тяжіє природне право) та притаманний позитивізму некогнітивізм, а саме в: (i) огляді суперечок між когнітивізмом і некогнітивізмом; (ii) огляді різних теоретичних позицій навколо цієї суперечки; (iii) оцінці впливу такої суперечки в теорії права та в розумінні роботи юриста. Із цього випливає, що некогнітивізм може призвести лише до незрозумілості правового явища. Навіть дуже переконані прихильники некогнітивізму неявно або ненавмисно обґрунтовують свою юридичну теорію в припущеннях когнітивістського типу.

Юрист-когнітивіст підходить до правових норм із зовсім іншої точки зору, ніж некогнітивіст. Справедливість із його точки зору майже не має нічого спільного з роботою некогнітивіста. Це означає, що закони можуть мати будь-який моральний зміст, що їх обґрунтованість та/або цінність справедливості визначається законодавцем, і що в більшості випадків немає суворих причин, які виправдовують те, що робив зако-

нодавець, приймаючи закон (JUAN CIANCIARDO “A ‘DEFENSE’ OF COGNITIVISM AND THE LAW”).

Природне право може бути зручним у пропонуванні нормативних актів для нових ситуацій, які можуть виникнути в сучасному суспільстві. Одним із таких випадків є штучний інтелект – найважливіше відкриття в еволюції людини, яке може принести багато переваг спільноті. Правильне регулювання здатне зменшити імовірність ризиків або збитків, спричинених цим відкриттям. Використання природного права могло б направити пошук юридичних рішень, які б поважали визнані морально-правові принципи. Таким чином, природне право проектується як система принципів людського розуму, які могли б регулювати технологічну “поведінку” (GERARDO JAVIER ULLOA BELLORIN “ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND NATURAL LAW: A CHALLENGE TO BE OVERCOME”).

*За редакцією
координаторів актуальної теми
“ДОКТРИНА ПРИРОДНОГО ПРАВА”,
доктора юридичних наук, професора,
члена-кореспондента НАПрН України,
професора кафедри загальнотеоретичного правознавства
та публічного права
Національного університету “Киево-Могиллянська академія”,
судді Конституційного Суду України у відставці
Миколи КОЗЮБРИ*

*доктора юридичних наук, професора,
члена-кореспондента НАПрН України,
професора кафедри теорії і філософії права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
СЕРГІЯ МАКСИМОВА*

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ:
“ДОКТРИНА ПРИРОДНОГО ПРАВА”

1. Alexy R, *The Argument from Injustice. A Replay to Legal Positivism* (Oxford University Press 2002).
2. Duke G and George R P (eds), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (Cambridge University Press 2017).
3. Dworkin R, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977).
4. Finnis J, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 1980).
5. García A N and Silar M and Torralba J M (ed), *Natural Law: Historical, Systematic and Juridical Approaches* (Cambridge Scholars Publishing 2008).
6. George R P (ed), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Clarendon Press 1992).
7. George R P, *In Defense of Natural Law* (Oxford University Press 1999).
8. Manent P, *Natural Law and Human Rights: Toward a Recovery of Practical Reason* (University of Notre Dame Press 2020).
9. Pattaro E and Roversi C (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, t 2: Main Orientations and Topics, part 1: Natural Law Theory* (Springer 2016).
10. Ricœur P, *Le Juste* (Éditions Esprit 1995).
11. Weinreb L L, *Natural Law and Justice* (Harvard University Press 1987).
12. Алекси Р, *Понятіе и действительность права (ответ юридическому позитивизму)* (пер с нем, Инфотропик 2011).
13. Анісімова Г В, *Теоретичні засади розвитку екологічного законодавства в контексті природно-правової доктрини* (Право 2019).
14. Грищук О В та Попов Д І, *Застосування природного права при здійсненні судового угляду: філософсько-правові аспекти* (Хмельницький університет управління та права 2014).
15. Дворкін Р, *Серйозний погляд на права* (пер з англ, Основи 2000).
16. Кауфманн А, ‘Онтологическая структура права’ (2008) 1 Российский ежегодник теории права.
17. Козюбра М І, ‘Праворозуміння: поняття, типи та рівні’ (2010) 4 Право України.
18. Костенко О М, *У світлі соціального натуралізму (вибране)* (Паливода А В 2020).
19. Майхофер В, ‘Природне право як екзистенційне право’ (2019) 1 Філософія права і загальна теорія права.
20. Максимов С И, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Право 2002).
21. Максимов С І (голова редкол), *Велика українська юридична енциклопедія, т 2: Філософія права* (Право 2017).

22. Петришин О (заг ред), *Загальнотеоретична та історична юриспруденція, т 1: Правова доктрина України* (Право 2013).
23. Прокопов Д Є, *Розвиток теорії природного права у вітчизняній і російській правовій думці (середина ХІХ – початок ХХ століть)* (Логос 2011).
24. Рабінович П М, ‘Соціально-природна правова система суспільства (спроба загальнотеоретичної характеристики)’ (2012) 1–2 Право України.
25. Рабінович С П, *Природно-правові підходи в юридичному регулюванні* (Львівський державний університет внутрішніх справ 2010).
26. Рабінович С, *Юснатуралізм у філософії права* (Право 2013).
27. Радбрух Г, *Філософія права* (пер з нім, Тандем 2006).
28. Рікер П, *Право і справедливість* (пер з фр, Дух і Літера 2002).
29. Стовба А В (заг ред), *Неклассическая философия права: вопросы и ответы* (Проблемы философии права 2013).
30. Стовба О, *Право і час* (ТПГ 2016).
31. Фейнберг Дж та Коулмен Дж, *Філософія права* (пер з англ, Основи 2007).
32. Финнис Дж, *Естественное право и естественные права* (пер с англ, ИРИСЭН 2012).
33. Хеффе О, *Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства* (пер с нем, Гнозис Логос 1994).



Іван Ліщина

заступник Міністра юстиції України –
Уповноважений у справах
Європейського суду з прав людини,
заслужений юрист України
(Київ, Україна)
ivan.lishchina@gmail.com

УДК 341.64:347.23

ПОРУШЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЗАКОНОДАВЧИМИ АКТАМИ, ПРИЙНЯТИМИ В РАМКАХ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ. ПОГЛЯД ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

АНОТАЦІЯ. У статті вивчається розвиток практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ або Суд) стосовно скарг заявників на втручання держав у їхні права, передбачені ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Р1-1), через прийняття законів, якими вони позбавлялися майна, або якими встановлювалися обмеження щодо володіння, користування або розпорядження майном, або відбувалося втручання у господарську діяльність заявників.

Стаття досліджує розвиток і сучасний стан практики ЄСПЛ щодо порушення права власності через запровадження заходів, що, на думку держав, мають захищати загальний інтерес. Дослідження має на меті встановлення основних факторів, які ЄСПЛ бере до уваги при розгляді справ зазначеної категорії, аналіз таких рішень, ухвалених проти України, та вироблення пропозицій для запобігання ризику прийняття рішень, що можуть бути визнані ЄСПЛ такими, що порушують Р1-1 у майбутньому.

Сьогодні ЄСПЛ ухвалив тільки два рішення щодо порушення Україною Р1-1 через прийняття законодавчих актів, які непропорційним чином втручаються у право власності. Загальна сума витрат, пов'язана з такими рішеннями – близько 0,5 млн євро – є відносно невеликою, порівняно з потенційними сумами сатисфакції, які ЄСПЛ міг би присудити в цих справах. Але ризик виникнення нових рішень ЄСПЛ проти України у цій категорії справ залишатиметься високим доти, доки в процедурі законотворчої діяльності існує прогалина в оцінці ризиків порушення відповідною політикою майнових прав приватних осіб. З огляду на це вважаємо за необхідне запропонувати значно підсилити експертний аналіз законопроектів саме з точки зору можливих порушень майнових прав приватних осіб у разі прийняття того чи іншого законопроекту. Такий аналіз має включати як суто правову оцінку запропо-

нованого заходу крізь призму ст. 41 Конституції України, Р1-1 та відповідних угод про взаємний захист інвестицій, так і фінансово-економічну оцінку, зокрема потенційних витрат держави на виплати за рішеннями ЄСПЛ і міжнародних інвестиційних арбітражів.

Ключові слова: стаття 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; мирне володіння майном; контроль за користуванням майном; компенсація; регулювання бізнесу.

Ця стаття є завершальною в циклі статей щодо порушення Україною ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Р1-1 та Конвенція відповідно)¹.

У ній вивчається розвиток практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ або Суд) стосовно скарг заявників на втручання держав у їхні права, передбачені Р1-1, через прийняття законів, якими вони позбавлялися майна, або якими встановлювалися обмеження щодо володіння, користування або розпорядження майном, або відбувалося втручання у господарську діяльність заявників².

Зокрема, стаття вивчає: обставини підготовки та прийняття тексту Р1-1, який значним чином і свідомо обмежує контроль ЄСПЛ за соціально-економічною політикою держав; розвиток практики Суду, яка поступово, обережними кроками, розширювала розуміння права власності та, відповідно, захист приватних осіб від необґрунтованого втручання з боку держави в їхнє мирне володіння майном через прийняття законодавчих актів; переломлення практики ЄСПЛ у цій сфері щодо України.

У тексті посилання на рішення ЄСПЛ робиться у формі, яку використовує сам Суд. Після того як рішення згадано в статті перший раз, воно в подальшому описується одним іменем заявника виділеним курсивом. Якщо після цитати ЄСПЛ зазначаються пункти рішення, мається на увазі останнє згадане рішення перед відповідною цитатою.

¹ Попередні статті циклу див.: І Ліщина, 'Скасування державою права власності: погляд Європейського суду з прав людини' (2017) 3 Вісник Національної академії прокуратури України 5–11; І Ліщина, 'Скасування остаточних судових рішень як порушення права власності у практиці Європейського суду з прав людини та сучасний стан проблеми в українському судочинстві' (2019) 11 Право України 256–71; І Ліщина, 'Проблема невиконання судових рішень як порушення права власності у практиці Європейського суду з прав людини. Український аспект. Від Hognsby до Ivanov' (2020) 3 Право України 233–55; І Ліщина, 'Проблема невиконання судових рішень як порушення права власності у практиці Європейського суду з прав людини. Український аспект. Від Ivanov до Burmych' (2020) 4 Право України 189–215; І Ліщина, 'Втручання у право власності фіскальними заходами. Підходи та практика Європейського суду з прав людини (продовження статті у наступному номері журналу)' (2020) 5 Право України 207–34; І Ліщина, 'Втручання у право власності фіскальними заходами. Підходи та практика Європейського суду з прав людини (продовження статті, опублікованої у № 5/2020)' (2020) 6 Право України 210–33.

² Стаття не розглядатиме загальних заходів у межах фіскальної політики та такі, що забороняють чи ускладнюють виконання судових рішень, які були достатньо висвітлені в попередніх статтях циклу.

Оригінальний текст ст. 1 Першого протоколу

Якщо подивитися на текст Р1-1, то перше, що впадає в очі, це низка відмінностей з іншими статтями Конвенції³.

По-перше, ця стаття міститься не в основному тексті Конвенції, а в Першому протоколі до нього, незважаючи на те що ще в першому проєкті того, що згодом стане Конвенцією, який було підготовлено Міжнародною юридичною секцією Європейського руху у 1949 р., було передбачено “свободу від безпідставного позбавлення власності”.

По-друге, у тексті відсутнє посилання на справедливий баланс інтересів між приватною особою, в чії права втручається держава, та загальними інтересами. Всі права зосереджені в першому абзаці, перше речення якого передбачає загальну декларативну норму, а друге забороняє позбавлення майна, якщо воно не має мети захисту інтересів суспільства та є незаконним і... все. В інших статтях після законної мети та законності заходу йде справедливий баланс.

Наприклад, у ст. 8 Конвенції після викладення самого права в першому абзаці йде другий абзац: *‘органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання <...> є необхідним у демократичному суспільстві <...>’*. Ось це “є необхідним в демократичному суспільстві” й встановлює необхідність балансу інтересів між особою, чие право захищається, та суспільством, яке представляє держава. Нічого подібного, як ми бачимо, в Р1-1 немає.

По-третє, в жодній іншій статті Конвенції немає такого жорсткого обмеження повноважень Суду щодо розгляду скарг на порушення відповідного права, які містяться в абзаці другому Р1-1 *‘попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне щоб здійснювати контроль за користуванням майном’*. Жодна інша стаття не встановлює такої “індульгенції” державі регулювати право як їй заманеться, як регулювання (“контроль” – це запозичення з англійського тексту Конвенції, у французькому варіанті використовується слово “*réglementer*”, тобто “регулювання”, яке очевидно ближче українській правовій культурі) користуванням майном. Інакше кажучи, якщо захід не позбавляє особу майна, то держава не обмежена у своєму втручанні у право власності у форму регулювання.

Виділяють дві теорії права власності як публічно-правового права, тобто як захисту від втручання держави: ліберальну та соціал-демократичну. Ліберальна виходить із того, що володіння власністю є природним правом людини, обмежене тільки правами інших. Втручання держави в приватну власність є виключенням, можливим в обмеженому переліку випадків та має супроводжуватися компенсацією ринкової вар-

³ Див.: Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20 березня 1952 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text> (дата звернення: 21.01.2021).

тості майна, яке було відібрано⁴ в особи. Будь-яке обмеження свободи користуватися, володіти або розпоряджатися майном, зокрема обмеження законної господарської діяльності, становить втручання у природні права особи, яке вимагає відповідних підстав і компенсації.

Для соціал-демократа втручання держави у власність є нормою в рамках державної політики, направленої на досягнення соціально важливих цілей. При цьому право на компенсацію є близьким до інших соціально-економічних прав, таких як право на пенсію. Тобто розмір компенсації має бути достатнім для задоволення побутових потреб людини, але не повинен бути надмірним. Розмір компенсації визначається багатьма факторами (важливість публічного інтересу, наявність у держави коштів, необхідність залучення приватних інвестицій тощо), але в будь-якому разі буде нижчим за ринкову вартість. Зокрема, при цьому підході вважається несправедливим, якщо власник при експропріації нерухомості може отримати від громади вартість, додану до вартості майна зусиллями самої громади, наприклад щодо розвитку прилеглої території (ремонт шляхів, утворення парків тощо) або отриману в результаті спекулятивного зростання ціни чи інших суб'єктивних факторів⁵. Обмеження права власності, що не досягають рівня експропріації, є частиною нормальної діяльності держави та не потребують будь-якої компенсації.

Відразу після закінчення Другої світової війни в більшості держав, які згодом сформуєть першу Раду Європи, до влади приходять соціал-демократичні партії, які починають впроваджувати програми з перебудови своїх країн, які включають націоналізацію майна за, як правило, компенсацію власникам нижче ринкової. Наприклад, у Великій Британії Закон 1947 р. про міське та сільське планування передбачав, що відшкодування за експропрійоване майно розраховується як “вартість користування” (яка була нижчою за ринкову) на момент прийняття цього закону⁶. Інакше кажучи, компенсація не брала до уваги зростання ринкової ціни, що відбулося після прийняття закону.

Тому на момент початку розроблення Конвенції, соціально-демократичне розуміння власності мало неабиякий вплив на учасників її проектування. Зокрема, розглядаючи питання включення права власності в Конвенцію, деякі делегати зазначали, що ‘немає причини розрізняти між правом володіти майном та іншими соціальними та економічними правами, і тому було б краще виключити його з гарантій [Конвенції],

⁴ Тут і далі слова “експропріація”, “позбавлення майна” та “відібрання майна” використовуються як взаємозамінні. Якщо існує якась різниця між ними, вона не є важливою для цілей цієї статті.

⁵ Tom Allen, ‘Liberalism, social democracy and the value of property under the European Convention on Human Rights’ [2010] 59 (4) International and comparative law quarterly 1056–60.

⁶ Ibid 1061.

Іван Ліщина

бо вони в принципі не покривають такі права⁷. Інші, навіть більш відверто, зазначали, що

неможливо надати будь-якій міжнародній організації права захищати право володіти власністю, тому що буде неможливо надати такій організації можливість оцінювати законність стягнень та обмежень різних видів, які, відповідно до економічних або соціальних умов кожної країни, можуть застосовуватись до приватної власності, у зв'язку з її соціальною функцією або для загального використання⁸.

Утім, більшість делегатів вважали, що, зважаючи на 'важливість, яку відіграє власність у забезпеченні незалежності особи та родини', це право необхідно включити в Конвенцію⁹.

Але спори щодо формулювання права власності не дали можливості включити його в оригінальний текст Конвенції. Зокрема, представник Ірландського уряду Ш. МакБрайд вказав на те, що право власності мало бути включеним до Конвенції. Однак, розуміючи необхідність швидкого прийняття Конвенції в цілому, він був готовий голосувати за неї в тому вигляді, в якому вона була підготовлена Конференцією, але за умови, що підготовка доповнень до неї, які будуть включати право власності, розпочнеться негайно після її прийняття¹⁰.

Незважаючи на численні спроби делегатів вписати в текст Р1-1 принцип компенсації, представники лейбористського уряду Великої Британії не погодилися на жоден із цих варіантів¹¹. Як зазначено в коментарі Генерального Секретаріату від 18 вересня 1951 р. до проєкту Р1-1, який згодом буде прийнятий без змін,

було багато обговорень чи має він [текст] встановлювати, що 'ніхто не може бути позбавлений майна окрім <...> за умови компенсації'. Більшість урядів якийсь час підтримували таке положення. Інші уряди, однак, не могли його прийняти, вважаючи, що не можна буде сформулювати цей принцип таким чином, щоб його можна було застосовувати до різноманітних випадків, які можуть виникнути, і вони не могли визнати, що рішення, прийняті з цього приводу компетентними національними органами, можуть переглядатись міжнародним органом¹².

⁷ Travaux Préparatoires to the Convention. Article 1 of Protocol 1 CDH (76) 36. P. 4.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ W A Schabas, 'Ireland, European Convention on Human Rights and Personal Contribution of Sean McBride' in *Human Rights, Democracy and Transition: Essays in Honour of Stephen Livingstone* (Oxford University Press 2006) 291.

¹¹ Travaux Préparatoires to the Convention. Article 1 of Protocol 1 (n 7) 131.

¹² Ibid 157.

Тому кінцевий варіант тексту відтворює саме соціал-демократичне розуміння права власності, залишаючи ЄСПЛ повноваження переглядати тільки наявність публічного інтересу й законність позбавлення майна та прямо забороняючи будь-який перегляд заходів регулювання власності. Як зазначає Т. Аллен, єдиним помітним елементом лібералізму в Р1-1 є тільки сам факт її прийняття¹³.

*Формування Судом сучасного тлумачення
права на мирне володіння майном*

Маючи такі значні обмеження своїх повноважень щодо права власності, ЄСПЛ до кінця 1970-х років не розглянув жодної справи щодо Р1-1 по суті. Вперше він розглянув це питання по суті в рішенні 1978 р. у справі *Handyside v. the United Kingdom*¹⁴. Вона стала першою та останньою, в якій ЄСПЛ застосував Р1-1 у його прямому текстуальному значенні.

Справа стосувалася конфіскації та знищення друкованої продукції, яка, як вважали органи влади, мала непристойний вміст. ЄСПЛ встановив порушення ст. 10 Конвенції (“Право на свободу слова”), але не Р1-1. Суд встановив, що конфіскація та знищення майна відбулося у межах кримінального процесу, тому застосуванню підлягає не перший, а другий абзац Р1-1 (тезис, з яким імовірніше за все погодився б і сучасний ЄСПЛ). Далі ЄСПЛ пише: ‘<...> на відміну від п. 2 ст. 10 Конвенції цей абзац встановлює, що Держави-Учасниці є єдиними суддями наявності “необхідності” втручання. Відповідно, Суд має обмежити себе перевіркою законності та мети обмеження’ (п. 62). Встановивши факт законності заходу та наявності законної мети, Суд зупинився у своєму аналізі та не визнав порушення Конвенції.

Цікаво, що рішення про відсутність порушення Р1-1 Суд ухвалив одностайно, але суддя М. Зейка написав особливу думку, в якій зазначив, що погоджується із загальним висновком по Р1-1, але вважає, що застосуванню підлягає перший, а не другий абзац Р1-1. У подальшій практиці Суд продовжив розглядати конфіскацію у межах кримінального процесу як елемент контролю за власністю по другому абзацу Р1-1¹⁵, тому в цій частині суддя, напевно, не мав рації. Але він слушно зазначив, що вправа, яку виконав Суд, встановлюючи законність заходу та наявність законної мети, притаманна у тексті Р1-1 саме першому, а не другому абзацу. Тобто, якщо чітко слідувати тексту Р1-1, Суд мав взагалі зупинитися на реченні про державу як єдиного суддю необхідності заходів за п. 2 Р1-1.

Як би там не було, якщо б Суд залишився на цій позиції й у подальшому, Р1-1, напевно, чекала б доля ст. 2 Р1-1 (“Право на освіту”) щодо

¹³ Allen (n 5) 1064.

¹⁴ *Handyside v. the United Kingdom* 7 December 1976, Series A no. 24.

¹⁵ Див., наприклад: *AGOSI v. the United Kingdom*, judgment of 24 October 1986, Series A no. 108, § 51.

якої за всі роки існування ЄСПЛ він ухвалив рішення про порушення у 23 справах і практично в усіх у зв'язці зі ст. 14 (“Заборона дискримінації”).

Але у 1982 р., лише через чотири роки після *Handyside*, Суд у справі *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* повністю змінює парадигму розуміння Р1-1. Це рішення слушно називають справжньою революцією у сфері захисту права власності¹⁶.

Справа стосувалася дозволу муніципального органу на експропріацію земельних ділянок і будинків на них, що належали заявникам. Цей дозвіл прямо не обмежував прав заявників щодо їхнього майна, але значно знижував його ринкову вартість. Також до обох ділянок застосували “заборону будівництва”. Обидва заявники звернулися по часткову зміну заборони з метою поліпшити свої будинки. Ці заяви були задоволені. Загалом дозвіл та заборона застосовувалися до ділянки першого заявника 24 та 22 роки відповідно, а до ділянки другого заявника – 8 та 20 років відповідно.

Розглядаючи цю справу, Суд заклав дві важливих позиції. По-перше, у п. 61 рішення він встановив, що ст. 1 Р1-1

включає три чітких норми. Перша, яка є загальною за своїм характером, стверджує принцип безперешкодного користування власністю; він виражений у першій фразі першого абзацу. Друга норма стосується позбавлення майна та встановлює для цього низку умов; вона є наведеною у другій фразі того ж абзацу. Третя норма визнає за державами-учасницями право контролювати використання власності відповідно до інтересів суспільства, приймаючи такі закони, які вони вважають за необхідне задля цієї мети; ця норма міститься у другому абзаці¹⁷.

Отже, замість одного правила та одного виключення Суд побачив у Р1-1 три “правила”, точніше форми (або ступеня) втручання у право власності, кожен із яких (а не тільки позбавлення – правило друге) підлягає нагляду з боку ЄСПЛ.

По-друге, ЄСПЛ встановив у п. 66 рішення застосовність принципу балансу інтересів між вимогами загального інтересу громади та необхідністю захищати фундаментальні права особи від втручання у мирне володіння майном. Аргументація Суду щодо цього висновку є дуже короткою і міститься в одному реченні: “пошук цього балансу притаманний Конвенції в цілому та відображений у структурі” Р1-1. Щодо першого твердження, то воно є дуже спірним: Преамбула Конвенції не містить посилай на будь-який баланс і в її складі є низка статей, щодо яких баланс не допускається, наприклад, ст. 3 Конвенції (“Захист від катувань”) або ст. 2 Р1-1 (“Право на освіту”). Щодо другого твердження, то незрозуміло,

¹⁶ J-P Marguenaud, *La Cour européenne des Droits de l'Homme* (Daloz 2005) 118.

¹⁷ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, § 61.

де саме в структурі P1-1 ЄСПЛ побачив принцип пропорційності, зважаючи на те, що стаття навмисно не містить посилань на нього.

Цікаво, що у складі Суду, який ухвалив рішення у *Sporrong* п'ятеро з дев'ятнадцяти суддів ухвалювали рішення у справі *Handyside*, в якій, нагадаю, рішення про відсутність порушення P1-1 приймалося одностайно. Тому вкрай маловірогідно, що вони могли забути про своє рішення, прийняте всього на чотири роки раніше. Однак рішення *Sporrong* взагалі не посилається на *Handyside*. Замість цього Суд веде себе так, нібито розповсюдження його контролю на абзац другий P1-1 (регулювання майна) або наявність вимоги пропорційності в P1-1 є самоочевидними фактами. Вочевидь, у якийсь момент у середині ЄСПЛ було прийнято рішення надати праву власності ефективного захисту, незважаючи на прямі приписи у тексті P1-1.

Утім, *Sporrong and Lönnroth*, хоч і переробляє значним чином положення P1-1, не зачіпає загальних заходів у межах соціальної й економічної політики, чого найбільше побоювалися делегати при розробленні тексту P1-1. Але вже в наступному рішенні у справі *James and Others v. the United Kingdom*¹⁸ ЄСПЛ зробить саме це.

У справі *James* Суд розглянув заяву колишніх власників нерухомості, які були зобов'язані продати своє майно довгостроковим орендарям на підставі спеціального закону, прийнятого Парламентом. При цьому при розрахунку ціни такого продажу законом було виключено ціну будівель. Таким чином, власники отримували ціну ділянки без домівок, які були на них збудовані. Пояснювалося це тим, що власники не мали “морального права” отримати ціну будівель, бо за умовами оренди, орендарі або їхні пращури збудували ці будинки або підтримували їх своїм коштом у відповідному стані і таким чином вже виплатити власникам їхню ціну¹⁹.

У цьому рішенні Суд повністю знімає обмеження на його повноваження, встановлені в оригінальному тексті P1-1. Він відтворює в § 37 позицію з *Sporrong* щодо трьох правил та кваліфікує дії держави як “позбавлення” у розумінні “другого правила” або другого речення першого абзацу P1-1 (незважаючи на те що держава в цій схемі майна не отримувала). Також Суд підтримує в § 50 застосування до права власності принципу пропорційності. Причому в обґрунтування цього він посилається на своє рішення у справі *Ashingdane*, яке взагалі не стосувалося права власності.

Іронія цього посилання полягає у тому, що § 57 *Ashingdane*, на який посилається *James*, вводить принцип пропорційності у ч. 6 Конвенції²⁰, яка взагалі цього принципу не містить. Але обмежує дію цього принципу правом на доступ до суду, яке також не передбачено в ст. 6 і було

¹⁸ *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, Series A no. 98.

¹⁹ *Ibid* § 20–26.

²⁰ *Ashingdane v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 57, Series A no. 93.

додано до права на справедливий суд практикою ЄСПЛ у рішенні *Goldier v. the United Kingdom*²¹.

Можливо, що ЄСПЛ цим посиланням натякав на широту своїх повноважень у тлумаченні Конвенції, включаючи розширення дії статей Конвенції на права, які прямо в ній не передбачені, та застосування принципу пропорційності навіть там, де Конвенція на нього не посилається. Однак цікавим є те, що в *Ashingdane* принцип пропорційності застосовано для обмеження права на доступ до суду (“право на доступ до суду не є абсолютним”), а в *James*, навпаки, розширює право власності ширше за критерії законності та законної мети, які передбачені в Р1-1.

Проте Суд на цьому не зупиняється. Параграф 54 *James* заслуговує на те, щоб бути процитованим повністю:

Перше питання, яке виникає, це чи доступність і розмір компенсації є істотними обставинами, що мають стосунок до другого речення першого абзацу статті 1, зважаючи на те, що текст цього положення нічого про це не каже. Комісія, з якою погодились заявник та Уряд, читає статтю 1 як таку, що в цілому [мовчазно] передбачає вимогу сплати компенсації як необхідну умову відібрання майна в будь-кого, хто перебуває під юрисдикцією Держави-Учасниці.

Суд, як і Комісія, зазначає, що в правових системах Держав-Учасниць відібрання майна для задоволення публічного інтересу без сплати компенсації вважається виправданим тільки у виключних обставинах, які не мають стосунку до справи. Що стосується статті 1, захист права власності буде ілюзорним та неефективним за відсутності еквівалентного принципу. Очевидно, що умови компенсації є істотними для оцінки, чи є оспорюване законодавство таким що дотримується справедливого балансу між різними інтересами, які мають значення і, особливо, чи не покладає воно непропорційний тягар на заявника.

Суд також приймає висновок Комісії щодо стандарту компенсації: відібрання майна без сплати суми, що обґрунтовано прив'язаний до її вартості, як правило, становитиме непропорційне втручання, яке могло б вважатись виправданим за статтею 1. Утім, стаття 1 не гарантує повної компенсації у всіх випадках. Законні цілі “публічного інтересу”, як і економічні реформи або заходи, спрямовані на досягнення більшої соціальної справедливості, можуть вимагати компенсацію, меншу ніж повна ринкова вартість²².

Цей пасаж потребує кількох коментарів. По-перше, як видно з наведеного тексту, Суд чітко розумів, що в тексті Р1-1 немає посилання на компенсацію. Він обґрунтовує необхідність додання цієї вимоги до тесту на пропорційність заходу трьома аргументами: а) згодою Уряду на те, що

²¹ *Goldier v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1975, Series A no. 18.

²² *James and Others* (n 18).

P1-1 має передбачати компенсацію за позбавлення майна; б) наявність загального консенсусу серед держав – членів Конвенції щодо необхідності компенсації; в) неефективність та ілюзорність права власності, якщо наявність компенсації не є обов’язковим елементом оцінки пропорційності експропріації.

Щодо згоди Уряду на те, що компенсація презюмується частиною P1-1, то не дуже зрозуміло, коли саме Уряд висловив цю позицію. Із рішення Європейської комісії з прав людини²³ про передання справи на розгляд ЄСПЛ 1983 р.²⁴, а також із доповіді Комісії 1984 р.²⁵ вбачається, що Уряд Великої Британії спростовував застосування принципу компенсації до оцінки експропріації майна громадян Великої Британії за P1-1, активно посилаючись при цьому на *Travaux Préparatoires*. Можливо, що він висловив іншу позицію в поданні до Суду від 14 грудня 1984 р. або на слуханнях справи 23–24 вересня 1985 р., але якщо це так, то Уряд мав кардинально змінити свою позицію у цьому питанні.

Що стосується посилання на загальну практику країн Ради Європи щодо сплати компенсації за відібрання майна, то в світлі цього аргументу важко погодитися з Т. Алленом, що Суд ‘ніколи не пояснив, чому він [додав до P1-1 вимогу компенсації за позбавлення майна], окрім короткого посилання на ілюзорні та неефективні права. Він ніколи не заявляв, наприклад, що його позиція є результатом еволюційного або динамічного тлумачення²⁶. Як видно з наведеного тексту, Суд чітко розумів, що в тексті P1-1 немає посилання на компенсацію і вважав за необхідне додати цю вимогу, вказуючи на, зокрема, наявність консенсусу між державами – членами Конвенції щодо необхідності відшкодування за відібрання майна.

Нагадаємо, що в класичному прикладі динамічної інтерпретації Конвенції у рішенні у справі *Marckx v. Belgium*, Суд в обґрунтування розвитку тлумачення ст. 8 Конвенції посилається на зміни в законодавстві більшості країн Ради Європи як на підставу такої еволюції в розумінні права на повагу до сімейного життя²⁷. Так, дійсно, ЄСПЛ у *James* не каже, що консенсус щодо компенсації за експропріацію в законодавстві країн Ради Європи є новелою, що не існувала на момент розроблення Конвенції, але це не зменшує ваги цього аргументу та його застосовність саме в межах еволюційної інтерпретації Конвенції.

²³ Фільтраційний орган, що існував на той час, який, поруч із відповідним урядом, мав право на передання справ на розгляд ЄСПЛ.

²⁴ *James and Others v. the United Kingdom*, Commission decision of 28 January 1983, D.R. 30, p. 30.

²⁵ *J.N.C. James and Others against the United Kingdom*, Application no. 8793/49, Report of the Commission of 11 May 1984, Series B, no. 81.

²⁶ Allen (n 5) 1055.

²⁷ *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 19, § 41 (справа стосувалася різниці в державній реєстрації новонародженої дитини поза шлюбом, порівняно з дитиною, народженою у шлюбі. Суд погодився з урядом, що на момент прийняття Конвенції така різниця сприймалась як обґрунтована в більшості країн Ради Європи, але на момент розгляду справи законодавство більшості країн Ради Європи змінилося на користь зрівняння статусів таких дітей).

Щодо необхідності забезпечити ефективний і неілюзорний захист права власності, то Суд використовував цей аргумент у близький часовий проміжок для розширення своєю практикою Конвенції, пристосовуючи її до ефективного захисту прав людини в нових умовах. Зокрема, аналогічне обґрунтування міститься у рішенні *Hornsby v. Greece*, в якому ЄСПЛ встановлює право на виконання судового рішення у ст. 6 Конвенції, яка не містить цього права і його важко вивести з оригінального тексту статті²⁸, та в *McCann and Others v. the United Kingdom*, в якому ЄСПЛ “вписує” у текст ст. 2 Конвенції, яка передбачає право на життя виключно в матеріально-правовому сенсі (заборону довільного відібрання життя), процедурний аспект (право на розслідування випадків втрати життя)²⁹.

Отже, в *James* Суд дуже чітко розуміє, що він розширює право власності порівняно з текстом Конвенції та надає обґрунтування для цього, які загалом відповідають його практиці в аналогічних випадках по інших статтях Конвенції.

По-друге, всі міркування щодо включення або не включення вимоги компенсації в друге правило P1-1, зокрема при розробленні Конвенції, зосереджувалися загалом на самому факті існування цього принципу в контурі статті. Але Суд в § 54 *James*, дотримуючись, здається, підходу “згорів сарай, гори і хата” додає до нього також стандарт розміру компенсації. Причому компенсація, вважає ЄСПЛ, має бути обґрунтовано прив’язана до його “вартості”, а під “повною компенсацією” він розуміє ринкову вартість майна.

По-третє, відтворивши майже повністю ліберальне розуміння права власності, ЄСПЛ у кінці § 54 робить реверанс у бік соціал-демократів. Він вказує, що P1-1 у новій інтерпретації не вимагатиме повної компенсації в усіх випадках: якщо загальний інтерес, який має на меті відповідний захід, є достатньо важливим, наприклад, економічна реформа або встановлення соціальної справедливості, компенсація може бути меншою за ринкову вартість експропрійованого майна.

Тобто в *James* фактично Суд робить саме те, чого так побоювалися делегати від, зокрема, Великої Британії при розробленні P1-1: він розглядає пропорційність загального заходу соціально-економічної політики держави загалом через призму права на відшкодування за експропрійоване майно та, ба більше, оцінює його розмір при оцінці пропорційності заходу.

²⁸ *Hornsby v. Greece*, judgment of 19 March 1997, Reports 1997-II, pp. 510-11, § 40: ‘Однак це право [на доступ до суду] було б ілюзорним, якщо б національні правові системи Держав-Учасниць дозволяли остаточним та обов’язковим судовим рішенням залишатись незастосовними на шкоду однієї зі сторін’.

²⁹ *McCann and Others v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, pp. 45–46, § 161: ‘Суд обмежить себе <...> вказівкою на те, що загальна заборона довільного вбивства агентами держави була б неефективною на практиці, якщо б не існувало процедури перегляду законності використання смертельної сили’.

Проте одночасно ЄСПЛ намагається обмежити свій контроль за дотриманням державами нових вимог P1-1, неодноразово підкреслюючи в рішенні, що вони мають широку сферу дискреції при впровадженні соціально-економічної політики. Зокрема, ЄСПЛ визнав, що Парламент Великої Британії не вийшов за межі цієї сфери, обмеживши розмір компенсації за втрачене майно вартістю ділянки на тій підставі, що орендарі мали “моральне право” на отримання будівель безплатно. Отже, ЄСПЛ відразу ж застосовує “соціал-демократичне виключення” із загального права на компенсацію повної вартості майна та не встановлює у цій справі порушення P1-1, незважаючи на відверту спірність цього заходу. Ми побачимо, що ЄСПЛ у подальшому буде використовувати аналогічні гамбіти для розширення сфери свого контролю за рішеннями урядів держав – членів Конвенції.

Фактично разом із *Sporrong, James* формує структуру тлумачення P1-1, яке застосовується Судом досі. Можна зробити попередні висновки про те, що ЄСПЛ своєю практикою значно модифікував текст другого речення першого абзацу P1-1, додавши до формули оцінки позбавлення майна, елемент пропорційності заходу та надавши собі можливість оцінювати пропорційність заходів регулювання майна, передбачених другим абзацом P1-1. Крім того, пропорційність позбавлення майна Суд оцінюватиме через призму сплати компенсації за втрачене майно та її розміру.

Подальшу практику ЄСПЛ щодо оцінки державної соціально-економічної політики на предмет дотримання P1-1 можна умовно розділити на три групи: 1) справи стосовно розміру компенсації при експропріації; 2) справи стосовно часткових обмежень прав власності; 3) справи стосовно зміни режиму регулювання окремими галузями бізнесу.

Оцінка політики, що обмежує розмір компенсації за відібране майно

Перша справа, яку розглянув ЄСПЛ після *James and Others*, здається, мала зміцнити державу в тому, що застосування концепції широкої сфери дискреції в сфері визначення розміру компенсації може амортизувати розширення повноважень Суду з нагляду за їхніми політиками в соціально-економічній сфері.

Справа *Lithgow v. United Kingdom*³⁰ стосувалася націоналізації у Великій Британії авіаційної та суднобудівної промисловості у 1977 р. Закон про націоналізацію передбачав сплату компенсації, яка розраховувалась як середня тижнева ціна акцій відповідної компанії протягом шести місяців з вересня 1973 по лютий 1974 рр. Цей проміжок часу був обраний для розрахунку з метою виключити спекулятивне зростання ціни акцій цих підприємств після оголошення Лейбористською партією планів щодо націоналізації цих галузей промисловості у своїй виборчій про-

³⁰ *Lithgow v. United Kingdom*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 102.

грамі, що була оприлюднена в лютому 1974 р. Заявники оскаржували такий підхід у розрахунку розміру компенсації як такий, що необґрунтовано виключав зростання ціни на акції протягом чотирьох років між базисом для розрахунку та власне часом націоналізації. Тобто фактично вони отримали не ринкову вартість націоналізованого майна, а якусь умовну суму, слабо пов'язану з реальною його вартістю, яка не брала до уваги інфляцію за цей період і не враховувала особливості пакетів акцій індивідуальних заявників, наприклад, значні або контрольні пакети, які б на вільному ринку вартували б більше ніж механічна сума ціни окремих акцій.

ЄСПЛ, однак, не знайшов порушення Р1-1 у цій справі, зазначивши, що він *‘приділяє особливу увагу тій обставині, що націоналізація – це захід загальної економічної природи, щодо якого держава повинна мати широку сферу дискреції <...> система, встановлена в законі 1977 р. була визнана такою, що в принципі не є неприйнятною за вимогами’ Р1-1 (п. 143). Відповідно, Суд розглядав “рішення прийняти положення, які”: “<...> не беруть до уваги розвиток подій у відповідних компаніях у цей проміжок часу” (п. 143); “<...> виключають взяття до уваги інфляції” (п. 147) та “<...> виключають із компенсації елемент, який являє собою особливу вартість значного або контрольного пакету акцій” (п. 150) як такі, які Велика Британія була обґрунтовано правомочна прийняти, використовуючи свою сферу дискреції.*

Цікаво, що у цьому рішенні ЄСПЛ послався на те, що оскаржувані дії держави приймалися у межах “заходу загальної економічної природи”, що перегукується з “економічними реформами” із “соціально-демократичного виключення” у *James*. Однак при цьому у *Lithgow* Суд не каже, що застосовує виняток, який дає змогу знизити суму компенсації порівняно з “повною вартістю”. Скоріше він каже, що порядок визначення того, що, власне, є “повною вартістю” лежить у сфері дискреції держави, в яку ЄСПЛ не втручатиметься, якщо така оцінка не є очевидно довільною або необґрунтованою.

Проте у своїй подальшій практиці ЄСПЛ стає набагато менш схильним дослухатися до соціал-демократичних аргументів країн, як обґрунтування несплати, або зменшення розміру компенсації.

Зокрема, у справі *Holy Monasteries v. Greece*³¹ держава висловила соціально-демократичні аргументи “від зворотного”: у Греції православні монастирі протягом сторіч виконували важливі освітні та культурні функції й акумулювали значний обсяг майна, яке їм передавали прихожани. Однак у ХХ ст. ці функції монастирів втратили своє значення. Зважаючи на те що значну частину доходів вони отримували з державного бюджету та з метою розширення незалежного фермерства, держава вирі-

³¹ *Holy Monasteries v. Greece*, no. 13092/87, 9 December 1994, Series A no. 301-A.

шила націоналізувати їхнє майно, залишивши тільки частину, яка була необхідна для підтримання рівня життя монахів. Монастирям було запропоновано підписати договори, за якими вони віддавали нерухомість державі за приблизно 1/3 його вартості. Ті монастирі, що відмовлялися підписувати договір, позбавлялися свого майна без компенсації.

Суд встановив порушення P1-1 щодо тих монастирів, які не підписали договори. Він навіть не став розглядати аргумент щодо втрати монастирями свого соціального значення, визначивши, що ненадання будь-якої компенсації становило порушення права власності монастирів. Але щодо тих монастирів, які підписали договори з державою, порушення встановлено не було, та їхні аргументи, що угоди вони підписали під тиском держави, були відкинуті Судом.

Але повноцінний ліберально-соціал-демократичний дискурс відбувся у перший раз у справі *Scordino v. Italy*³². Ця справа стосувалася експропріації нерухомості заявників державою для передання приватним особам для зведення житла. Компенсація, отримана заявниками, становила приблизно 50 % від ринкової вартості ділянки мінус 20 % спеціального податку.

Уряд Італії визнав, що компенсація була нижчою за ринкову вартість ділянки, але вона не була такою, що можна було б нею знехтувати. Далі Уряд висловив аргументи соціал-демократів проти сплати ринкової вартості майна, що підлягає експропріації:

– сплата суми нижчої за ринкову вартість відображала “дух спільності” та “чинне політичне бажання” встановити систему, яка йде далі ніж “традиційний лібералізм ХІХ ст.”;

– ринкова вартість – це нечітка та невпевнена концепція, яка залежить від багатьох змінних які є по суті суб’єктивними, вона може залежати, наприклад, від фінансової ситуації продавця та або сильного інтересу покупця;

– зважаючи на те що ринкова вартість визначається компаративним дослідженням транзакцій стосовно землі зі схожими характеристиками, таке дослідження не відобразатиме суб’єктивний елемент різноманітних транзакцій.

Ця аргументація не справила враження на ЄСПЛ. Він не вважав за необхідне відповідати на кожен з аргументів Уряду, а зробив загальний коментар про те, що *‘справа стосується очевидної експропріації, яка не була частиною процесу економічних, соціальних або політичних реформ, а також не була пов’язана з іншими особливими обставинами. Відповідно, у цій справі Суд не вбачає будь-якої законної мети “публічного інтересу”, яка б могла виправдати сплату заявникові суми, нижчої за ринкову вартість’* (п. 102). Інакше кажучи, ЄСПЛ вважає ліберальний

³² *Scordino v. Italy* (no. 1) [GC], no. 36813/97, ECHR 2006-V.

підхід як загальний, від якого можна відходити у виключних обставинах, зокрема при впровадженні соціально-економічних реформ.

У двох наступних справах ЄСПЛ розглянув останній аргумент соціал-демократів про те, що власник майна не може наживатися на додатковій вартості майна, створеній громадою. Так, у справі *Katıkarıdııs and Others v. Greece*³³ були розглянуті правила експропріації земельних ділянок державою для будівництва доріг, за якою власникам не відшкодовувалася вартість ділянок землі, шириною 15 м з обох боків дороги. Це робилося на підставі неспростовної презумпції, встановленої в законі, що власники ділянок вздовж доріг виграють від проведення траси біля їхньої землі.

ЄСПЛ ухвалив досить обережне рішення, визнавши, що *‘при оцінці розміру компенсації власникам землі, експропрійованої для цілей будівництва доріг, взяття до уваги користь, яку отримують власники придорожніх ділянок, може обґрунтовано братися до уваги’*. Таким чином, Суд загалом підтримав порядок денний соціал-демократів. Однак у цій справі та наступних справах, які стосувалися цієї самої експропріації, ЄСПЛ встановив порушення у зв’язку з тим, що ця презумпція була неспростовною та негнучкою, тоді як заявники мали об’єктивні підстави стверджувати, що частини ділянок, які залишилися у їхній власності, насправді зменшилися у ціні.

Дещо схожий підхід ЄСПЛ застосував у справі *Kozacıođlu v. Turkey*³⁴. Вона стосувалася іншої презумпції при розрахунку суми компенсації за експропрійоване майно: турецький закон передбачав, що у разі експропріації будівель, що є культурною спадщиною країни, відшкодовується тільки вартість аналогічної нової будівлі, без врахування історичних та архітектурних особливостей. Ідея полягала в тому, що держава не повинна сплачувати за культурну цінність об’єкта, яка належить народу, а не окремим власникам.

ЄСПЛ обережно зазначив, що *‘публічний інтерес, який має на меті такі заходи, спрямований на захист історичної чи культурної спадщини може вимагати відшкодування менш ніж повної ринкової вартості майна, що підлягає експропріації’* (п. 82). Але у цій ситуації Суд встановив порушення Р1-1, зазначивши, що неврахування історичних та архітектурних особливостей будівель не тільки фактично карає власників, які витрачають більше коштів на підтримання старих будівель, порівняно з власниками новіших будівель, це позбавляє їх вартості, яка може бути пов’язана з особливостями таких будівель.

Єдиною на сьогодні справою, в якій ЄСПЛ визнав наявність виключення, пов’язаного з проведенням економічних реформ, є *Jahn and Others*

³³ *Katıkarıdııs and Others v. Greece* judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, pp. 1688–1689.

³⁴ *Kozacıođlu v. Turkey* [GC], no. 2334/03, ECHR 2009.

v. *Germany*³⁵. Ця справа детально вивчена у попередніх статтях³⁶. Достатньо нагадати, що справа стосувалася ситуації, коли відразу після об'єднання двох Німеччин законодавство Федеративної Республіки Німеччина передбачило безоплатне відібрання у колишніх громадян Східної Німеччини земельних ділянок, якщо вони їх отримали (успадкували) у порушення законодавства Німецької Демократичної Республіки, незважаючи на те що перед самим своїм розпадом остання несвідомо надала таким особам право власності на ділянки.

ЄСПЛ, не без серйозних вагань (Палата Суду встановила порушення P1-1, а рішення Великої Палати прийняте більшістю в одинадцять голосів проти шести) дійшов висновку, що ця справа становить той самий виняток із загального правила. Він зазначив, що *‘беручи до уваги невпевненість юридичної позиції спадкоємців та підстав соціальної справедливості, на які посилались німецькі органи, Суд доходить висновку, що в унікальному контексті об'єднання Німеччини відсутність компенсації не порушує справедливий баланс’*.

Однак при цьому наявність контексту переходу від соціалістичної економіки до ринкової не дає державі “індульгенцію” на прийняття заходів, які позбавляють особу майна без справедливої компенсації. Зокрема, у справі *Urbárska Obec Trenčianske Biskupice v. Slovakia*³⁷ ЄСПЛ розглянув земельні реформи, які було проведено у Словаччині в 1991 і 1997 рр.

За часів соціалістичного панування власники землі у Словаччині формально не були позбавлені прав на своє майно, але їхня власність була безоплатно передана колективним сільськогосподарським підприємствам. Частина цих земель, що не використовувалися, передавалася громадянам безплатно під дрібне садівництво. У 1991 р. було прийнято закон, за яким господарі таких садів мали укласти договори оренди з власниками землі та протягом десяти років повернути землю власникам у натурі. Однак у 1997 р. було прийнято новий закон, в якому перевага надавалася саме господарям садів, які могли укласти договори викупу з власниками, але якщо сторони не досягали згоди, то держава надавала власникам або грошову компенсацію, або аналогічну землю як відшкодування за землю під садівництво, яка передавалася господарям. При цьому при розрахунку розміру компенсації бралася за основу ціна землі в 1980-х роках, коли земля передавалася під садівництво.

У конкретній ситуації заявника ціна втраченої землі розраховувалася у розмірі від 6,1 чи 6,9 словацьких крон за кв. м, тобто була в десятки разів нижчою за ринкову вартість на момент передання її у власність господарям садів (295 та 300 крон відповідно). Земля, яка була надана дер-

³⁵ *Jahn and Others v. Germany* [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, ECHR 2005-VI.

³⁶ Див., І Ліщина, ‘Скасування державою права власності: погляд Європейського суду з прав людини’ (2017) 3 Вісник Національної академії прокуратури України 5–11.

³⁷ *Urbárska Obec Trenčianske Biskupice v. Slovakia*, no. 74258/01, 27 November 2007.

жавою на заміну, коштувала 110 та 95 крон за кв. м відповідно та перебувала у зоні, в якій заборонялося будівництво. Ба більше, розмір наданих ділянок був значно менший від втрачених.

Компанія-заявниця скаржилася, що не отримала компенсації за втрачене майно, що відповідає її вартості. Держава стверджувала, що політика закону 1997 р. полягала в необхідності концентрації землі, що господарі садів працювали на ділянках і розвивали їх таким чином, що значна частина їхньої вартості була додана саме їхніми зусиллями. Тому вважала, що розмір компенсації відповідав вимогам P1-1.

Суд не погодився з державою. Хоча справа дещо нагадує *Jahn* тим, що реформа була пов'язана з переходом від соціалістичної до ринкової економіки, та *James* – держава віддала перевагу правам орендарів перед власниками землі, але є у цій справі й серйозні відмінності. По-перше, реформа у тому вигляді, в якому вона була передбачена в законі 1997 р., не була спрямована на виправлення несправедливості: власники земель втратили контроль над ними не через свою волю або незаконні дії, а були змушені підкоритися державі. Господарі садів не мали морального права на покращення, зроблені на ділянках з огляду на те, що вони були передані ним безплатно і до початку 90-х років навіть не сплачували орендну плату за них, при цьому користуючись ними для задоволення своїх потреб.

ЄСПЛ навіть пішов далі, зазначивши, що *‘в цілому не було доказів того, що особи, які користуються переданими садами, належали до соціально слабких або особливо вразливих частин населення’* (п. 131). Це виглядає як вказівка на те, що встановлення соціальної справедливості як мета заходу буде сприйматись ЄСПЛ віднині тільки якщо вона спрямована на захист вразливих верств населення, що було б дивним, зважаючи на те, що й у *James* не було доказів, що довгострокові орендарі належали до таких верств. Більш імовірно, Суд вказує на те, що метою заходу був не так захист господарів, чиї права на ділянки очевидно не мали моральної переваги над правами власників, як концентрація земель. А остання ціль не спрямована на встановлення соціальної справедливості.

Що ж стосується економічних реформ, пов'язаних із переходом до ринкової економіки, то, як зазначив Т. Аллен, *‘держави мають деяку сферу дискреції для пристосування майнових прав у транзитний період, але транзит має закінчитись у якийсь момент’*³⁸. Інакше кажучи, одна ситуація, коли Федеративна Республіка Німеччина приймає закон для цілей перехідного періоду безпосередньо після об'єднання Німеччини, а інша – коли Словаччина через шість років після переходу на ринкову економіку вирішує змінити параметри перерозподілу землі, які були закладені на початку економічної трансформації в 1991 р. не на користь власників землі.

³⁸ Allen (n 5) 1073.

Отже, ЄСПЛ у своїй практиці щодо загальних заходів з експропріації майна виходить із загального правила необхідності відшкодування у разі відібрання майна в особи та визначення її розміру на основі ринкової вартості. Виключення з цього правила на підставі необхідності встановлення “соціальної справедливості” та “економічних реформ” мають бути саме винятками, які держави повинні відповідним чином обґрунтовувати, зокрема зважаючи на часові межі їхнього застосування. Тому випадки застосування таких винятків є поодинокими. У державах є дещо ширша сфера дискреції при визначенні того, що саме вважати “ринковою вартістю”, але при цьому має застосовуватись індивідуальний підхід до кожного власника – встановлення у законі загальних презумпцій, які знижують вартість майна порівняно з ринковою, імовірно за все, не буде підтримане Судом.

Заходи загального характеру щодо регулювання майна

Обмеження права власності загальними заходами, що мають універсальне застосування, часто вважаються державою природною частиною її повноважень. Однак відомий американській суддя Скалія попереджав про небезпеку, яку такі заходи можуть мати не тільки щодо майнових інтересів окремих власників, а й щодо інститутів демократичного правління, яке такі заходи викривляють. Справа стосувалася обмеження права власників нерухомості піднімати квартплату вище ніж на 8 % на рік, якщо це створює “необґрунтований тягар” для орендаря. Суддя каже, що

політична привабливість регулювання [відносин власності] не в тому, що воно дозволяє забезпечити перехід багатства, який не міг би забезпечуватись іншим чином, а в тому, що він дозволяє досягати цього результату “поза бюджетом”, із відносною невидимістю і тому відносним імунітетом від демократичного процесу³⁹.

Суддя далі пояснює, що того самого результату можливо було б досягти без обмеження права власності орендодавців, а, наприклад, піднявши податки та розподіливши додаткові кошти серед орендарів, щоб компенсувати ним надмірні сплати. Але в такому разі представницькому органу довелось би винести на обговорення громадськості питання, чи настільки громада готова підтримувати сім’ї у скрутному матеріальному становищі, щоб сплачувати більші податки і, сплативши їх, спрямовувати додаткові гроші на виплати таким сім’ям⁴⁰.

Хоча ця позиція судді Скалія не стала мейнстрімом навіть у США, вона демонструє небезпеку безконтрольного регулювання власності.

³⁹ Official reports of the Supreme Court. Vol. 485 U.S. – Part 1. US Government printing Office. Washington DC 22.

⁴⁰ Ibid.

У першій справі, що стосувалася обмеження права власності, що не сягало ступеня експропріації, *Mellacher and Others v. Austria*⁴¹, ЄСПЛ продемонстрував досить стриманий підхід щодо таких заходів держави. У цій справі Суд розглянув скарги домовласників на законодавство, прийняте в Австрії, яке встановлювало граничні розміри орендної плати за квартири, залежно від категорії, до якої квартира відносилася на підставі умов проживання, які вона забезпечувала.

Заявники володіли квартирами найнижчої категорії та стверджували, що орендна плата, встановлена в законі, не тільки не давала їм прибутку, а й була нижчою за вартість утримання квартири. Також вони скаржилися, що фактично закон дозволяв порушувати укладений сторонами договір оренди та що встановлена в законі система не враховувала регіональних та інших особливостей відповідної нерухомості.

ЄСПЛ не знайшов порушення у цій справі, визнавши, що порушення договорів оренди при застосуванні заходів обмеження орендної плати є невідворотним, що загальний захід за своєю природою має застосовуватися однаково до всіх, незважаючи на регіональні особливості, та що заявники могли покращити умови оренди для того, щоб перейти у вищу категорію й отримувати вищу орендну плату. Нарешті, ЄСПЛ вирішив, що соціальна мета – зробити квартири більш соціально доступними – виправдовувала широку сферу дискреції держав, яку встановлення зазначених вище обмежень не порушувало.

Наступна справа, яка фактично перевернула позицію *Mellacher* (хоча ЄСПЛ доклав значних зусиль при формулюванні тексту рішення, щоб це приховати) – це *Hutten-Czapska v. Poland*⁴². Справа стосується регулювання користуванням нерухомим майном, яке було експропрійоване за комуністичного панування, але повернуто після того, як у Польщі було запроваджено демократичне правління. Серед такого майна були багатоквартирні будинки, за радянських часів заселені особами, які орендували житло в державі.

Перший закон, прийнятий щодо реекспропріації цього майна, фактично передавав усі обов'язки держави як надавача квартир, на нових-старих власників, а також залишав за державою право встановлювати розмір квартплати. У 1994 р. Польща приймає перший із багатьох законів, що мав врегулювати відносини нових власників та знімачів квартир тимчасово, до 2004 р. Цей закон передбачав, що між ними встановлюються відносини оренди, але розмір орендної плати був жорстко обмежений, фактично становлячи близько 60 % від комунальних платежів, які мав сплачувати власник. Останній мав також за свій кошт забезпечувати поточний і капітальний ремонт будівель, а також не мав

⁴¹ *Mellacher and Others v. Austria*, 19 December 1989, Series A no. 169.

⁴² *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], no. 35014/97, § 166, ECHR 2006VIII.

права виселяти знімачів без надання іншого помешкання для проживання. У 2000 р. цей закон був скасований Конституційним судом як такий, що суперечить правам власників. Новий закон 2001 р. виключив обов'язки власника з ремонту будівель, але ці обов'язки залишилися в інших законах, орендна плата могла збільшуватися у зв'язку з інфляцією, але все одно була меншою за комунальні платежі, закон передбачав більш детальну процедуру виселення, але фактично обов'язок надання іншого житла залишився. У 2002 р. Конституційний суд скасовує і цей закон на тих підставах, що він порушує саму сутність прав власників. У 2004 р. Польща приймає зміни до закону 2001 р., якими було залишено ліміт на розмір орендної плати і передбачено, що якщо плата перевищує цей ліміт, то таке підвищення не може перевищувати 10 % на рік. Зважаючи на те що з 1994 р. очікувалося, що в 2004 р. відносини власників будинків та орендарів мали перейти на виключно ринкові основи, в 2005 р. Конституційний суд Польщі визнає ці зміни такими, що порушують принципи належної законотворчості та впевненості у державі. Зокрема, Конституційний суд зазначив: *‘...> порушення того, що дорівнює обіцянці, встановленій в законі, має розглядатись як особлива форма безвідповідальності з боку органів влади і, відповідно, надзвичайно шокуюче порушення принципу впевненості в державі та праві, яке воно творить, у принципі, який формує основу верховенства права’.*

Hutten-Czapska розглядалась спершу Палатою ЄСПЛ, яка встановила порушення Р1-1 у цій справі, а потім Великою палатою (далі – ВП), яка підтвердила цей висновок. ВП проаналізувала кожен із відповідних періодів (1994–2000, 2001–2002, 2002–2004 рр. і після 2005 р.) і дійшла висновків, що в кожен із цих періодів, незважаючи на зміни в законодавстві, що в той час відбувалися, право власності заявників було порушено.

Намагаючись відокремити цю справу від *Mellacher*, ВП зазначає, що *‘порушення права власності у цій справі не пов'язано виключно з питанням рівнів орендної плати, але складається з комбінованого впливу неприйнятних положень на визначення орендної плати та різноманітних обмежень прав власників стосовно розірвання оренди, законодавчих фінансових тягарів, накладених на них, та відсутності юридичних шляхів та способів, які б надавали їм можливість отримати відшкодування або зменшення витрат на підтримання будинків або отримати компенсацію від держави на ремонт у випадках, в яких це є виправданим’* (п. 224).

Здається, це достатнім чином відрізняє *Hutten-Czapska* від *Mellacher*, в якому заявники мали можливість покращити умови проживання орендарів і таким чином збільшити орендну плату. Однак одночасно ЄСПЛ вводить у структуру розуміння права власності за Р1-1 нову концепцію, а саме право отримувати прибуток від власності. Причому робить це до-

сить цікавим чином: ВП схвально цитує рішення Палати, яка, зі свого боку, цитує Конституційний суд Польщі.

Виглядає це таким чином: у п. 202 Суд розглядає аргумент Уряду про те, що висновки у цій справі суперечать рішенню у справі *Mellacher*. У відповідь ВП каже, що Палата вже відповіла на цей аргумент і наводить довгу, на два великих абзаци, цитату з рішення Палати. Останнє речення другого абзацу стверджує: '<...> щодо цього Суд зазначає, що Конституційний суд у своєму рішенні від 12 січня 2000 р. дійшов того ж висновку, встановлюючи, що за Законом 1994 р. індивідуальні власники нерухомості були "позбавлені найменшої сутності їхнього права власності" та що "в результаті їхнє право отримувати прибуток з власності <...> важливий елемент права власності був зруйнований та <...> їхнє право розпоряджатись своєю власністю було позбавлено сенсу"

Може здаватись, що автор перебільшує: так, у рішенні ВП містяться довгі цитати рішення Палати, а в тому є багато цитат із рішення Конституційного суду. Ці цитати в тексті взагалі виділені меншим шрифтом: може їх і читати не варто. Т. Аллен, наприклад, вважає, що на це рішення можна дивитися не стільки як на захист Судом права власності, скільки як на підтримку ЄСПЛ позиції Конституційного суду⁴³.

Однак подальший текст рішення дає підстави казати, що Суд свідомо вводить цю концепцію в дискурс стосовно P1-1 і намагається це робити обережно. У тексті стосовно порушення справедливого балансу за P1-1 у пунктах 194–225 ВП сама прямо не пише про право на отримання прибутку (тільки цитує Палату, яка цитує Конституційний суд). Але в п. 239, який присвячується заходам загального характеру, які ЄСПЛ вважає за необхідне прийняти з метою виконання цього рішення, він двічі пише про отримання власниками прибутку від їхнього майна в контексті необхідності збалансувати його з інтересами суспільства, що має бути завданням державних органів при виконанні рішення. Причому в одному випадку він називає це "правомочністю" (*entitlement*) отримувати прибуток, а в другому – "інтересом", але жодного разу не "правом".

Ба більше, ЄСПЛ навіть натякає, що, як і з правом на компенсацію за експропріацію, право на отримання прибутку може бути кваліфікованим, тобто оцінюється не тільки сам факт наявності або відсутності прибутку, а й його стандарт. І знову ЄСПЛ висуває вперед Конституційний суд, "побічно вказуючи" у третьому абзаці п. 239 на критерії, які висував Конституційний суд у своїх роз'ясненнях 2005 р., серед яких була необхідність забезпечити власникам будинків "достойний прибуток" (*decent profit*). Причина цього обережного ставлення Суду до "права на прибуток" є досить очевидною: він знову розширює рамки, виставлені авторами P1-1, причому робить це не щодо концепції, яку хоча б обговорюва-

⁴³ Allen (n 5) 1074.

ли підчас підготовки проєкту, а вводить в неї абсолютно новий елемент, який автори тексту P1-1, імовірно за все, відкинули б “із порогу”.

Ба більше, поява цього елемента в P1-1 очевидним чином суперечить підходу в *Mellacher*, в якому власники теж не мали прибутку від свого майна, а можливість отримати прибуток завдяки додатковим капіталовкладенням у майно важко поєднати з правом на прибуток від свого майна як такого. По-перше, це вже буде нове майно, по-друге, необхідно пересвідчитися, що заявники мали фінансові можливості для таких інвестицій, чого ЄСПЛ у *Mellacher* не робив, і по-третє, з урахуванням цих інвестицій, прибуток від майна може бути сумнівним, і Суд в *Mellacher* не робив розрахунків для того, щоб встановити, через який час (чи взагалі) підвищений дохід від майна, яке перейде у вищу категорію, компенсує затрати на таке підвищення.

Нарешті, можливо, найважливішим висновком із *Hutten-Czapska* є те, що ЄСПЛ вважав себе вправі переглядати справедливий баланс заходу загального характеру, який не позбавляє особу майна і який прийнятий очевидно в інтересах досягнення соціально значущої цілі. У пункті 225 Суд пише: *‘Законні інтереси суспільства в таких ситуаціях вимагають справедливого розподілу соціального та фінансового тягаря, який виникає у процесі трансформації та реформи житлового господарства країни. Цей тягар не може, як у цій справі, покладатись на одну конкретну соціальну групу, якими б важливими не були інтереси інших груп або суспільства загалом’*.

Таким чином, ЄСПЛ у цій справі йде значно далі, ніж у *James*: він оцінює не просто соціально-економічну політику держави, а політику в сфері регулювання права власності, в якій текст P1-1 прямо давав країнам повну свободу волі або, в парлянзі Суду, “необмежену сферу дискреції”. У зазначеній цитаті Суд прямо підтверджує своє право переглядати рішення демократично обраних національних органів щодо розподілу економічного навантаження між різними соціальними групами в країні, яке не сягає рівня позбавлення майна.

Окремо слід зазначити, що у *Hutten-Czapska* ЄСПЛ започатковує практику, яку він відтворить у кількох наступних справах такого типу⁴⁴: визначив необхідність запровадження державою заходів загального характеру для виправлення системного порушення, констатованого у цій справі. Зокрема, він послався на необхідність за допомогою відповідних юридичних чи інших заходів забезпечити справедливий баланс між правами заявників, зокрема їхньою “правомочністю на прибуток” та інтересами суспільства. Хоча надання конкретних вказівок щодо таких заходів виходить за межі повноважень Суду, ЄСПЛ “побічно зазначив”, що дер-

⁴⁴ Зокрема, у *Lindheim and Others v. Norway*, nos. 13221/08 and 2139/10, § 137, 12 June 2012; *Bittó and Others v. Slovakia*, no. 30255/09, §§ 133–135, 28 January 2014 та *Statileo v. Croatia*, no. 12027/10, § 165, 10 July 2014.

жава може скористатися рекомендаціями Конституційного суду, виданими у 2005 р., які передбачали основні чинники для такого балансу.

У подальшій практиці Суд відтворює саме ліберальний підхід, який він так обережно ввів в обіг у *Hutten-Czapska*. Зокрема, у групі справ щодо ревізії будинків на Мальті на користь бідних, які не можуть орендувати житло за ринковими цінами, ЄСПЛ встановив порушення Р1-1. У першій справі *Ghigo v. Malta*⁴⁵ основною підставою для такого висновку була дуже невисока сума орендної плати, яку отримував заявник, – близько 5 євро на місяць. Це при тому, що заявник не ніс витрат на підтримання будинку або комунальних платежів, і 5 євро – це його прибуток і він міг звернутися (але не звернувся) у відповідний орган із заявою про збільшення ціни оренди. Отже, положення заявника було кращим, аніж у *Mellacher*, але, зробивши “ритуальне” посилання на це рішення, ЄСПЛ навіть не пробує відокремити цю справу від *Mellacher*.

Замість цього Суд цитує *Hutten-Czapska* щодо “правомочності [власника] отримати прибуток від майна”, яке не було дотримано державою при встановленні розміру орендної плати (п. 66), хоча ця цитата стосується не самої Р1-1, а процесу виконання рішення *Hutten-Czapska*. Тобто Суд вже розглядає це право на прибуток як іманентне для Р1-1. Крім того, здається, що Суд під правом на прибуток розуміє право на “достойний” прибуток, визначаючи у цій справі, що надмірно низький прибуток цій “правомочності” не відповідає. Нарешті, Суд у *Ghigo* прямо не цитує *Hutten-Czapska* щодо оцінки перерозподілу економічного тягаря між верствами населення, але пише, що органи держави мають широку дискрецію при виборі форм і ступеня контролю за власністю, коли відповідні заходи зачіпають багатьох осіб, але ця дискреція не є безмежною (п. 68), що фактично несе той самий меседж.

У наступній справі цього типу ЄСПЛ був ще більш відвертим. Рішення *Lindheim and Others v. Norway*⁴⁶ стосувалося закону, який прийняв норвезький парламент, який надавав довгостроковим орендарям земельних ділянок право за своєю ініціативою продовжувати договори оренди після закінчення їхнього строку на тих самих умовах, на яких вони були колись укладені. Орендна плата могла збільшуватися з урахуванням індексу споживчих цін. Метою цього закону було захистити довгострокових орендарів, які, чиї пращури, побудували на цій землі свої домівки і, у разі закінчення строку договору, мали їх покинути, бо не могли собі дозволити сплачувати ринкові ціни на оренду майна, які значно підвищилися за час дії орендних договорів. Альтернативно, орендарі могли викупити землю за ринковими цінами.

⁴⁵ *Ghigo v. Malta*, no. 31122/05, 26 September 2006.

⁴⁶ *Lindheim and Others v. Norway*, nos. 13221/08 and 2139/10, 12 June 2012.

Тобто справа перегукувалася не тільки з *Mellacher*, а й із *James*. Причому заявники у цій справі були очевидно у кращому становищі, ніж у зазначених справах. На відміну від *Mellacher* орендна плата була узгоджена в договорах сторін (хоча й застарілих), заявники не несли витрат на утримання майна, які б перевищували орендну плату і вона могла збільшуватися без додаткових витрат із боку заявників. Крім того, маючи на меті практично ті самі інтереси, що й у *James*, держава у цій справі не відбирала землю в заявників за безцінь: вони залишалися власниками майна. Причому як Парламент, так і Верховний Суд Норвегії при прийнятті відповідних рішень посилалися на P1-1 та *James*.

Утім, ЄСПЛ визнав у цій справі порушення P1-1 у частині недотримання справедливого балансу, зазначивши, що орендна плата, встановлена таким чином, була значно нижчою за ринкову й приблизно дорівнювала земельному податку (який сплачували не заявники, а орендарі). Причому при продажі земельної ділянки із такою обов'язковою орендою ціна була значно нижчою, ніж ділянки без оренди, і навпаки, орендар міг продати своє право оренди третім особам за відносно високу ціну. Таким чином, вартість ділянки практично передавалася орендарю. Суд вважав, що відбувся несправедливий перерозподіл тягаря фінансового навантаження між власниками ділянок та орендарями, процитувавши п. 225 *Hutten-Czapska*.

У частині аргументації щодо пропорційності заходу, ЄСПЛ послався на *Mellacher* й *James* тільки в цитаті з *Hutten-Czapska*, яка містила лише перелік принципів. ЄСПЛ не пояснив, яким чином ця справа відокремлюється від *Mellacher*, хоча уряд і посилався на нього в своїх обсерваціях. Щодо *James* Суд визнав, що національні органи при прийнятті цього законодавства зважали на цю справу, однак: '*...> це рішення стосувалось ситуації, яка в багатьох аспектах була іншою, ніж та справа, що розглядається. У своєму обґрунтуванні вище Суд покладається на нього тільки настільки, наскільки він вважав його дотичним до конкретних обставин справи, та брав до уваги також те, що кілька новіших рішень, на які він посилався, являють собою розвиток практики у бік сильнішого захисту прав за P1-1 (п. 135).*

ЄСПЛ, вказуючи на різницю обставин у цих двох справах, навіть не намагається показати цю різницю. Набагато важливіша остання частина цієї цитати, яка визнає, що Суд, залишаючи в силі розвиток практики, який був досягнутий у *James* щодо розуміння права власності, однак не готовий слідувати надширокій сфері дискреції держав щодо соціальної та економічної політики, яка була закладена у цьому рішенні. Він просунувся у своїй практиці значно далі на шляху захисту права власності в ліберальному його розумінні, і навіть дуже важлива та законна мета, для досягнення якої приймається захід, не виправдовує покладення фінансового тягаря на одну соціальну групу за рахунок іншої.

У подальшому Суд досить легко встановив порушення у справах, у яких заявники, власники будинків колись експропрійованих за комуністичного панування, були обмежені у встановленні орендної плати квартиро-знімачів, які поселились у будинках за комуністичного режиму:

– *Bittó and Others v. Slovakia*⁴⁷: контрольована орендна плата становила 10–20 % від ринкової і не покривала видатків на ремонт будинків. Квартиро-знімачів не можна було виселити і продати квартири можна було тільки їм. Суд, розглядаючи питання справедливого розподілу фінансового тягара між соціальними групами, зазначив, що квартири, на які розповсюджувався цей режим, становили від 0,24 % до 0,06 % усіх квартир, що здавалися у країні, відповідно, оскаржуваний захід не міг мати значного впливу на ситуацію із доступністю житла;

– *Statileo v. Croatia*⁴⁸: контрольована орендна плата була або нижчою, або перевищувала на кілька євро суму, яку заявник мав сплачувати в обов'язковий фонд, із якого фінансувався ремонт будинку, а також не міг виселити орендаря з метою переїзду у свою квартиру. При оцінці розподілу тягара ЄСПЛ послався, зокрема, на те, що розглядуване законодавство призводило до того, що пенсіонери – власники домівок мали субсидіювати за свій кошт орендарів, які були у працездатному віці і що законодавство не передбачало строків дії зазначених заходів; та

– *Kasmi v. Albania*⁴⁹: рівень орендної плати був заморожений на рівні 1993 р. і станом на 2006 р. (коли заява була подана) був значно нижчий, аніж ринковий, обов'язки власників майна залишилися на рівні держави, коли вона була власником будинків. Заявник не міг виселити орендарів і сам поселитися у своєму будинку, незважаючи на те що орендарі працювали за кордоном і практично не жили в будинку.

Таким чином, почавши з надання державі широкої сфери дискреції щодо регулювання майна під час соціально-економічних реформ через прийняття загальних заходів у *Mellacher*, що саме собою було кроком уперед, порівнюючи з текстом Р1-1 та намірами його авторів, ЄСПЛ поступово звузив цю дискрецію, запровадивши “правомочність” (*entitlement*) власника отримувати прибуток від свого майна та принцип, що при проведенні соціально-економічних реформ фінансовий тягар не може покладатись виключно на одну конкретну соціальну групу.

Заходи регулювання бізнесу

Як і в інших, описаних вище, ситуаціях проривного розширення Судом меж Р1-1, розповсюдження її дії на обмеження господарської діяльності як на форму втручання у майнові права, ЄСПЛ провів обережно,

⁴⁷ *Bittó and Others v. Slovakia*, no. 30255/09, 28 January 2014.

⁴⁸ *Statileo v. Croatia*, no. 12027/10, 10 July 2014.

⁴⁹ *Kasmi v. Albania*, no. 1175/06, 23 June 2020.

через рішення, в якому визнав відсутність порушення прав заявника з боку держави. У *Van Marle and Others v. the Netherlands*⁵⁰ держава прийняла законодавство, яким передбачила нові правила ліцензування діяльності бухгалтерів. Заявники, які працювали бухгалтерами до прийняття нового закону, звернулися за отриманням ліцензії відповідно до перехідного порядку, але не пройшли випробування в органі, створеному для цілі впровадження нових правил. Таким чином, заявники втратили можливість обслуговувати великі бізнеси, чим вони займалися раніше, і втратили значну частину своєї клієнтури.

Суд визнав, що *‘своєю плідною працею заявники створили клієнтуру; це за багатьма ознаками є схожим до приватного права та становить актив, та, відповідно, майно у розумінні’* P1-1 (п. 41). Таким чином, ЄСПЛ розповсюдив дію P1-1 на майнове право, яке автори тексту цього положення навіть не обговорювали – на господарську діяльність. І відразу ж взяв під контроль заходи держави загального характеру. Але ЄСПЛ при цьому не знайшов порушення справедливого балансу, зазначивши, що він був *‘забезпечений перехідними положеннями, які давали можливість колишнім некваліфікованим бухгалтерам отримати доступ до нової професії на передбачених умовах’* (п. 43). Це важлива фраза, яка значним чином визначатиме розвиток практики ЄСПЛ у цій категорії справ. При цьому важливо зазначити, що Суд фактично самоусунувся від перевірки якості перехідних положень і доступності передбаченої в них процедури для заявників.

Досить довго після *Van Marle* в ЄСПЛ не було нагоди розглянути питання пропорційності втручання у бізнес загальними заходами. Одна спроба, хоча й виявилася невдалою, заслуговує на увагу. У справі *Bimer S.A. v. Moldova*⁵¹ заявник володів д’юті фрі магазином на залізничному вокзалі на кордоні між Молдовою та Румунією. Відповідний Указ Президента 1994 р. дозволяв відкриття таких магазинів на будь-яких прикордонних транспортних вузлах. Заявник мав відповідний договір із місцевою митницею та ліцензію на оперування д’юті фрі магазином. Однак у 2002 р. Митний кодекс Молдови був змінений таким чином, що такі магазини могли відкриватися тільки при аеропортах. Митниця наказала закрити всі магазини, що не відповідали новому закону, розірвала договори з власниками та скасувала видані ліцензії. Заявник оскаржив ці дії до суду. Апеляційний суд, розглянувши справу по першій інстанції, ухвалив рішення на користь заявника, вважаючи дії митниці незаконними, але Верховний суд скасував це рішення та відмовив заявнику у позові, вважаючи, що відповідний захід не втручався у його права.

⁵⁰ *Van Marle and Others v. the Netherlands*, judgment of 26 June 1986, Series A no. 101.

⁵¹ *Bimer S.A. v. Moldova*, no. 15084/03, 10 July 2007.

Рішення ЄСПЛ було на користь заявника на тій підставі, що рішення апеляційного суду про незаконність заходу не було спростоване Верховним судом, а останній очевидно помилявся, вважаючи, що захід не втручається у право власності заявника. Однак нас цікавить у цій справі особлива думка судді сера Н. Братза (впливового судді від Великої Британії, який згодом стане головою ЄСПЛ). Він вважав недоречним ухвалення рішення Судом на користь заявника на підставі незаконності заходу. Він не пояснив чому, але можна припустити, що суддя не схвалював такий легалістичний підхід, заснований на правильності перекладу рішення Верховного суду з румунської мови і яке фактично виходило з припущення, що Верховний суд країни міг схвалити дію незаконного заходу.

Одночасно сер Ніколас вважав, що захід, який розглядався, порушував справедливий баланс між інтересами заявника і суспільства у зв'язку з тим, що:

- захід було застосовано до заявника за відсутності будь-яких порушень із його боку;
- відкликання ліцензії мало серйозні фінансові наслідки для заявника;
- заявник не міг передбачити можливість запровадження цього заходу або якимось чином компенсувати його заздалегідь;
- незважаючи на серйозний вплив заходу, заявнику не було надано будь-якого виключення або перехідного періоду для пристосування до нових умов.

Хоча це тільки окрема думка одного судді, ми побачимо, як ці позиції відібувають у наступній практиці ЄСПЛ.

Автор статті в короткому листуванні з сером Ніколасом з'ясував, що він виходив зі свого власного розуміння ситуації та факторів, які можуть вплинути на визначення надмірного тягаря для заявника. Тим паче цікавим є перехрестя цієї позиції, яка згодом стане основною для практики ЄСПЛ в аналогічних справах, практикою інвестиційних арбітражів, які у той самий час почали надавати такому праву інвесторів, як право на справедливе та рівне поводження (далі – *Fair and Equitable Treatment* або *FET*), елементів, пов'язаних із захистом очікувань інвесторів на стабільність правового забезпечення їхньої інвестиції.

Зокрема, у рішенні від 2005 р. (тобто за два роки до *Bimer S.A.*) у справі *CMS v. Argentina*⁵² арбітражний трибунал розглянув ситуацію, коли американській інвестор зробив інвестицію у сфері поставки газу населенню в Аргентині, викупивши акції приватизованої в 1989 р. державної компанії. Відповідно до умов ліцензії, яку інвестор отримав на 35 років, ціни на газ розраховувалися з огляду на доларовий еквівалент та мали регулярно переглядатись, враховуючи ринкові ціни. Але фінансова криза 1999 р. призвела до скасування законодавства, що надавало можливість

⁵² *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

розраховувати ціни в доларах і збільшення ціни – у прив'язці до ринкових цін.

Трибунал дійшов висновку, що преамбула угоди між США й Аргентиною про взаємний захист інвестицій *'чітко вказує на те, що основна мета захисту полягає в тому, що для справедливого та рівного поводження важливе підтримання стабільної системи інвестицій та максимального ефективного використання ресурсів'*. Відповідно, не може бути сумнівів, що стабільне правове та бізнессередовище є суттєвими елементами FET (п. 274). Трибунал у цій справі вирішив, що оскаржувані заходи *'дійсно повністю трансформували та змінили правове та бізнессередовище, у межах якого інвестор приймав своє рішення інвестувати'* (п. 275) і, відповідно, встановив порушення FET.

Згодом інвестиційні трибунали дещо пом'якшили цей підхід. Так, у справі щодо справедливості процедури тендерів на обслуговування парковок у Вільнюсі, *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*⁵³, арбітражний трибунал зазначив, що *'будь-який бізнесмен або інвестор знає, що закони з часом еволюціонують. Але, що заборонено, так це державі діяти несправедливо, нерозумно або нерівним чином при застосуванні своєї законодавчої влади'* (п. 332). А в *Eiser v. Spain*⁵⁴ трибунал пояснив, що позивачі (виробники електроенергії з поновлюваних джерел, які постраждали внаслідок скасування Іспанією режиму сприяння розвитку цієї галузі) не могли розумно сподіватися, що не відбудеться жодних змін у режимі регулювання їхньої діяльності протягом чотирьох десятиліть дії їхніх ліцензій. Як і з іншими регулюваннями інвестицій, якісь зміни мали відбутися. Однак ст. 10 Договору енергетичної хартії надала їм право очікувати, що Іспанія на буде значним чином та без попередження переглядати режим таким чином, що це знищить вартість їхніх інвестицій. Отже, хоча практика ЄСПЛ та інвестиційних арбітражів має різні засади й тести оцінки національного законодавства, що регулює господарську діяльність, на практиці висновки, до яких вони доходять, є зіставними.

Окремо треба зазначити, що практика ЄСПЛ стосовно втручання у бізнесову діяльність через прийняття законів є відносно нечисленною. Тому Суд ще шукає свій шлях та критерії оцінки таких дій держави. Зокрема, очікування заявника стосовно стабільності режиму регулювання його господарської діяльності суддя Братза бачив як частину тесту на баланс інтересів: тобто очікування заявника щодо стабільного правового режиму додає ваги його праву за P1-1.

⁵³ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

⁵⁴ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxemburg S.à r.l. v Kingdom of Spain* (ICSID Case No ARB/13/36).

Однак у досить несподіваному рішенні у справі *Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*⁵⁵ Суд відніс цей елемент до тесту на наявність “майна” в розумінні P1-1, тобто до питання застосовності цієї статті. Заявники у цій справі з 1995 р. надавали ритуальні послуги з поховання. При цьому з 1993 р. законодавство передбачало, що такі послуги мають надаватись органами місцевої влади, але заявники скористались прогалинами в законі та відкрили свій бізнес. Прогалини були ліквідовані актами, прийнятими у 2000 та 2002 рр., після чого продовження заявниками господарської діяльності у цій сфері стало очевидно незаконним.

Суд визнав, що заявники за роки на ринку ритуальних послуг створили клієнтуру, чого б, з огляду на *Van Marle*, мало б вистачити для визнання у цій справі наявності “майна”. Але Суд зазначив, що заявники з самого початку знали, що надання ними ритуальних послуг є тимчасовим явищем, а тому не могли мати законних очікувань, що вони зможуть продовжувати свій бізнес безстроково. Отже, він визнав, що заявники не мали “майна” в розумінні P1-1, а справу визнав непринятною *ratione materiae*.

В автора немає жодних сумнівів у правильності загального висновку Суду щодо відмови в задоволенні заяви, але підстава – відсутність “майна” у зв’язку з тимчасовістю права вести господарську діяльність відповідного типу – викликає сумніви. Саме собою надання таких послуг вже створює майнове право, що захищається P1-1, а заборона такої діяльності є втручанням у таке право. У цій справі, з огляду на обставини, таке втручання не порушувало справедливого балансу інтересів, додавання ж очікувань заявника до характеристик майна може мати небезпечні наслідки для сутності P1-1.

На щастя, у подальшій практиці Суд відтворює підхід сера Ніколаса та розглядає очікування заявників щодо стабільності правового режиму до питання ступеня втручання у право власності в межах оцінки пропорційності заходу.

Описані вище тенденції в практиці ЄСПЛ сфокусувалися у рішенні у справі *Vékony v. Hungary*⁵⁶, в якому родина заявника з 1996 р. володіла невеличкою продуктовою крамницею, в якій, серед іншого, продавали тютюнові вироби. Заявник мав відповідну ліцензію на торгівлю під-акцизними товарами, і продаж тютюнових виробів становив приблизно третину його доходу. Але в вересні 2012 р. Парламент прийняв закон, за яким торгівля тютюновими виробами стає державною монополією, а для відкриття торгової точки необхідно звернутися у строк до лютого 2013 р. до відповідного органу з концесійною пропозицією, яка має

⁵⁵ *Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*, no. 35264/04, 30 November 2010.

⁵⁶ *Vékony v. Hungary*, no. 65681/13, 35 and 36, 13 January 2015.

включати бізнесплан. Причому кількість точок продажу зменшувалася із 42 000 до 6 800 і продавці таких виробів не мали переваг перед іншими учасниками конкурсу. Заявник звернувся з відповідною пропозицією до держави, але йому було відмовлено. У липні 2013 р. ліцензія заявника на продаж тютюнових виробів втратила чинність відповідно до перехідних положень закону.

ЄСПЛ встановив, що цей захід порушував справедливий баланс інтересів заявника та суспільства. Зокрема, Суд звернув увагу на те, що:

- фінансовий тягар, який захід покладав на заявника, був важким;
- заявник не порушував закон;
- строк перехідного періоду був надмірно коротким: десять місяців з моменту прийняття закону та три місяці з моменту, коли заявник дізнався про те, що його заява на концесію не була прийнята, що не дало змоги заявникові належним чином пристосовуватися до нових умов;
- процедура надання нових концесій була непрозорою та не підлягала судовому перегляду по суті;
- правила видачі концесій не брали до уваги вже існуючих ліцензій та фактично були розроблені для виключення невеличких операторів торгівлі тютюном, таких як заявник.

Наведене свідчить, що на ЄСПЛ, при ухваленні цього рішення, вплинула особлива думка судді Братза в *Bimer S.A.* (хоча він станом на 2015 р. вже покинув Суд): всі критерії, на які він у ньому посилався, знайшли своє відображення у позиції ЄСПЛ в *Vékony*. Але Суд пішов навіть далі – він встановив порушення, незважаючи на те що національний закон передбачав процедуру перехідного періоду. Він оцінив як сам період, так і процедуру і визнав їх такими, що поклали надмірний тягар на заявника. Отже, ЄСПЛ знову зробив крок до обмеження сфери дискреції держав порівняно з *Van Marle*: якщо б ці критерії застосовували до реформи бухгалтерських послуг у Нідерландах у 1972 р., можливо, ЄСПЛ дійшов би інших висновків.

Таким чином, ЄСПЛ, прирівнявши клієнтуру, створену у процесі господарської діяльності заявника, до “майна” у розумінні Р1-1 (можливість чого автори тексту Р1-1 навіть не уявляли) надав собі можливість переглядати обґрунтованість законодавчих актів, яким держава втручається в існування вже налагоджених бізнесів. ЄСПЛ, оцінюючи такі втручання, бере до уваги ступінь фінансових наслідків для відповідної особи; чи є застосування заходу до заявника результатом її незаконної діяльності; можливість заявнику передбачити зміну умов його роботи та наявність компенсуючих заходів, зокрема перехідного періоду для адаптації заявника до нових умов.

*Втручання у право власності загальними заходами:
українські справи*

Із трьох груп справ, описаних вище, ЄСПЛ щодо України ухвалив рішення щодо обмеження права власності та втручання у господарську діяльність. Справ щодо загальних заходів стосовно експропріації Суд ще не розглядав. Практика державних органів в Україні полягає у тому, що приватні особи позбавляються майна через непряму експропріацію за допомогою судових процесів зі скасування результатів приватизації, що відбувається не на підставі загальних заходів, а через *ad hoc* процедури подання прокуратурою позовів на користь тих чи інших державних органів або організацій проти чинних власників майна⁵⁷.

Справа щодо втручання у право власності – це *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*⁵⁸, яка стосувалася законодавчого мораторію на відчуження сільськогосподарської землі (далі – Мораторій). Відповідні законодавчі положення обмежували права розпоряджатися такими об'єктами приватної власності як земельні ділянки сільськогосподарського призначення, а саме забороняли їхнє відчуження у будь-який спосіб окрім передавання у спадок та набуття у будь-який спосіб окрім отримання ділянки у спадок.

ЄСПЛ розглянув скаргу двох заявників, пенсіонерів, що постійно проживали в містах, обидва успадкували земельні ділянки сільськогосподарського призначення від своїх батьків, які, зі свого боку, отримали землю в результаті розпаювання землі, що належала колишнім радянським колгоспам. Обидва заявники були власниками відносно невеликих ділянок, які розташовувалися у 300 та 50 км від відповідних місць їхнього проживання. Вони також були людьми похилого віку з поганим станом здоров'я, що, за їхніми твердженнями, перешкоджало їм самостійно обробляти землю або ефективно здавати її в оренду. Обидва заявники скаржилися, що законодавчі обмеження, що застосовувалися до їхньої землі, зокрема Мораторій, порушували їхнє право мирно володіти своїм майном, гарантоване Р1-1.

ЄСПЛ відтворив всю історію Мораторію, від його запровадження у 2001 р. до його останнього подовження у 2017 р. до 1 січня 2019 р. У пункті 21 рішення ЄСПЛ створив окрему таблицю із усіма законами щодо подовження Мораторію та підставами, які законодавець надавав (або не надавав) для кожного його нового подовження.

ЄСПЛ встановив порушення Р1-1 у частині справедливого балансу між інтересами суспільства та заявників, дійшовши висновку, що Мораторій накладає на заявників надмірний тягар.

⁵⁷ Див.: Ліщина (н 36) 5–11.

⁵⁸ *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, nos. 846/16 and 1075/16, 22 May 2018.

По-перше, ЄСПЛ визнав, що це відносно незвична справа щодо законів, які обмежують право власності: якщо в попередніх справах цієї категорії держави обмежували власників нерухомості у виборі орендарів та розмірі орендної плати, але не в можливості продажу майна, то у цій справі, навпаки, держава намагалася збільшити суму орендної плати та жодним чином не обмежувала право заявників на вибір орендарів. Але при цьому можливість відчуження майна була значним чином обмежена. Ця ситуація створить для Суду складнощі в розрахунку розміру компенсації.

ЄСПЛ вивчив історію запровадження і продовження Мораторію та зазначив, що первинний мораторій на продаж сільськогосподарської землі був обумовлений відсутністю прозорої системи реєстрації права на землю та необхідністю повного виділення паїв у земельні ділянки з оформленими правами власності. Ці процеси були завершені до 2009 р., але Мораторій так і не був скасований.

Із продовженням Мораторію, незважаючи на задекларовану мету впровадження ринку землі, замість послаблення обмеження прав власників законодавець, навпаки, посилює такі заборони. Причому постійні продовження мораторію призводять до його сприйняття *‘для всіх практичних цілей, як необмежений, незважаючи на кінцеві строки, що періодично встановлюються для розроблення законодавства, яке регулюватиме ринок землі та скасує мораторій’* (п. 118).

ЄСПЛ також вивчив підстави для встановлення і продовження Мораторію та взяв до уваги такі фактори:

– хоча Мораторій на початковому етапі свого існування міг бути обґрунтований необхідністю створення інфраструктури земельного ринку, після 2009 р. неприйняття законодавства щодо ринку землі та постійні продовження мораторію були безпідставними;

– необхідність боротьби із зuboжінням сільського населення як підстава продовження Мораторію не мала стосунку до ситуації заявників, які не жили в селі і для них саме нездатність продати землю створювала ризик зuboжіння;

– ціль попередження надмірної концентрацією землі досягалася вже існуючим на момент розгляду справи законодавством, включаючи податкове й обмеження категорій осіб, які мають право володіти; також проекти законів про ринок землі, які подавалися до Парламенту, передбачали додаткові запобіжники проти цього, включаючи максимально дозволений розмір землі у власності однієї особи;

– жодна інша країна Ради Європи не має у своєму законодавстві таких драконівських обмежень прав власників сільськогосподарської землі.

На цих підставах ЄСПЛ дійшов висновку, що *‘з огляду на те, що органи влади проголосили створення такого ринку своєю ціллю, наявність аль-*

тернативних рішень і відсутність наданих чітких підстав для неприйняття цих рішень, а також залишення в силі найбільш обмежувального рішення, повинні бути достатньо вагомими при оцінці пропорційності останнього' (п. 130).

ЄСПЛ також визначив, що заявники несли надмірний тягар у зв'язку з Мораторієм з огляду на: '(i) тривалість періоду, протягом якого діяли обмеження, які наразі досягли загалом сімнадцяти років, при цьому обмеження впливають особисто на першу заявницю та другого заявника більше ніж дванадцять та десять років відповідно <...>, (ii) широкий обсяг обмежень, за якого вони перешкоджають заявникам відчужувати їхню землю майже у будь-який спосіб та використовувати її з будь-якою іншою ціллю, крім сільського господарства, та (iii) загальний та негнучкий характер обмежень, які не підлягають жодному індивідуальному перегляду або виключенню <...>' (п. 140).

На підставі наведеного ЄСПЛ дійшов висновку, що держава-відповідачка вийшла за межі своєї широкої свободи розсуду у цій сфері та не забезпечила справедливого балансу між загальним інтересом суспільства та майновими правами заявників' (п. 148).

У цьому рішенні ЄСПЛ, як і в деяких інших рішеннях цього типу, присвятив частину тексту тому, яким чином він бачить його виконання. З одного боку, Суд вирішив не встановлювати суми справедливої сатисфакції. Він пояснив це тим, що за відсутності ринку сільськогосподарської землі він не може визначити вартість ділянок, що належать заявникам. Крім того, він звернув увагу на пояснення Уряду, що держава не обмежувала, а навпаки, намагалася забезпечити підвищення орендної плати власникам землі і що заявники та їхні пращури отримали землю безплатно. ЄСПЛ звернув увагу на те, що захід зачіпає інтереси багатьох осіб⁵⁹. Однак при цьому Суд зазначив, що 'якщо держава-відповідачка необґрунтовано затягуватиме прийняття необхідних заходів загального характеру з метою виконання рішення, з часом це може призвести до ситуації, коли присудження компенсації за статтею 41 може, зрештою, стати виправданим' (п. 157).

З другого боку, ЄСПЛ прямо вказав на необхідність прийняття заходів загального характеру для виправлення ситуації: '<...> держава-відповідачка має вжити належні законодавчі та/або інші заходи загального характеру з метою забезпечення справедливого балансу між інтересами власників земель сільськогосподарського призначення, з одного боку,

⁵⁹ Тут Суд вочевидь має на увазі свій прикрий досвід з українськими справами щодо невиконання судових рішень, коли сплата навіть невеличкої за мірками ЄСПЛ суми компенсації моральної шкоди призвела до масових звернень українських громадян, які Суд технічно не міг обробити і був змушений прийняти безпрецедентне рішення *Burmuch and Others v. Ukraine ((striking out))* [GC], nos. 46852/13 et al., 12 October 2017), яким він передав обов'язок розв'язання проблеми Комітет Міністрів Ради Європи (далі – КМРЕ) та Уряду.

та загальними інтересами суспільства, з другого боку, відповідно до принципу захисту майнових прав за Конвенцією <...>. Рішення Суду не слід розуміти як таке, що зобов'язує невідкладно запровадити необмежений ринок земель сільськогосподарського призначення в Україні' (п. 150).

Треба зазначити, що Верховна Рада України у цій справі продемонструвала високу ефективність у виконанні *Zelenchuk*, на відміну від Конституційного Суду України, який у 2018 р. двічі (один раз вже після ухвалення *Zelenchuk*) не спромігся відкрити конституційне провадження щодо конституційності Мораторію за поданнями народних депутатів.

Цікаво, що *Zelenchuk* отримало відносно широке визнання в українському політикумі: про необхідність його виконання говорили не тільки прихильники ринку землі, а й ті, хто виступав за збереження Мораторію. Зокрема, 18 грудня 2018 р. відбулося засідання Комітету з питань аграрної політики Верховної Ради України, на якому обговорювалися проекти Закону України "Про внесення змін до розділу X 'Перехідні положення' Земельного кодексу України щодо продовження заборони відчуження земель сільськогосподарського призначення"⁶⁰. На ньому у виступах на користь продовження Мораторію до проведення всеукраїнського референдуму щодо ринку землі було запропоновано надати можливість особам, які не можуть самостійно обробляти землю, продати свої ділянки державі за "європейськими цінами". Можна поставити під сумнів, наскільки таке виконання *Zelenchuk* відповідало б практиці ЄСПЛ за P1-1, чи було б економічно доречним, але сам факт його висловлення демонструє повагу до рішення ЄСПЛ із боку навіть прибічників Мораторію⁶¹.

З точки зору виконання *Zelenchuk* не можна не вітати те, що 10 жовтня 2019 р. групою народних депутатів був внесений у Верховну Раду України законопроект № 2178-10 "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення"⁶², який згодом стане законом. Відповідно до пояснювальної записки:

<...> земельний мораторій обмежує конституційне право власності на землю. Громадяни України, які відчувають негативний вплив такого обмеження конституційного права на землю, намагаються захистити порушене право у судах, в тому числі і у Європейському суді з прав людини. 22 травня 2018 року Суд ухвалив рішення за зверненням двох громадян

⁶⁰ За результатами цього засідання КМРЕ рекомендував Верховній Раді України проєкт Закону, поданий народними депутатами України О. Бакуменком та іншими (від 4 грудня 2018 р. № 9355-5) прийняти за основу та в цілому як Закон. Це буде історично останнє продовження Мораторію на рік.

⁶¹ 'Комітет з питань аграрної політики рекомендує прийняти за основу та в цілому як Закон проєкт Закону про внесення змін до "Перехідних положень" Земельного кодексу щодо продовження заборони відчуження сільськогосподарських земель (відео)' <<https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/166091.html>> (дата звернення: 21.01.2021).

⁶² Проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення від 10 жовтня 2019 р. № 2178-10 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2178-10&skl=10> (дата звернення: 21.01.2021).

України, яким визнав мораторій таким, що порушує їх права, передбачені статтею 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини та фундаментальних свобод, а також виніс припис щодо вжиття урядом України у розумні строки необхідних законодавчих заходів щодо скасування заборони на відчуження земель сільськогосподарського призначення чи істотного зменшення його негативного впливу на правовий статус громадян-власників сільськогосподарських земель⁶³.

Отже, цей законопроект безпосереднім чином був спрямований на виправлення ситуації, констатованої в рішенні *Zelenchuk*. Відповідно до Закону № 552-ІХ, прийнятого 31 березня 2020 р., з 1 липня 2021 р. в Україні буде відкрито ринок сільськогосподарської землі. Коло потенційних власників буде обмежено спочатку громадянами України, також встановлені обмеження на загальний обсяг землі у власності однієї особи. Утім, цей закон являє собою виконання заходів загального характеру, які вимагалися Судом у рішенні у справі *Zelenchuk*, причому швидкість їхнього прийняття приємно вражає: *Zelenchuk* ухвалене 22 травня 2018 р., набуло чинності 22 серпня 2018 р., законопроект № 2178-10 поданий 10 жовтня 2019 р., прийнятий Верховною Радою України 31 березня 2020 р., підписаний Президентом 28 квітня 2020 р., Мораторій припиняється 1 липня 2021 р. Отже, законодавство на виконання рішення ЄСПЛ було прийнято протягом двох років після його ухвалення і воно має бути повністю виконано до завершення трирічного періоду від набуття чинності.

Ця швидкість досить вражаюча не тільки порівняно з іншими системними проблемами, констатованими в Україні, а й з іншими країнами Ради Європи, щодо яких ЄСПЛ ухвалював аналогічні рішення:

– *Ghigo* було прийнято Судом у вересні 2006 р., але в рішенні КМРС від 5–7 червня 2018 р. констатовано, що рішення Суду станом на 2018 р. повністю не виконано⁶⁴;

– *Statileo* прийнятий ЄСПЛ у липні 2014 р., закон, який має виправити ситуацію, прийнято в липні 2018 р., але свої квартири заявники зможуть повернути собі до вересня 2023 р.⁶⁵;

– *Lindheim* було прийнято в червні 2012 р., тимчасові заходи на виправлення системної проблеми, констатованої в рішенні, були запрова-

⁶³ Пояснювальна записка до проекту Закону України № 2178-10 “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення” <w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=8&pf3511=67059&pf35401=504684> (дата звернення: 21.01.2021).

⁶⁴ *Arap Bologna group v. Malta* (Application No. 46931/12), 1318th meeting, 5–7 June 2018 (DH), CM/Del/Dec(2018)1318/H46-13.

⁶⁵ *Statileo group v. Croatia* (Application No. 12027/10), 1331st meeting, 4–6 December 2018 (DH), CM/Notes/1331/H46-8.

джені в липні 2015 р.⁶⁶, нагляд КМРЄ був повністю закритий 30 березня 2016 р.⁶⁷.

Швидкість у прийнятті зазначеного закону, вочевидь, була помічена й ЄСПЛ, який станом на грудень 2020 р. не застосував своєї погрози з п. 157 *Zelenchuk* і не почав призначати справедливу сатисфакцію заявникам в аналогічних справах⁶⁸.

Другим і, на щастя, останнім на сьогодні рішенням ЄСПЛ щодо порушення права власності законодавчими актами стосовно України, є рішення у справі *Svit Rozvag, TOV and Others v. Ukraine*⁶⁹, яке стосується законодавчого втручання у бізнес заявників. Заявники – суб'єкти господарювання, які до 2009 р. займалися організацією азартних ігор на підставі відповідних ліцензій – скаржилися на порушення Р1-1 у зв'язку з прийняттям Верховною Радою України Закону України “Про заборону грального бізнесу”⁷⁰. Закон передбачав заборону грального бізнесу та участі в азартних іграх і скасування вже виданих ліцензій на провадження діяльності з організації та проведення азартних ігор.

Закон було прийнято з подоланням вето Президента України. Останнє супроводжувалося пропозиціями Президента, в яких останній, зокрема, вказував на те, що Закон передбачав дострокове, без порушення ліцензіатом ліцензійних умов, скасування ліцензій без відшкодування їхньої вартості та мав призвести до значних збитків організаторів ігор, пов'язаних із негайною заборонаю їхньої діяльності⁷¹. Причому на момент прийняття закону господарська діяльність заявників у цій сфері вже була зупинена постановою Кабінету Міністрів України. Сам закон передбачав розроблення останнім законодавства щодо спеціальних гральних зон, чого не було виконано ані в тримісячний термін, вказаний у документі, ані взагалі будь-коли.

ЄСПЛ ухвалив досить передбачуване рішення щодо порушення права власності заявників зазначеним законом, який становив непропорційне втручання у право, передбачене в Р1-1. Він послався на такі обставини:

– заявники мали право очікувати, що вони зможуть продовжити свою господарську діяльність, принаймні до кінця дії їхніх ліцензій (п. 173), особливо зважаючи на те, що політика держави прямо заохочувала їх інвестувати додаткові кошти в їхній бізнес (п. 178), а також на вказівку

⁶⁶ *Lindheim and others against Norway* (Application No. 13221/08), 1236th meeting, 24 September 2015 (DH), CM/Del/Dec(2015)1236/12.

⁶⁷ *Lindheim and others against Norway* (Application No. 13221/08), 1252nd meeting, 30 March 2016 (DH), CM/ResDH(2016)46.

⁶⁸ Див. останнє станом на грудень 2020 рішення ЄСПЛ щодо Мораторію *Sayevych and Koval v. Ukraine*, nos. 64547/19 and 11649/20, § 12, 26 November 2020.

⁶⁹ *Svit Rozvag, TOV and Others v. Ukraine*, nos. 13290/11 and 2 others, 27 June 2019.

⁷⁰ Про заборону грального бізнесу: Закон України від 15 травня 2009 року № 1334-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1334-17#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

⁷¹ Пропозиції Президента України до проекту Закону “Про заборону грального бізнесу” № 4268 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=34855> (дата звернення: 21.01.2021).

в законі про заборону на те, що він є тимчасовим заходом, який має бути згодом замінений на гральні зони, що не було дотримано (п. 175);

– ліцензії було скасовано не в зв'язку з учиненням заявниками або їхніми працівниками будь-яких правопорушень (п. 174);

– орган законодавчої влади не вжив урівноважуючих заходів, зокрема, не навів жодних підстав для застосування найбільш обмежувальної політики повної заборони, ба більше, відповідна законодавча пропозиція не пройшла жодного повноцінного експертного аналізу (п. 176);

– перехідний період у законі теоретично становив 40 днів із моменту його прийняття Верховною Радою України, що було очевидно замало⁷², але на практиці заявники не мали й його, бо дія їхніх ліцензій була на момент набуття чинності закону зупинена заходом, який сам собою порушував Р1-1. Це було особливо неприйнятно з огляду на те, що політика стосовно подальшої долі грального бізнесу стрімко змінилася з політики більш жорсткого регулювання на повну заборону всього за два місяці (п. 177);

– закон не передбачив жодної грошової компенсації або будь-яких інших компенсаційних заходів, включаючи прямі витрати, зокрема плати за ліцензію, яка сплачувалася наперед (п. 179).

Зазначені вище висновки ЄСПЛ є легко передбачуваними з огляду на особливу думку судді Бацза в *Bimer S.A.* та рішення Суду в *Vékony*. При цьому ЄСПЛ використав *Svit Rozvag* для того, щоб кристалізувати стан своєї практики щодо такої категорії, чітко сформулювавши критерії оцінки пропорційності втручання: 1) очікування заявників з огляду на поведінку держави щодо можливості продовження своєї діяльності; 2) відсутність порушень умов ведення бізнесу; 3) проведення процедури балансування інтересів суспільства та осіб, які страждають від заходу; 4) наявність перехідного періоду; 5) наявність компенсації збитків. Суд, встановивши порушення Р1-1, призначив відносно значну суму компенсації в розмірі 512 414 євро на трьох заявників.

Важливим у цьому рішенні, на нашу думку, є те, що захід, який очевидним чином втручався у права та законні інтереси багатьох людей (не тільки організаторів ігор, а й їхніх працівників та членів сімей – наприклад, тільки в одного із заявників у справі працювало 256 осіб) приймаються у надшвидкому режимі, без серйозної експертизи наслідків і всупереч голосу розуму, роль якого у цій справі відіграли пропозиції Президента, які супроводжували накладання вето. Маємо визнати, що Україні як державі просто пощастило, що до ЄСПЛ звернулося тільки три особи, які постраждали внаслідок дії Закону України “Про заборону

⁷² ЄСПЛ послався на справу *Vékony*, в якій він визнав перехідний період у десять місяців занадто коротким.

грального бізнесу” і сума компенсацій не сягнула мільйонів євро⁷³, а також що ЄСПЛ вирішив не призначати компенсацію постраждалим від Мораторію⁷⁴ та й досі не почав цього робити.

З огляду на такі фінансові ризики вважаємо за необхідне запропонувати значно підсилити експертний аналіз законопроектів, які пропонуються для прийняття Верховною Радою України саме з точки зору можливих порушень майнових прав приватних осіб у разі прийняття того чи іншого законопроекту. Такий аналіз має включати як суто правову оцінку запропонованого заходу, крізь призму ст. 41 Конституції України, Р1-1 та відповідних угод про взаємний захист інвестицій, так і фінансово-економічну оцінку, зокрема потенційних витрат держави на виплати за рішеннями ЄСПЛ і міжнародних інвестиційних арбітражів.

Висновки. Аналіз тексту Р1-1 та *Travaux Préparatoires* до неї показує, що автори статті, побоюючись того, що ЄСПЛ отримає повноваження переглядати соціально-економічну політику їхніх країн, що тим чи іншим чином втручається у право власності, відтворили в тексті Р1-1 соціал-демократичне розуміння права власності, залишаючи ЄСПЛ повноваження переглядати тільки наявність публічного інтересу та законність позбавлення майна та прямо забороняючи будь-який перегляд заходів регулювання власності. Єдиним помітним елементом лібералізму в Р1-1 є тільки сам собою факт включення права власності в Конвенцію.

Однак ЄСПЛ двома рішеннями, прийнятими на початку 1980-х років, повністю змінює ландшафт захисту права власності. Фактично *Sporrong* та *James* формують структуру тлумачення Р1-1, яке застосовується Судом досі. ЄСПЛ своєю практикою значно модифікував текст другого речення першого абзацу Р1-1, додавши до формули оцінки позбавлення майна елемент пропорційності заходу та надавши собі можливість оцінювати пропорційність заходів регулювання майна, передбачених другим абзацом Р1-1. Крім того, пропорційність позбавлення майна Суд оцінюватиме через призму сплати компенсації за втрачене майно та його розміру.

Озброєний таким новим прочитанням Р1-1, ЄСПЛ поступово та з початку обережно починає робити саме те, що хотіли завадити автори її тексту – переглядати та оцінювати закони держав-членів на відповідність вимогам захисту права власності в ліберальному її розумінні. Зокрема, ЄСПЛ розглядає політику держав у таких категоріях справ: 1) справи стосовно розміру компенсації при експропріації; 2) справи стосовно

⁷³ Наразі в арбітражному трибуналі *UNCITRAL* розглядається справа *Olympic Entertainment Group AS (Estonia) v. Republic of Ukraine* (PCA Case No. 2019-18) на підставі Угод між Урядом України та Урядом Естонської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій (рішення нині не прийнято).

⁷⁴ Навіть символічна за мірками ЄСПЛ компенсація моральної шкоди в розмірі 100 євро кожному заявнику загрожувала б країні потенційними витратами в розмірі понад 700 млн євро з огляду на кількість власників паїв – понад 7 млн осіб.

часткових обмежень прав власності; 3) справи стосовно зміни режиму регулювання окремими галузями бізнесу.

ЄСПЛ у своїй практиці щодо загальних заходів з експропріації майна виходить із загального правила необхідності компенсації у разі відібрання майна в особи та визначення її розміру на основі ринкової вартості. Виключення з цього правила на підставі необхідності встановлення “соціальної справедливості” та “економічних реформ” мають бути саме виключеннями, які держави повинні відповідним чином обґрунтовувати, зокрема зважаючи на часові межі їхнього застосування. Тому випадки застосування таких виключень є поодинокими. У державах є дещо ширша сфера дискреції при визначенні того, що саме вважати “ринковою вартістю”, але при цьому має застосовуватися індивідуальний підхід до кожного власника – встановлення у законі загальних презумпцій, які знижують вартість майна порівняно з ринковою, імовірно за все, не буде підтримане Судом.

Щодо заходів регулювання майна, то почавши з надання державі широкої сфери дискреції у цій сфері у процесі соціально-економічних реформ через прийняття загальних заходів у *Mellacher*, що було кроком вперед, порівнюючи з текстом P1-1 і намірами його авторів, ЄСПЛ поступово звужив цю дискрецію, запровадивши “правомочність” (*entitlement*) власника отримувати прибуток від свого майна та принцип, що при проведенні соціально-економічних реформ фінансовий тягар не може покладатися виключно на одну конкретну соціальну групу.

Крім того, ЄСПЛ, прирівнявши клієнтуру, створену у процесі господарської діяльності заявника, до “майна” в розумінні P1-1 (можливість чого автори тексту навіть не уявляли) надав собі можливість переглядати обґрунтованість законодавчих актів, яким держава втручається в існування вже налагоджених бізнесів. ЄСПЛ, оцінюючи такі втручання, бере до уваги ступінь фінансових наслідків для відповідної особи; чи є застосування заходу до заявника результатом її незаконної діяльності; можливість заявнику передбачити зміну умов його роботи та наявність компенсуючих заходів, зокрема перехідного періоду для адаптації заявника до нових умов.

Нині ЄСПЛ ухвалив тільки два рішення щодо порушення Україною P1-1 через прийняття законодавчих актів, що непропорційним чином втручаються у право власності. Загальна сума витрат, пов’язана з такими рішеннями, – близько 0,5 млн євро – є відносно невеликою, порівняно з потенційними сумами сатисфакції, які ЄСПЛ міг би присудити в цих справах. Але ризик виникнення нових рішень Суду проти України у цій категорії справ залишається високим допоки в процедурі законотворчої діяльності існує прогалина в оцінці ризиків порушення відповідною політикою майнових прав приватних осіб. З огляду на це вважаємо за

необхідне запропонувати значно підсилити експертний аналіз законопроектів саме з точки зору можливих порушень майнових прав приватних осіб у разі прийняття того чи іншого законопроекту. Такий аналіз має включати як суто правову оцінку запропонованого заходу, крізь призму ст. 41 Конституції України, Р1-1 та відповідних угод про взаємний захист інвестицій, так і фінансово-економічну оцінку, зокрема потенційних витрат держави на виплати за рішеннями ЄСПЛ і міжнародних інвестиційних арбітражів.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Marguenaud J-P, *La Cour europeenne des Droits de l'Homme* (Daloz 2005) (in French).

Edited books

2. Schabas W A, 'Ireland, European Convention on Human Rights and Personal Contribution of Sean McBride' in *Human Rights, Democracy and Transition: Essays in Honour of Stephen Livingstone* (Oxford University Press 2006) (in English).

Journal articles

3. Allen Tom, 'Liberalism, social democracy and the value of property under the European Convention on Human Rights' [2010] 59 (4) *International and comparative law quarterly* 1056–60 (in English).
4. Lishchyna I, 'Problema nevykonannya sudovykh rishen yak porushennia prava vlasnosti u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny. Ukrainskyi aspekt. Vid Hornsby do Ivanov' (2020) 3 *Pravo Ukrainy* 233–55 (in Ukrainian).
5. Lishchyna I, 'Problema nevykonannya sudovykh rishen yak porushennia prava vlasnosti u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny. Ukrainskyi aspekt. Vid Ivanov do Burmych' (2020) 4 *Pravo Ukrainy* 189–215 (in Ukrainian).
6. Lishchyna I, 'Skasuvannia derzhavoiu prava vlasnosti: pohliad Yevropeiskoho sudu z prav liudyny' (2017) 3 *Visnyk Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy* 5–11 (in Ukrainian).
7. Lishchyna I, 'Skasuvannia ostatochnykh sudovykh rishen yak porushennia prava vlasnosti u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny ta suchasnyi stan problemy v ukrainskomu sudochnstvi' (2019) 11 *Pravo Ukrainy* 256–271 (in Ukrainian).
8. Lishchyna I, 'Vtruchannia u pravo vlasnosti fiskalnymy zakhodamy. Pidkhody ta praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny (prodovzhennia statti u nastupnomu nomeri zhurnalu)' (2020) 5 *Pravo Ukrainy* 207–34 (in Ukrainian).
9. Lishchyna I, 'Vtruchannia u pravo vlasnosti fiskalnymy zakhodamy. Pidkhody ta praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny (prodovzhennia statti, opublikovanoi u № 5/2020)' (2020) 6 *Pravo Ukrainy* 210–33 (in Ukrainian).

VIOLATION OF THE RIGHT TO PROPERTY
BY WAY OF LEGISLATIVE ACTS, ADOPTED IN THE COURSE
OF SOCIAL-ECONOMIC POLICY OF THE STATE.
THE VIEW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT. The Article examines the development of the case-law of the European Court of Human Rights (“ECtHR” or the “Court”) concerning complaints of the applicants against the interference of the States into their rights, provided for in Article 1 of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (“P1-1”) by way of adoption of laws, whereby they were deprived of possessions or which introduced measures, limiting the ownership, use and disposition of the possessions or interfered with the business activities of the applicants.

The Article examines the development and the current state of the case-law of the ECtHR regarding the violation of the property rights by way of introduction of the measures, which, according to the States are supposed to protect a public interest. This research is aimed at the establishment of the principal factors, which ECtHR takes into account when considering the cases of this type, analysis of the judgments of this kind, issues against Ukraine and development of the proposals for prevention of risks of adoption of the decisions, that are likely to be found by the ECtHR incompatible with P1-1 in the future.

As of today the ECtHR has so far adopted only two judgments regarding the violations by Ukraine of P1-1 by way of adoption of legislative acts, that disproportionately interfered with the right to property. The total amount of expenses, related to these judgments – around EUR 0,5 mln – is relatively insignificant compared to the amounts of potential just satisfaction, the ECtHR could have awarded in these cases. However, the risk of appearance of new judgments of the ECtHR against Ukraine in this category of cases remains high as long as the procedure of legislative activity lacks the assessment of risks that the relevant policy would breach the property rights of private persons. This said we believe that there is a need to significantly strengthen the expert analysis of the bills specifically from the point of view of the potential violations of the property rights of private persons in case of their adoption. Such analysis should include not only legal assessment of the measure against the requirements of Art. 41 of the Constitution of Ukraine, P1-1 and the relevant bilateral investment treaties, but also the financial-economic valuation, of, e. g. potential expenses of the State, related to the payment of compensation, that may be awarded by the ECtHR and investment arbitral tribunals.

KEYWORDS: Article 1 of the Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; peaceful possession; control to use the property; compensation; business regulation.



Петро Шляхтун

доктор філософських наук, професор,
завідувач кафедри політичних наук
філософського факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/00000-0002-7420-7325>
polit-nauk@ukr.net

Валерій Колюх

доктор політичних наук, доцент,
професор кафедри політичних наук
філософського факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
народний депутат України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8545-7450>
vmedvin@gmail.com



УДК 342

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ ЯК НАДПАРЛАМЕНТСЬКИЙ ОРГАН ЗАКОНОДАВЧОЇ ВЛАДИ

АНОТАЦІЯ. Метою статті є з'ясування впливу рішень Конституційного Суду України (КСУ) на систему права України та окреслення правових засобів обмеження можливих негативних наслідків їх ухвалення з урахуванням відповідного зарубіжного конституційного досвіду. Рішення КСУ з питань антикорупційного законодавства аналізуються під кутом зору їхньої відповідності принципам правової держави та завданням щодо протидії корупції в Україні. Звертається увага на місце рішень КСУ в системі права України, правові та політичні наслідки їх ухвалення. Обґрунтовується необхідність реформування конституційного статусу КСУ. На основі аналізу зарубіжного конституційного досвіду окреслюються можливі шляхи обмеження компетенції КСУ, передусім у частині його функції наступного конституційного контролю та остаточного характеру ухвалених ним рішень.

У висновку зазначається, що наділений функцією наступного конституційного контролю, повноваженнями щодо тлумачення Конституції і – до червня 2016 р. – законів України, ухвалюючи відповідні рішення, КСУ тією чи тією мірою виконує і правотворчу функцію, а оскільки його рішення мають вищу від прийнятих пар-

ламентом законів юридичну силу, то це означає, що він певною мірою виступає і як надпарламентський орган законодавчої влади. Така “законотворчість” КСУ може негативно впливати на систему права і суспільні відносини в Україні. Рішення суду нерідко є політично і корпоративно вмотивованими, значний вплив на їх прийняття справляє політична обстановка в країні, незаконний тиск на суд та ідеологічні переконання і політичні позиції самих суддів. Для істотного обмеження можливих негативних наслідків діяльності КСУ потрібна буде згода його самого, оскільки будь-яке обмеження конституційних повноважень, особливо після запровадження інституту конституційної скарги, він може сприйняти як обмеження прав і свобод людини та громадянина, що унеможливить внесення відповідних змін до Конституції України.

Ключові слова: Конституція України; судова влада; Конституційний Суд України; конституційний контроль; корупція.

Наприкінці жовтня 2020 р. Конституційний Суд України (далі – КСУ) ухвалив рішення у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України “Про запобігання корупції”, Кримінального кодексу України (далі – КК України)¹, яким визнав неконституційними низку положень створеного в останні роки правового механізму запобігання та протидії корупції в Україні, чим поставив під загрозу результати багаторічних зусиль української влади щодо подолання цього суспільного зла, викликав гостре збурення у суспільстві та вкотре спонукав до аналізу змісту рішень цього органу судового контролю, місця в системі права України, правових і політичних наслідків їх ухвалення.

З часу запровадження Конституцією України 1996 р. інституту КСУ він докладно проаналізований українськими дослідниками під кутом зору місця у судовій системі і системі вищих органів державної влади України, його функцій і повноважень, ролі у захисті конституційних прав і свобод людини, порядку формування складу, організації та діяльності. Після внесення у 2016 р. змін до Конституції України щодо правосуддя в центрі уваги дослідників опинився запроваджений змінами інститут конституційної скарги. Менше уваги приділялося аналізу змісту рішень КСУ, і майже зовсім – негативним правовим і політичним наслідкам їх ухвалення.

Метою дослідження є з’ясування впливу рішень КСУ на систему права України та окреслення правових засобів обмеження можливих негативних наслідків їх ухвалення з урахуванням відповідного зарубіжного конституційного досвіду. Це досягається за допомогою використання *порівняльно-правового методу дослідження*, який полягає у порівняльно-

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України “Про запобігання корупції”, Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 р. № 13-р/2020 <zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20> (дата звернення: 21.01.2021).

му аналізі конституційно-правового статусу КСУ й аналогічних органів зарубіжних країн.

Зазначеним рішенням КСУ визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) низку положень 12 статей Закону України “Про запобігання корупції”² зі змінами (щодо повноважень і прав Національного агентства з питань запобігання корупції (далі – НАЗК), уповноважених осіб та уповноважених підрозділів НАЗК, подання особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, декларацій про доходи та майновий стан, обліку, оприлюднення і перевірки таких декларацій, юридичної відповідальності за їх несвоєчасне подання або подання у них завідомо недостовірних відомостей тощо), а також ст. 366¹ (“Декларування недостовірної інформації”) КК України³ і тим самим скасував кримінальну відповідальність за завідомо недостовірне декларування або умисне неподання декларації, повноваження НАЗК щодо здійснення перевірок декларацій і винесення приписів щодо порушення антикорупційного законодавства, позбавив агентство права мати безпосередній автоматизований доступ до інформаційно-телекомунікаційних і довідкових систем, реєстрів, банків даних, отримувати заяви фізичних та юридичних осіб про факти корупції, закрити вільний доступ до реєстру декларацій, що фактично звело нанівець багаторічні зусилля української влади та її зарубіжних партнерів щодо запобігання і протидії корупції в Україні.

Керівництво держави невідкладно вжило рішучих заходів щодо нейтралізації негативних наслідків рішення. Вже 29 жовтня 2020 р. відбулося засідання Ради національної безпеки і оборони України (далі – РНБО України), на якому було прийнято рішення “Про вжиття заходів для відновлення нормативно-правового регулювання діяльності антикорупційних органів та довіри до конституційного судочинства”, одразу ж уведене в дію Указом Президента України В. Зеленського від 29 жовтня 2020 р. № 477/2020. Рішенням РНБО України Кабінету Міністрів України було доручено, зокрема, ‘невідкладно вжити заходів щодо ведення Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування’, а Президенту України було рекомендовано ‘вирішити питання щодо підготовки та внесення на розгляд Верховної Ради України проекту Закону України про відновлення добросовісності конституційного судочинства в інтересах народу України та визначення його як невідкладного’⁴.

² Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

³ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 21.01.2021).

⁴ Про Рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 жовтня 2020 року “Про вжиття заходів для відновлення нормативно-правового регулювання діяльності антикорупційних органів та

Проект Закону України “Про відновлення суспільної довіри до конституційного судочинства”⁵ Президент України В. Зеленський цього ж таки числа вніс до Верховної Ради України, де він був зареєстрований під № 4288. Законопроект передбачає, зокрема, визнання зазначеного рішення КСУ ‘нікчемним (таким, що не створює правових наслідків) як таке, що прийнято суддями Конституційного Суду України в умовах реального конфлікту інтересів’ (ч. 1 ст. 1) та припинення повноважень складу КСУ (ч. 1 ст. 2).

Очевидно, що цей законопроект не може бути прийнятий Верховною Радою України як закон, оскільки має, швидше, емоційний, аніж правовий характер, суперечить Конституції України як у частині оголошення нікчемним зазначеного рішення, рішення та висновки якого згідно зі ст. 151² Основного Закону ‘є обов’язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені’⁶, так і в частині припинення повноважень складу КСУ, оскільки Конституція України не передбачає такого порядку припинення повноважень ні окремих суддів, ні всього складу КСУ. Не менш очевидною стала й необхідність внесення змін до законодавства України щодо організації та діяльності КСУ з тим, щоб унеможливити його негативний вплив на національну систему права та суспільні відносини в Україні.

Обґрунтовуючи своє рішення, КСУ виходив із того, що інші гілки влади жодним чином не можуть впливати на судову владу, оскільки такий вплив обмежуватиме її незалежність. Тому, мовляв, положення Закону України “Про запобігання корупції” щодо контролю та декларування доходів і майнового стану осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, дія яких поширюється також і на суддів, зокрема й суддів КСУ, не відповідають Конституції України (є неконституційними). Цим самим судді КСУ вивели не тільки суддів судів загальної юрисдикції, а й взагалі всіх чиновників, а головне – і самих себе з-під державного контролю їхніх статків. Це, крім усього іншого, означає, що вони не тільки ухвалили рішення в ситуації конфлікту інтересів, а й стали суддями у власній справі, чого не повинно бути у правовій державі.

Нагадаємо, що такий самий підхід КСУ застосував у рішенні у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 2, абзацу другого пункту 2 розділу II “Прикінцеві та перехідні положення”

довіри до конституційного судочинства”: Указ Президента України від 29 жовтня 2020 р. № 477/2020 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/477/2020#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

⁵ Проект Закону про відновлення суспільної довіри до конституційного судочинства від 29 жовтня 2020 р. № 4288 <w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70282> (дата звернення: 21.01.2021).

⁶ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

Закону України “Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи”, статті 138 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” (справа щодо змін умов виплати пенсій і щомісячного довічного грошового утримання суддів у відставці) від 3 червня 2013 р. № 3-рп/2013⁷, яким визнав неконституційною ст. 2 (“Максимальний розмір пенсії або щомісячного грошового утримання”) Закону України “Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи”⁸, яка встановила, що максимальний розмір пенсії або щомісячного довічного грошового утримання не може перевищувати десяти прожиткових мінімумів, установлених для осіб, які втратили працездатність, саме стосовно суддів, тим самим забезпечивши їм (а заодно й собі в майбутньому) можливість і надалі отримувати пенсії або щомісячне довічне грошове утримання в кілька десятків тисяч гривень.

І додамо, що своїм рішенням у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 368² Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 судді Конституційного Суду України визнали неконституційною ст. 368² (“Незаконне збагачення”) КК України, чим звільнили від юридичної відповідальності усіх, хто набув свої статки неправедним трудом, зокрема і з числа суддів⁹. Правоохоронцям довелося терміново закрити десятки вже відкритих за цією статтею кримінальних проваджень.

Статтю 366¹ КК України судді КСУ визнали неконституційною, тому що, на їхню думку,

встановлення кримінальної відповідальності за декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації, а також умисне неподання суб’єктом декларування декларації є надмірним покаранням за вчинення цих правопорушень. Негативні наслідки, яких зазнає особа, притягнута до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених статтею 366¹ КК України, непропорційні шкоді, яка настала або могла настати у разі вчинення відповідних діянь¹⁰.

⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 2, абзацу другого пункту 2 розділу II “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи”, статті 138 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” (справа щодо змін умов виплати пенсій і щомісячного довічного грошового утримання суддів у відставці) від 3 червня 2013 р. № 3-рп/2013 <zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-13> (дата звернення: 21.01.2021).

⁸ Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи: Закон України від 8 липня 2011 р. № 3668-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3668-17#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 р. № 1-р/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

¹⁰ Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 2020 р. № 13-р/2020 (н 1).

Стаття 366¹ (“Декларування недостовірної інформації”) КК України встановила, що

подання суб’єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбачуваної Законом України “Про запобігання корупції”, або умисне неподання суб’єктом декларування зазначеної декларації – караються штрафом від двох тисяч п’ятисот до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста п’ятдесяти до двохсот сорока годин, або позбавленням волі на строк від двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років¹¹.

Для порівняння зазначимо, що законодавство Польщі за подання у декларації неправдивої інформації або її приховування депутатами і посадовими особами органів територіального самоврядування, працівниками Центрального антикорупційного бюро, Агентства внутрішньої безпеки, Агентства розвідки, Служби охорони держави, Служби військової контррозвідки, Служби військової розвідки та суддями передбачає позбавлення волі строком від шести місяців до восьми років¹².

У мотивувальній частині аналізованого рішення КСУ стверджується, що

Конституційний Суд України виходить із того, що судова влада, зважаючи на сутність її функцій, є найменш небезпечною для демократичного врядування та інших гілок влади, а також для природних прав людини, визначених Конституцією України, оскільки має найменше можливостей для їх порушення або негативного впливу на них. Адже законодавча влада встановлює правила, виконавча влада застосовує примус, а судова влада не має ні того, ні іншого¹³.

Якщо така постановка питання (про “небезпечність гілок державної влади для демократичного врядування”) взагалі є правомірною, то доведеться визнати, що саме КСУ, судді якого багато в чому отожднюють себе із судовою владою, ухвалюючи з доленосних для країни питань остаточні рішення, може бути “найбільш небезпечним для демократичного врядування”. Достатньо згадати хоча б рішення КСУ у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції Украї-

¹¹ Кримінальний кодекс України (н 3).

¹² Іван Козловський, “У Польщі систему декларування досі модернізують” *Голос України* (2020, 17 листопада).

¹³ Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 2020 р. № 13-р/2020 (н 1).

ни)¹⁴, яким він визнав цей закон неконституційним і тим самим повернув Президенту України В. Януковичу повноваження у редакції Конституції України 1996 р., що було сприйняте українським суспільством як узурпація ним влади і стало однією з причин масових акцій протесту взимку 2013–2014 рр. (Революції Гідності).

Проблеми в діяльності КСУ значною мірою зумовлені незаконним (і зазвичай безкарним) тиском на нього з боку як вищого керівництва держави, різноманітних політичних сил, засобів масової інформації, так і “вулиці” – різних “активістів” з агресивними гаслами, фаєрами, запаленими автомобільними шинами тощо. І все ж глибинні причини таких проблем кореняться у конституційному статусі КСУ, який потребує докорінного реформування. У цьому Україні може стати в нагоді конституційний досвід зарубіжних країн.

Орган судового конституційного контролю у тій чи тій формі існує майже в усіх демократичних державах. Є дві основні моделі такого контролю: американська і європейська. За американської моделі конституційний контроль здійснюється судами загальної юрисдикції у розгляді конкретних кримінальних, цивільних, адміністративних тощо справ.

За європейської моделі конституційний контроль здійснюється спеціальним конституційним судом або подібним до нього органом. Компетенція конституційного суду в різних країнах неоднакова, але головною його функцією скрізь є конституційний контроль – перевірка законів та інших правових актів органів державної влади на відповідність конституції (конституційність). Якщо конституційний суд ухвалить рішення про невідповідність змісту того чи того правового акта конституції або про порушення визначеної конституцією процедури його розгляду, прийняття (видання) або набуття чинності, акт втрачає юридичну силу. З питань його компетенції конституційний суд ухвалює рішення, які є обов’язковими до виконання, як правило, остаточними і такими, що не підлягають оскарженню.

В Україні використовується європейська модель судового конституційного контролю. КСУ, запроваджений Конституцією України 1996 р., має типовий для європейських держав статус. Проте функціонування конституційного суду з таким статусом у системі вищих органів державної влади може викликати негативні політико-правові наслідки, які вочевидь проявилися в Україні.

Своїми рішеннями КСУ вносить численні зміни в чинну систему національного законодавства, уточнює зміст і межі правового регулюван-

¹⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 <zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10> (дата звернення: 21.01.2021).

ня. Практично його акти стоять над законами, мають таку саму юридичну силу, що й Конституція України, на основі якої вони приймаються. У разі частих звернень до КСУ з питань відповідності законів та інших нормативно-правових актів Конституції України, офіційного тлумачення Конституції і законів України (до прийняття Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”, яким було скасовано повноваження КСУ щодо тлумачення законів України), КСУ, ухвалюючи відповідні рішення (визнаючи неконституційними ті чи ті норми законів і навіть закони загалом, розширюючи через тлумачення чинні норми), по суті, *перетворюється у найвищий, такий, що стоїть над парламентом (Верховною Радою України), законодавчий орган*. Тексти багатьох законів України рясніють редакційними уточненнями, що та чи та норма закону визнана неконституційною КСУ і втратила чинність. У вирішенні тих чи тих правових питань, обґрунтовуючи ту чи ту правову позицію, правники все частіше звертаються до рішень КСУ, причому звертаються не тільки до резолютивної, а й до мотивувальної частини таких рішень. Як зазначає О. Копиленко, ‘фахівці-юристи давно на власний розсуд використовують у своїх дослідженнях неофіційний термін “правові позиції Конституційного Суду”, що став вже традиційним’¹⁵.

Наочним прикладом правотворчості КСУ може бути його рішення від 6 квітня 2010 р. № 11-рп/2010, яким він постановив, що

окремі народні депутати України, зокрема ті, які не перебувають у складі депутатських фракцій, що ініціювали створення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, мають право брати участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України¹⁶.

Тим самим не тільки узаконив переформатування у березні 2010 р. коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, а й створив законодавчу норму, яка уможливила входження до коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України народних депутатів України на індивідуальній основі¹⁷.

¹⁵ В Шаповал, О Копиленко, ‘Конституційна ситуація в Україні: “розмови запросто”’ *Голос України* (2020, 15 грудня).

¹⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 68 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини шостої статті 83 Конституції України, частини четвертої статті 59 Регламенту Верховної Ради України стосовно можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України від 6 квітня 2010 р. № 11-рп/2010 <zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-10> (дата звернення: 21.01.2021).

¹⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 68 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини шостої статті 83 Конституції України, частини четвертої статті 59 Регламенту Верховної Ради України стосовно можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України від 6 квітня 2010 р. № 11-рп/2010 <zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-10> (дата звернення: 21.01.2021).

Європейська комісія “За демократію через право” (Венеційська комісія) у своєму терміновому загальному висновку (*urgent joint opinion*) щодо аналізованого рішення КСУ від 9 грудня 2020 р. № 1012/2020 особливо наголосила, що конституційний суд не повинен брати на себе функції парламенту:

31. Венеційська комісія вважає вимогою поділу влади те, що конституційний суд *не повинен узурпувати роль законодавчого органу* (підкреслено нами. – П. Ш., В. К.). Навіть якщо формально конституційний суд має повноваження оголошувати неконституційними певні положення кримінального кодексу, це повноваження повинно застосовуватися з повагою до установчої ролі парламенту в системі стримувань і противаг¹⁸.

Це застереження Венеційської комісії по суті підтверджує нашу тезу про те, що КСУ виступає і як законодавчий орган.

Інститут КСУ не має противаги у політико-правовій системі країни, що суперечить вимозі збалансованості повноважень органів державної влади в системі поділу влади. Акти Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України можуть бути оскаржені в КСУ, прийнятий Верховною Радою України закон може бути заветований Президентом України, дія актів Кабінету Міністрів України може бути зупинена Президентом України з мотивів невідповідності Конституції України (з одночасним зверненням до КСУ щодо їх конституційності), навіть рішення Верховного Суду може бути оскаржене в Європейському суді з прав людини, і тільки рішення КСУ не може бути ні скасоване, ні зупинене в дії, ні оскаржене в якій би то не було інстанції.

Президент України і Верховна Рада України вжили низку заходів з метою мінімізувати негативні наслідки рішення КСУ для запобігання корупції в Україні. Аналіз таких заходів не є нашим завданням, яке ми вбачаємо у тому, щоб ознайомитися з досвідом зарубіжних країн щодо обмеження повноважень органу судового конституційного контролю.

У багатьох європейських державах конституційного суду як такого немає взагалі, функцію конституційного контролю в них здійснюють суди загальної юрисдикції (американська модель) або несудовий орган (державна рада). Це передусім держави з монархічною формою правління, за винятком Андорри й Іспанії, порівняно недавно прийняті конституції яких (відповідно в 1993 і 1978 рр.) передбачають інститут конституційного суду. Із держав із республіканською формою правління конституційного суду немає у Греції, Естонії, Ірландії, Ісландії, Фінляндії, Швейцарії (у будь-якому разі про такий суд не йдеться у конституціях цих держав).

¹⁸ On the legislative situation regarding anti-corruption mechanisms following decision No. 13-R/2020 of the Constitutional Court of Ukraine <[venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)018-e](http://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)018-e)> (accessed: 21.01.2021).

Україна могла б відмовитися від інституту КСУ, поклавши його функції на Верховний Суд (конституційну палату у його складі). У такому разі суперечливі рішення конституційної палати за зверненнями уповноважених суб'єктів могли б переглядатися Пленумом Верховного Суду. Проте це суперечило б європейській традиції – як не як, а конституційний суд є у більшості європейських держав і наявність відповідного інституту в конституції стала сприйматись як ознака демократії.

Найбільш реальний шлях уникнення можливого негативного впливу КСУ на систему права і суспільні відносини загалом – вилучити з його компетенції функцію наступного конституційного контролю, обмеживши її лише функцією попереднього контролю, як це зроблено в низці країн. Попередній конституційний контроль поширюється на акти, які не набрали чинності, а наступний – на чинні акти.

Прикладом може бути Франція, де Конституційна рада в обов'язковому порядку перевіряє на відповідність Конституції Франції органічні закони, а також у факультативному порядку звичайні закони, але тільки до їх промульгації (підписання та оприлюднення) Президентом (частини 1, 2 ст. 61):

Органічні закони до їх промульгації і регламенти палат Парламенту до їх застосування повинні бути подані до Конституційної ради, яка приймає рішення щодо їх відповідності Конституції. З цією метою закони до їх промульгації можуть бути передані до Конституційної ради Президентом Республіки, Прем'єр-міністром, головою Національних зборів, головою Сенату, або шістьдесятьма депутатами, або шістьдесятьма сенаторами¹⁹.

А щоб Конституційна рада не затягувала розгляд питання про конституційність закону (законопроекту), вона повинна прийняти рішення у місячний строк. Однак за наявності терміновості, на вимогу Уряду, цей строк скорочується до восьми (!) днів (ч. 3 ст. 61).

Для порівняння: згідно із Законом України “Про Конституційний Суд України” строк провадження у справах за конституційними поданнями та конституційними зверненнями не повинен перевищувати трьох місяців (за першопочатковою редакцією цього закону строк провадження за конституційними зверненнями не повинен перевищувати шести місяців), за невідкладним поданням, яке визнається невідкладним самим (?!) КСУ, – одного місяця (частини 1–3 ст. 57)²⁰. Закон України “Про Конститу-

¹⁹ ‘Конституция Франции’ в *Конституции государств Европы* (Окуньков Л общ ред и вступ ст, НОРМА 2001) 411–34.

²⁰ Про Конституційний Суд України: Закон України від 16 жовтня 1996 року. *Голос України*. 1996. 22 жовтня; Про внесення змін до деяких законів України щодо повноважень Конституційного Суду України, особливостей провадження у справах за конституційними зверненнями та недопущення зловживань правом на конституційне подання: Закон України від 19 березня 2009 р. № 1168-VI. *Голос України*. 2009. 13 травня.

ційний Суд України” встановив, що строк конституційного провадження не повинен перевищувати шість місяців, якщо інше не встановлено цим Законом, а для деяких справ, зокрема й тих, щодо яких Сенат, Велика палата Конституційного Суду визнали конституційне провадження невідкладним, – один календарний місяць (частини 2, 3 ст. 75)²¹.

Навіть попри такі ліберальні строки, КСУ може не тільки багатьма місяцями, а й роками не розглядати справи за конституційними зверненнями. Так сталося, наприклад, із Законом України “Про очищення влади”²² (люстрацію), перше звернення щодо конституційності окремих положень якого надійшло до КСУ ще у листопаді 2014 р., проте рішення щодо якого все ще не ухвалене.

Ще далі, аніж Франція, в обмеженні повноважень органу судового конституційного контролю пішла Румунія, яка багато в чому запозичила французьку конституційну модель. Конституція Румунії 1991 р. не тільки обмежує компетенцію Конституційного суду функцією попереднього контролю, а й передбачає можливість відхилення Парламентом рішення суду про неконституційність закону або регламенту палати Парламенту (ч. 1 ст. 145):

У разі неконституційності <...> закон або регламент направляються на повторний розгляд. Якщо закон приймається у попередній редакції більшістю не менше двох третин від числа членів кожної Палати, то заперечення щодо неконституційності відхиляється, а промульгація стає обов’язковою²³.

Конституційно встановлена можливість відхилення рішення КСУ про неконституційність закону України чи його окремих положень не менш як двома третинами від конституційного складу Верховної Ради України могла б бути вагомою противагою повноваженням КСУ в системі стримувань і противаг. Крім того, вже саме відкрите розгорнуте обговорення рішення КСУ на пленарному засіданні Верховної Ради України надавало б йому більшої легітимності (визнання правомірності суспільством), аніж ухвалення рішення вузьким колом суддів КСУ, тим паче на закритому засіданні. А відхилення Верховною Радою України рішення КСУ про неконституційність якого-небудь закону чи його окремих положень надавало б більшої легітимності цьому закону чи його окремим положенням.

У Казахстані компетенція Конституційної Ради також обмежується тільки функцією попереднього контролю. Вона ухвалює своє рішення

²¹ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII <zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (дата звернення: 21.01.2021).

²² Про очищення влади: Закон України від 16 вересня 2014 р. № 1682-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1682-18#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

²³ ‘Конституція Румунії’ в *Конституції держав Європи* (Окуньков Л общ ред и вступ ст, НОРМА 2001) 63–92.

упродовж місяця, на вимогу Президента Казахстану строк може бути скорочений до 10 днів.

Відповідно до ч. 4 ст. 73 Конституції Казахстану 1995 р.:

На рішення Конституційної Ради загалом або в його частині можуть бути внесені заперечення Президента Республіки, які долаються двома третинами голосів від загального числа членів Конституційної Ради. У разі неподолання заперечень Президента рішення Конституційної Ради вважається неприйнятним²⁴.

КСУ визнає закон неконституційним не тільки через невідповідність змісту закону Конституції України, а й у разі, якщо була порушена конституційно встановлена процедура його прийняття. Так сталося, наприклад, із Законом України “Про внесення змін до Конституції України”²⁵, нещодавно – із Законом України “Про засади державної мовної політики”²⁶. Такі порушення можуть бути незначними, зовсім не стосуватися змісту закону (в останньому випадку, наприклад, голосування одним депутатом за іншого або голосування карткою народного депутата, який на момент голосування був відсутній у залі сесійних засідань тощо), проте використовуються для визнання закону неконституційним.

У зв’язку з цим привертає увагу Конституція Туреччини 1982 р., яка передбачає, що конституційні поправки контролюються на відповідність Конституції Туреччини тільки за формою і можуть бути визнані Конституційним судом неконституційними на підставі не будь-яких порушень процедури їх прийняття, а тільки тих, які стосуються терміновості їх розгляду і більшості, необхідної для їх внесення і прийняття (частини 1, 2 ст. 148):

<...> Конституційні поправки контролюються і перевіряються тільки на відповідність Конституції за формою <...>. Перевірка законів за формою обмежується розглядом того, чи була отримана необхідна більшість при підсумковому голосуванні; перевірка конституційних поправок обмежується розглядом того, чи була необхідна більшість отримана за пропозиції та голосування і чи було виконано заборону на розгляд питань у терміновому порядку²⁷.

²⁴ Конституція Республіки Казахстан 30 августа 1995 г. <<http://www.parlam.kz/ru/constitution>> (дата звернення: 21.01.2021).

²⁵ Див.: Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 (н 14).

²⁶ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про засади державної мовної політики” від 28 лютого 2018 р. № 2-п/2018 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-18#n55>> (дата звернення: 21.01.2021).

²⁷ ‘Конституция Турции (Турецкой Республики)’ в *Конституции государств Европы* (Окуньков Л общ ред и вступ ст, НОРМА 2001) 222–86.

Ті чи ті обмеження компетенції конституційного суду можна знайти і в конституціях інших держав.

Висновки. Наділений функцією наступного конституційного контролю, повноваженнями щодо тлумачення Конституції і – до червня 2016 р. – законів України, ухвалюючи відповідні рішення, КСУ тією чи тією мірою виконує і правотворчу функцію, а оскільки його рішення мають вищу від прийнятих парламентом законів юридичну силу, то це означає, що він певною мірою виступає і як надпарламентський орган законодавчої влади. Така “законотворчість” КСУ може негативно впливати на систему права і суспільні відносини в Україні. Рішення суду нерідко є політично і корпоративно вмотивованими, значний вплив на їх ухвалення справляє політична обстановка в країні, незаконний тиск на суд та ідеологічні переконання і політичні позиції самих суддів. Істотно обмежити можливі негативні наслідки діяльності КСУ через прийняття нового закону про КСУ, прийняття Регламенту КСУ Верховною Радою України як закону, запровадження ухвалення КСУ рішень кваліфікованою більшістю не менш ніж у дві третини голосів від його складу або взагалі консенсусом (фактично одноголосно), посилення вимог при відборі кандидатів на посаду судді КСУ, що пропонується останнім часом, неможливо. Необхідне внесення змін до Конституції України щодо обмеження компетенції КСУ, передусім у частині його функції наступного конституційного контролю та остаточного характеру ухвалених ним рішень.

Однак на такі обмеження потрібна буде згода самого КСУ, оскільки будь-яке обмеження його конституційних повноважень, особливо після запровадження інституту конституційної скарги, КСУ може сприйняти як обмеження прав і свобод людини та громадянина, що унеможливить внесення відповідних змін до Конституції України.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. *Konstitucii gosudarstv Evropy* (Okun'kov L obshh red i vstup st, NORMA 2001) (in Russian).

Newspaper articles

2. Kozlovskiy I, ‘U Polshchi systemu deklaruvannia dosi modernizuiut’ *Holos Ukrainy* (2020, 17 lystopada) (in Ukrainian).
3. Shapoval V ta Kopylenko O, ‘Konstytutsiina sytuatsiia v Ukraini: “rozmovy zaprosto”’ *Holos Ukrainy* (2020, 15 hrudnia) (in Ukrainian).

Petro Shliakhtun
Valeriy Kolyukh

CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE
AS AN OVER-PARLIAMENT LEGISLATIVE AUTHORITY

ABSTRACT. The decision of the Constitutional Court of Ukraine on issues of anti-corruption legislation is analyzed from the point of view of their compliance with the principles of the rule of law and anti-corruption tasks in Ukraine. Attention is drawn to the place of decisions of the Constitutional Court of Ukraine in the system of law of Ukraine, the legal and political consequences of their adoption. The need to reform the constitutional status of the Constitutional Court of Ukraine is justified. Based on an analysis of foreign constitutional experience, possible ways of limiting the competence of the Constitutional Court of Ukraine are determined, especially in terms of its function of subsequent constitutional control and the final nature of its decisions.

The conclusion states that endowed with the function of subsequent constitutional control, powers to interpret the Constitution and – until June 2016 – the laws of Ukraine, making appropriate decisions, the Constitutional Court of Ukraine to some extent performs a law-making function, and because its decisions have higher legal force than laws passed by parliament, it means that it to some extent acts as a supra-parliamentary legislature. Such “law-making” of the Constitutional Court of Ukraine may negatively affect the system of law and public relations in Ukraine. Court decisions are often politically and corporately motivated and are significantly influenced by the political situation in the country, unlawful pressure on the court, and the ideological convictions and political positions of the judges themselves. The consent of the Constitutional Court of Ukraine itself will be required to significantly limit the possible negative consequences of the activity of the Constitutional Court of Ukraine. Since any restriction of his constitutional powers, especially after the introduction of the institution of a constitutional complaint, the Constitutional Court of Ukraine may declare as a restriction of human and civil rights and freedoms, which will make it impossible to amend the Constitution of Ukraine.

KEYWORDS: constitution, judicial authority, Constitutional Court of Ukraine, constitutional control, corruption.



Леонід Тимченко

доктор юридичних наук, професор,
головний науковий співробітник
відділу дослідження міжнародної податкової конкуренції
Науково-дослідного інституту фіскальної політики
Університету державної фіскальної служби України
(Ірпінь, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8897-0308>
ltymch@ukr.net

Валерій Кононенко

доктор юридичних наук,
доцент кафедри міжнародних відносин,
міжнародної інформації та безпеки
Харківського національного університету
імені В. Н. Каразіна
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6461-7072>
advokatkononenko@ukr.net



УДК 341.6

**ПРОЦЕСУАЛЬНА РЕАЛІЗАЦІЯ ГАРАНТІЙ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ
ТА ЗАХИСТУ ЇЇ ІНТЕРЕСІВ**

АНОТАЦІЯ. Звернення до мирних засобів вирішення міжнародного спору є єдино можливим і логічним способом врегулювання міжнародних суперечок. Мирне врегулювання – це основний компонент забезпечення безпеки, формування системи міжнародних відносин, заснованих на виключенні сили, взаєморозумінні, співпраці та довірі між суб'єктами міжнародного права.

Метою статті є аналіз стану процесуальної реалізації гарантій безпеки України та захисту її інтересів, визначення шляхів мінімізації негативних наслідків неналежного представництва держави в міжнародних судових інстанціях.

Міжнародний судовий розгляд у повному обсязі не гарантує захист інтересів держави та виконання відповідного рішення, ухваленого міжнародним судом на користь держави: на формування правової позиції міжнародних судів може впливати політична та економічна складові міжнародних відносин у світлі геополітичних інтересів як окремих держав, так і їхніх об'єднань, що позначається на характері ухвалених рішень. А виконання рішень міжнародних судів залежить від доброї волі держави, на яку покладені зобов'язання. Однак він є достатньо

ефективним механізмом юридичного врегулювання міжнародних суперечок мирними засобами.

За умови застосування міжнародними судовими установами прецедентного права та системного використання договірних норм *contra legem*, при формуванні правової позиції необхідно враховувати практику міжнародних судів в аналогічних справах, не спираючись виключно на норми позитивного права.

Для мінімізації негативних наслідків неналежного представництва держави в міжнародних судових інстанціях необхідно передбачити проведення обов'язкового правового та фінансового незалежного аудиту в усіх справах.

Кожний законопроект щодо ратифікації міжнародних договорів, які містять арбітражне застереження, або якими прямо передбачений судовий розгляд, необхідно направляти, окрім відповідного комітету щодо предмета відання, до комітетів із питань правової політики та з питань національної безпеки, оборони та розвідки для проведення експертизи.

Ключові слова: міжнародні гарантії; Міжнародний суд Організації Об'єднаних Націй; Міжнародний трибунал Організації Об'єднаних Націй з морського права; делімітація; континентальний шельф; виключна економічна зона.

У пункті 43 нової Стратегії національної безпеки України зазначено, що 'Україна продовжить позовну роботу у міжнародних судових інстанціях із притягнення Російської Федерації до міжнародно-правової відповідальності'¹. У зв'язку з цим завданням статті є аналіз стану процесуальних дій держави щодо забезпечення гарантій її безпеки, втілених у нормах міжнародних договорів, захисту прав і законних інтересів України в міжнародних судових інстанціях, оскільки це майже єдиний шлях більш-менш ефективного мирного вирішення міжнародних спорів.

Метою дослідження є аналіз стану процесуальної реалізації гарантій безпеки України та захисту її інтересів, визначення шляхів мінімізації негативних наслідків неналежного представництва держави в міжнародних судових інстанціях.

Актуальність теми пов'язана з участю України (поки що, на жаль, не завжди досить успішною) у міжнародних судових процесах², що вимагає звернути увагу на проблеми, пов'язані з необґрунтованими рішеннями про передачу в міжнародну судову інстанцію територіальних суперечок, неналежним представництвом інтересів держави в міжнародних судах, формуванням правової позиції у справі, яка б ґрунтувалася не тільки на політичній доцільності та нормах позитивного міжнародного права, без врахування практики міжнародних судів і тенденцій її розвитку. Також важливо розкрити необхідність досудової підготовки справ, вчинення дій, спрямованих на відтермінування "критичної дати", покращення правового положення держави. Наприклад, формування необхідного локального міжнародного звичаю (рішення Міжнародного суду Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) у справі про рибаль-

² У статті розглядається судова практика держав виключно в галузі міжнародного публічного права.

ство “Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії проти Норвегії”³, рішення “Румунія проти України”⁴), підготовкою, вступом у судовий процес, напрацювання правової позиції у справі, доведення обставин, на які держава посилається. Підтвердженням наявності проблеми доказування обставин, що підтверджують позицію України в Міжнародному суді ООН, є формулювання п. 75 Постанови Суду від 19 квітня 2017 р. щодо прохання України про тимчасові заходи у справі “Україна проти Росії” про застосування Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму та Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації. Міжнародний суд ООН, зокрема, зазначив, що Україна посилається на: а) напад на мирних демонстрантів у Харкові; в) бомбардування Маріуполя; с) напад у Волновасі та Краматорську; d) знищення повітряного судна малазійських авіаліній (*Flight MH17*), які призвели до смерті і поранень великої кількості цивільних осіб. Однак Україна не представила докази, які дали б достатньо підстав вважати, що ці елементи присутні⁵.

Питання діяльності міжнародних судів досліджувалися на підставі праць Т. Анакіної, М. Баймуратова, В. Бринцева, О. Буткевич, Н. Гураленко, Н. Дрьоміної, О. Касинюк, Б. Квятковської, О. Коптевої, В. Корецького, В. Мицика, С. Погрібняка, В. Репецького, В. Смородинського, О. Стрельцової, С. Шевчука, М. Цвіка, а також іноземних науковців – В. Абдрашитової, Х. Адилкарієва, В. Бернама, І. Богдановської, А. Величковського, Д. Власова, С. Гузея, П. Гука, М. Діксона, К. Доді, Ф. Кожевнікова, Д. Левіна, В. Лисовського, І. Махнібороди, М. О’Коннела, Е. Петерсмана, Р. Платцодера, М. Полянського, Е. Пушміна, А. Самбатян, П. Спіро, В. Уорстера, М. Хадсона, А. Фердроса, Е. Фрая, Г. Шармазаншвілі, Г. Шинкарецької, М. Шоу та ін. Проблему вирішення спорів між державами розглядали в своїх працях Г. Абі-Сааб, І. Бойко, А. Бурхарт, Г. Дам, Л. Ентін, Б. Кліменко, І. Макгібон, Л. Мажар, О. Орлов, П. Пескатор, С. Пунжин, К. Савчук, Н. Севостьянова, Ель-Сір А. А. Хамід, С. Шарма та ін.

Як відомо, в міжнародному праві відсутній орган із нагляду, який би міг забезпечити дотримання сторонами як гуманітарних конвенцій, так і дво- та багатосторонніх договірних зобов’язань, виконання рішень міжнародних судових установ, покарання агресора, захисту потерпілої

³ United Kingdom v. Norway (fisheries case). Judgment of the International Court of Justice. December 18th, 1951 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf>> (accessed: 25.09.2020).

⁴ Romania v. Ukraine (Maritime Delimitation in the Black Sea). Judgment of the International Court of Justice. 3 February 2009 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/132/132-20090203-JUD-01-00-EN.pdf>> (accessed: 25.09.2020).

⁵ Ukraine v. Russian Federation: Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 19.04.2017 <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/166/19394.pdf>> (accessed: 25.09.2020).

сторони. Тому в міжнародному праві сформувалися механізми, що захищають законні права та інтереси держав і дають змогу говорити про охоронну функцію міжнародного права⁶, яка, на переконання П. Спіро, не підтримується матеріальною силою, а здійснюється завдяки впливовим міжнародним суб'єктам і є переважно міжнародною політикою, що здійснюється за допомогою інших засобів⁷. Як зазначав Г. Кельзен, незважаючи на наявність норм про міжнародну відповідальність, сама система міжнародного права досить примітивна, оскільки не має централізованого управління і механізму покарання за правопорушення⁸.

Р. Валеев відносить судовий розгляд суперечок до методів контролю в сучасному міжнародному праві⁹. Як зауважує Ю. Круглова, контроль у міжнародному праві є одним зі способів забезпечення виконання зобов'язань, поряд із гарантіями і діяльністю спеціалізованих міжнародних органів¹⁰. Проте, як зазначає М. Діксон, система міжнародного права повинна забезпечувати взаємодію юридично рівних суб'єктів, а не контролювати їх¹¹.

Ми не можемо погодитися з контрольною функцією міжнародних судових установ – вони вирішують спори між рівними суб'єктами міжнародного права, користуючись наданими їм повноваженнями в межах, встановлених сторонами. За деякими винятками, такими як, наприклад, Міжнародний кримінальний суд, Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ), який створювався саме як контрольний механізм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)¹² і який вже давно вийшов за межі, встановлені нормами зазначеного міжнародного договору.

Крім того, як зазначає Е. Петерсман, одним із найважливіших уроків ХХ ст. стало усвідомлення того факту, що в міжнародних відносинах, не менш ніж на національному рівні, дія норм права і механізму мирного вирішення спорів часто може бути забезпечена тією мірою, якою узгоджена правотворчість доповнена адміністративним правозастосуванням і можливістю судового спонукання до виконання у межах як національних, так і міжнародних інститутів¹³. С. Ушаков вказує на наявність про-

⁶ Ю Чайковский, 'Эволюция сущности международного права' (2010) 2 Альманах международного права 94.

⁷ Peter J. Spiro, 'Wishing International Law Away' [2009] 23 (119) Yale L. J. Online <<http://www.yalelawjournal.org/forum/wishing-international-law-away>> (accessed: 25.09.2020).

⁸ H Kelsen, *Principles of International Law*. New York (reprinted, The Lawbook Exchange 2003) 18–23.

⁹ Р Валеев, 'Контроль в современном международном праве' (автореф дис д-ра юрид, 1999) 26.

¹⁰ Ю Круглова, 'Институт контроля в международном морском праве' (автореф дис канд юрид наук, 2007) 13.

¹¹ M Dixon, *Textbook on International Law* (Oxford University Press 2007) 2.

¹² Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 2021).

¹³ Ernst-Ulrich Petersmann and Federico Ortino (eds), *The WTO dispute settlement system 1995–2003* (Kluwer Law International 2004) 18 Studies in transnational economic law 5.

блеми виконання рішень¹⁴. Про цю проблему говорить і М. О'Коннелл¹⁵. Відбувалося не лише невиконання, а й показове порушення актів Суду, наприклад, постанови про визначення тимчасових заходів від 3 березня 1999 р. у справі Лагранд ("Німеччина проти Сполучених Штатів Америки")¹⁶.

На відміну від Статуту Міжнародного суду ООН, у системі Конвенції передбачені штрафні санкції за невиконання рішень ЄСПЛ і відповідний контрольний механізм. При цьому обов'язок виконання остаточних рішень цього Суду лежить лише на державі, яка є відповідачем у конкретній справі¹⁷. Але навіть за таких умов багато рішень не виконується.

Всередині держави обов'язковість судових рішень підтверджується законом, підтримується авторитетом державної влади і забезпечується силою примусу. У міжнародних відносинах цього немає – в основі обов'язковості рішення міжнародного суду або арбітражу лежить угода, компроміс. Г. Шинкарецька пише, що тільки загальна воля суверенних держав служить джерелом імперативної сили рішення міжнародного суду і гарантує його виконання¹⁸. Але ми вважаємо таке розуміння гарантій помилковим. Так, О. Тиунов під гарантією розуміє особливий юридичний режим, у межах якого держави-гаранти на основі міжнародно-правового договору (основного або додаткового) беруть на себе зобов'язання і відповідальність за забезпечення дій або утримання від дій певної держави за допомогою прийняття реальних заходів (індивідуально, взаємно або колективно) щодо захисту встановлених договором прав і зобов'язань держави, якій надано гарантію з метою встановленого правила поведінки або правового статусу, визначеного положення речей з урахуванням принципів поваги суверенітету, невтручання у внутрішні справи та інших основних принципів міжнародного права¹⁹. На думку В. Буткевича, міжнародно-правове значення гарантій полягає у зобов'язаннях за міжнародним правом, згідно з якими одна або кілька держав беруть на себе відповідальність за такими зобов'язаннями перед третьою державою. Не можуть вважатися міжнародно-правовими гарантіями прості домовленості²⁰.

¹⁴ С Ушаков, 'Вклад многосторонних органов международного правосудия в функционирование института международно-правовой ответственности государств в контексте международного процессуального права' (дис канд юрид наук, 2009) 167.

¹⁵ М Е О'Connell, 'Enforcement and the Success of International Environmental Law' (1995) 3 *Indiana Journal of Global Legal* 51.

¹⁶ *Case LaGrand (Germany v. United States of America): Request for the Indication of Provisional Measures* <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-19990303-ORD-01-00-EN.pdf>> (accessed: 25.09.2020).

¹⁷ В Абдрашитова, 'Теоретико-правовые основы исполнения решений Европейского суда по правам человека' (автореф дис канд юрид наук, 2008) 28.

¹⁸ Г Шинкарецька, *Міжнародна судова процедура* (Наука 1992) 35.

¹⁹ О Тиунов, 'Международно-правовые гарантии как средство обеспечения международных договоров' (2011) 4 *Журнал российского права* 90–1.

²⁰ В Буткевич, 'Гарантії міжнародно-правові' в *Енциклопедія міжнародного права, т 1: А–Д* (Шемшученко Ю та Денисов В співголови редкол, Академ періодика 2014) 611.

Тобто арбітражна клаузула, договір про створення арбітражу або одностороння заява про визнання юрисдикції суду не є гарантіями самі собою і не забезпечують виконання рішення міжнародного суду. І така ситуація не є винятком – це звичайна практика, яку треба врахувати представникам держави, формулюючи правову позицію. Тепер звернімося до справи “Україна проти Росії” у Міжнародному трибуналі з морського права (далі – Трибунал). Як відомо, 25 листопада 2018 р. після спроби пройти через Керченську протоку в Азовське море російські силовики обстріляли і захопили три кораблі Військово-морських сил України: катери “Бердянськ”, “Нікополь” і буксир “Яни Капу”, які прямували з Одеси до Маріуполя. У полон потрапили 24 українці, троє з них були поранені. Федеральна служба безпеки Російської Федерації (далі – РФ) порушила кримінальну справу про незаконний перетин кордону, вчинений організованою групою осіб (ч. 3 ст. 322 Кримінального кодексу РФ). Заяву про призначення тимчасових заходів відповідно до п. 5 ст. 290 Конвенції з морського права Україна подала 16 квітня 2019 р. Тобто через чотири місяці і 22 дні після затримання. Трибунал 25 травня 2019 р. зобов’язав Росію негайно звільнити всіх моряків, а також повернути Україні кораблі²¹. Зазначене рішення було ухвалено через пів року після затримання.

П. Клімкін тоді написав:

Почитайте мляву і беззубу заяву МЗС [Міністерства закордонних справ] РФ щодо рішення Міжнародного трибуналу з морського права, і зрозумієте масштаб нашої сьогоднішньої перемоги. Росія має повернути кораблі, а головне – звільнити наших моряків. P. S. А так виглядає просте дипломатичне щастя²².

У зв’язку з цим пропонуємо проаналізувати масштаб перемоги. Але відразу виникають деякі сумніви та питання:

1. Офіційна реакція про “перемогу” не відповідає об’єктивній реальності, оскільки Трибунал завжди приймає рішення про звільнення екіпажу!

2. Також не зрозуміла гордість від того, що Трибунал визнав свою юрисдикцію для цілей ст. 292 Конвенції з морського права, хоча аналіз практики Трибуналу показує, що він завжди з легкістю встановлював юрисдикцію *prima facie*.

²¹ Ukraine v. Russian Federation: Order of 25 May 2019 <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_26/C26_Order_25.05.pdf> (accessed: 25.09.2020).

²² ‘Рішення міжнародної інстанції настільки переконливе, що в Росії немає реальної відповіді’ (ТЧН. Політика, 25.05.2019) <<https://tsn.ua/politika/zrozumiti-masshtab-peremogi-klimkin-zaklikav-podivitisyana-mlyavu-i-bezzubu-reakciyu-moskvi-1351587.html>> (дата звернення: 29.09.2020).

3. Затримання українських плавзасобів відбулося 25 листопада 2018 р. і тільки 16 квітня 2019 р. Україна подала Запит на припис тимчасових заходів, тобто майже п'ять місяців (без 10 днів) знадобилося для написання не дуже складного процесуального документа на 21-му аркуші (із яких 11 – перші сторінки, зміст, адреса Міністерства закордонних справ України, підписи, список затриманих моряків та перелік додатків і посилань)²³.

Наприклад, 23 роки тому, у першій справі, яку розглядав Трибунал стосовно судна “Сайга” (“*Saiga*”), коли ще була відсутня будь-яка практика, маленька Республіка Сент-Вінсент і Гренадіни змогла за 14 днів скласти заяву і за 16 днів із моменту затримання вже подати її в канцелярію Трибуналу. 28 жовтня 1997 р. відбулося затримання судна “*Saiga*”; 11 листопада 1997 р. представник позивача С. Харвуд підписав заяву²⁴; 13 листопада 1997 р. секретар Трибуналу, відповідно до п. 2 (а) ст. 52 та п. 4 ст. 111 Регламенту, передав завірену копію президенту Трибуналу; 13 листопада 1997 р. президент Трибуналу постановив ухвалу про прийняття заяви і призначення дати відкриття засідання – 21 листопада 1997 р.²⁵; 4 грудня 1997 р. було прийнято рішення про звільнення екіпажу²⁶ (тобто через 21 день після подання заяви і 37 днів після затримання екіпажу)! До речі, тоді ще не було надруковано “Керівництво щодо порядку розгляду справ у Міжнародному трибуналі з морського права”²⁷, у додатках до якого містяться приклади всіх процесуальних документів. А зараз на сайті Трибуналу можна знайти ще заяву Сент-Вінсент і Гренадін на п'яти аркушах²⁸ і скористатися для складання аналогічної заяви.

4. Період між поданням запиту про введення тимчасових заходів і винесенням Судом відповідної постанови зазвичай становить один місяць²⁹. З огляду на всі процесуальні строки (10 днів після затримання, плюс 15 днів для письмового та два дні для усного провадження. Рішення приймається в найкоротші терміни й оголошується у відкритому засіданні Трибуналу не пізніше 14 днів після завершення слухання, п. 4 ст. 112 Регламенту)³⁰. Таким чином, судно може бути звільнено макси-

²³ Case concerning the detention of three Ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures: Request of Ukraine for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 16 April 2019 <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_26/01_Request_of_Ukraine_for_Provisional_Measures.pdf> (accessed: 25.09.2020).

²⁴ The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea): Application submitted by Saint Vincent and the Grenadines <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_1/application_without_annexes__svg_131197_eng.pdf> (accessed: 25.09.2020).

²⁵ The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea): Order of 13 November 1997 <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_1/published/C1-O-13_Nov_97.pdf> (accessed: 25.09.2020).

²⁶ The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea): Judgment of 4 December 1997 <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_1/published/C1-J-4_Dec_97.pdf> (accessed: 25.09.2020).

²⁷ *Руководство по порядку рассмотрения дел в Международном трибунале по морскому праву* (Compact Media GmbH 2016).

²⁸ The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea): Application (n 24).

²⁹ *Руководство по порядку рассмотрения дел в Международном трибунале по морскому праву* (n 27) 22.

³⁰ Там само 27.

мум через 41 день після затримання, або протягом 31 дня після подачі заяви. Це за умови бажання держави прапора судна звільнити екіпаж.

По запиті України рішення про тимчасові заходи винесено 25 травня 2019 р., тобто через 33 дні після подачі заяви, але через шість місяців(!) після затримання, нагадаємо, що Республіка Сент-Вінсент і Гренадіни спромоглася отримати аналогічне рішення через 37 днів після затримання екіпажу.

Як заявила Л. Зеркаль: 'Із нами була компанія *Covington & Burling*, яка надає юридичний супровід наших справ. Крім цього, з нами в команді були Жан-Марк Тювенін і Альфред Соонс – два дуже відомі професори міжнародного права'³¹. Звідси випливають такі запитання: чому влада України залучила таких іноземних фахівців, за допомогою яких майже п'ять місяців писався документ, який багато років тому представник Сент-Вінсент і Гренадін зміг скласти за 14 днів і чи справді в Україні не знайшлося жодного вченого юриста-міжнародника, або юриста-практика відповідної спеціалізації, які б за два тижні зробили те, що треба для подання відповідної заяви? На нашу думку, така затримка в часі була потрібна, щоб надати можливість Росії провести всі слідчі дії та процесуально закріпити свою позицію. А іноземні фахівці були долучені до справи тому, що українські юристи-міжнародники навряд чи погодились би саботувати справу. Хоча, можливо, таке безпрецедентне затягування справи та залучення для цього іноземних фахівців мало на меті просто отримання неправомірної вигоди.

5. Також чомусь замовчується, що члени екіпажу відпущені не безумовно. У зв'язку з цим не зрозуміло, чому проігноровано справу щодо судна "*Arctic Sunrise*". Так, у п. 36 заяви України є на нього посилення, але не в тему, а просто щоб було. А ця справа цікава тим, що судно "*Arctic Sunrise*", яке ходило під прапором Нідерландів, 19 вересня 2013 р. було примусово зупинено для огляду й затримано Прикордонною службою РФ. 24 вересня 2013 р. Слідчим управлінням Слідчого комітету Росії по Північно-Західному федеральному округу порушена кримінальна справа за ч. 3 ст. 227 КК РФ. Згідно з фабулою справи члени екіпажу та пасажери судна "*Arctic Sunrise*", а також інші невстановлені особи в період із 16:00 17 вересня 2013 р. по 04:30 18 вересня 2013 р., у складі організованої групи з погрозою застосування насильства та з застосуванням предметів, що використовувались як зброя, напали на інше морське судно з метою заволодіння чужим майном. 7 жовтня 2013 р. Ленінським районним судом міста Мурманська була винесена постанова про арешт судна.

21 жовтня 2013 р. Нідерланди подали заяву щодо призначення Трибуналом тимчасових заходів відповідно до п. 5 ст. 290 Конвенції з морсько-

³¹ "Щоб наші хлопчики повернулися". Зеркаль про перебіг справи щодо українських моряків' (*Радіо Свобода*, 12.05.2019) <<https://www.radiosvoboda.org/a/29936080.html>> (дата звернення: 25.09.2020).

го права³² (тобто через 33 дні після затримання судна та екіпажу) і 25 жовтня 2013 р. була винесена постанова про прийняття справи до розгляду і призначення дати засідання³³. А 22 листопада 2013 р. ухвалено рішення про звільнення екіпажу й судна після сплати застави³⁴.

Однак після ухвалення Трибуналом рішення про звільнення затриманих осіб Росія продовжила їх кримінальне переслідування і, перекваліфікувавши статтю обвинувачення, звільнила по амністії (по nereабілітуючим підставам), “зберігши обличчя”. На жаль, такі обставини справи не наштовхнули представників України на думку вимагати безумовного звільнення екіпажу, посилаючись на існуючі прецеденти справи “Arctic Sunrise” та “Juno Trader”.

Справу “Juno Trader” було порушено від імені держави прапора судна (Сент-Вінсент і Гренадіни) проти Гвінеї-Бісау. Спір виник у зв’язку із затриманням судна і його екіпажу за звинуваченням у порушенні національного рибальського законодавства у виключній економічній зоні Гвінеї-Бісау.

Гвінея-Бісау заперечила проти юрисдикції Трибуналу на тій підставі, що згідно з її національним законодавством право володіння судном “Juno Trader” перейшло Гвінеї-Бісау, а отже, Сент-Вінсент і Гренадіни не можуть вважатися державою прапора судна. Трибунал, однак, вважав, що якими б не були наслідки остаточної зміни національності власника судна, конкретні обставини справи, що розглядається, не дають підстав вважати, що зміна власника вже завершена. У своєму рішенні від 18 грудня 2004 р. Трибунал розпорядився негайно звільнити судно “Juno Trader” під заставу в 300 тис. євро³⁵. Він також задовольнив вимогу заявника і постановив, що екіпаж може вільно залишити Гвінею-Бісау без жодної умови³⁶.

Перейдемо до ще однієї “перемоги”: у Міністерстві закордонних справ України наполягають, що рішення Міжнародного суду ООН у справі про делімітацію континентального шельфу та виключних економічних зон України і Румунії у Чорному морі було вигідним для України. Про це сказав представник України у Міжнародному суді ООН В. Василенко на

³² Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation: Case “Arctic Sunrise”: Request for provisional measures submitted by the Netherlands <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Request_provisional_measures_en_withtranslations.pdf> (accessed: 25.09.2020).

³³ Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation: Case “Arctic Sunrise”: Order of 25 October 2013, ITLOS Reports 2013, p. 224 <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/published/C22_Order_251013.pdf> (accessed: 25.09.2020).

³⁴ Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation: Case “Arctic Sunrise”: Order of 22 November 2013 <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/published/C22_Order_221113.pdf> (accessed: 25.09.2020).

³⁵ Г Півторак, ‘Міжнародний трибунал з морського права як механізм врегулювання спорів щодо юрисдикції держави прапора’ (2017) 4 Часопис Київського університету права 271.

³⁶ Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau: The “Juno Trader” Case: Judgment of 18 December 2004 <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_13/13_judgment_181204_en.pdf> (accessed: 25.09.2020).

брифінгу для преси³⁷. Нагадаємо, що 16 вересня 2004 р. Румунія подала заяву про порушення справи проти України у зв'язку з суперечкою щодо встановлення єдиного морського кордону між двома державами в Чорному морі з метою делімітації їхніх континентального шельфу і виняткових економічних зон. При нормальній оцінці юридичної перспективи такий судовий процес не відбувся би взагалі, або в далекому майбутньому за сприятливих обставин. Але Україна сама на це радо погодилася: у пояснювальній записці до проекту Закону України “Про ратифікацію Договору про відносини добросусідства і співробітництва між Україною і Румунією і Додаткової угоди у формі обміну листами Міністра закордонних справ України та Міністра закордонних справ Румунії” (який передбачав передання спору на розгляд Міжнародного суду ООН) зазначено, що підписані документи є збалансованими, становлять міцний правовий фундамент для подальшої розбудови відносин між Україною та Румунією і можуть слугувати надійним інструментом забезпечення їхніх національних інтересів³⁸. У витязі з Протоколу засідання Комітету у закордонних справах і зв'язках з Співдружністю Незалежних Держав Верховної Ради України від 16 липня 1997 р. № 114 все коротко:

Слухали: Про проект Закону України про ратифікацію Договору про відносини добросусідства і співробітництва між Україною і Румунією і Додаткової угоди у формі обміну листами Міністра закордонних справ України та Міністра закордонних справ Румунії.

Ухвалили: Поданий Президентом України проект Закону <...> винести на розгляд Верховної Ради України³⁹.

Вважаємо, що згода на розгляд спору в Міжнародному суді ООН була надана з метою ослаблення держави через заподіяння шкоди територіальній цілісності й економічній безпеці держави⁴⁰: чиновники, які штовхнули Україну в однозначно безперспективний судовий розгляд, усвідомлювали значення своїх дій, що підписують міжнародний договір, який зв'яже державу прописаними в ньому зобов'язаннями (або, інакше кажучи, підписавши міжнародний договір про згоду на розгляд цієї справи в Міжнародному суді ООН, Україна вже не могла цього уникнути), передбачали суспільно-небезпечні наслідки своїх дій, а саме – майбутню поразку України в Суді (у будь-якому разі – мали можливість і по-

³⁷ ‘В МЗС наполягають, що Україна перемогла’ (*Українська правда*, 06.02.2009) <<https://www.pravda.com.ua/news/2009/02/6/3717217>> (дата звернення: 25.09.2020).

³⁸ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про ратифікацію Договору про відносини добросусідства і співробітництва між Україною і Румунією і Додаткової угоди у формі обміну листами Міністра закордонних справ України та Міністра закордонних справ Румунії”.

³⁹ Витяз з Протоколу засідання Комітету у закордонних справах і зв'язках з СНД Верховної Ради України від 16 липня 1997 р. № 114.

⁴⁰ Л Тимченко та В Кононенко, ‘Проблеми делімітації морських просторів України’ (2012) 1 Міжнародне право 242.

винні були передбачити з урахуванням відкритості текстів рішень Суду та його однозначної практики з цієї категорії спорів). І бажали настання цих наслідків, оскільки зробили все від них залежне для цього, ба більше, виключили будь-які можливості ухилитися від судового розгляду, а отже – і від негативного результату.

О. Колесник каже про те, що Україна отримала поразку на дипломатичному фронті, підтвердивши власну нездатність вирішувати серйозні питання⁴¹. На переконання О. Хапантюковського, з яким автори абсолютно згодні, Україна априорі приречена на програшний результат⁴². 3 лютого 2009 р. Міжнародний суд ООН ухвалив рішення у справі “Румунія проти України”⁴³, відповідно до якого острів Зміїний не може вважатися частиною прибережної лінії України при визначенні середньої лінії в процесі делімітації континентального шельфу та виключної економічної зони⁴⁴.

Як бачимо, правова позиція України, заснована на визнанні за Зміїним статусу острова (який відповідно до п. 2 ст. 121 і ст. 76 Конвенції з морського права передбачає наявність континентального шельфу) і виборі його як однієї з вихідних точок для побудови тимчасової рівновіддаленої лінії між Румунією і Україною, виявилася недосконалою: зосередившись виключно на нормах позитивного права – відповідних статтях зазначеної Конвенції, залишили без уваги практику Міжнародного суду ООН, яка, відповідно, і не була врахована. А даремно, бо тоді дії держави, які були спрямовані тільки на вирішення проблеми визнання за Зміїним статусу острова (заселення, господарська діяльність, виконання геофізичних робіт), могли б охопити більш широке коло питань й ефективно вплинути на позитивне вирішення спору. А саме: як вбачається з аналізу рішень Суду, під час доведення законності домагань сторін важливе значення має встановлення міжнародного звичаю, що підтверджує наявність підстав для таких претензій. Як відомо, ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, який, вирішуючи спори відповідно до п. 1 “b” ст. 38 Статуту, передбачає, що разом з іншими джерелами міжнародного права застосовується і міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма⁴⁵.

У рішенні у справі “Румунія проти України” Міжнародний суд ООН зазначив, що сама Україна, хоча вона і вважала, що острів Зміїний під-

⁴¹ О Колесник, ‘Вирішення територіальних спорів між Україною та Румунією’ в *Міжнародні читання, присвячені пам’яті професора Імператорського Новоросійського університету П. Є. Казанського: матеріали міжнародної конференції* (Фенікс 2011) 461.

⁴² А Хапантюковский, ‘Вердикт Международного Суда ООН по разграничению украинско-румынского континентального шельфа. Часть 2: итоги и перспективы’ [2009] 17 (95) *Научный вестник* 88–9.

⁴³ *Romania v. Ukraine* (п 4).

⁴⁴ В Кононенко, *Вирішення територіальних спорів Міжнародним Судом ООН: теорія і практика* (Фенікс 2018) 289.

⁴⁵ Там само 307.

падає під дію п. 2 ст. 121 Конвенції з морського права, не продовжувала відповідний район за межу, що утворюється її материковим узбережжям у зв'язку з наявністю в районі делімітації острова Зміїний. А тому питання про те, чи підпадає острів Зміїний під дію пунктів 2 або 3 ст. 121 цієї Конвенції, не був розглянутий. У світлі цих факторів Суд дійшов висновку, що наявність острова Зміїний не вимагає коригування тимчасової рівновіддаленої лінії і не повинна мати жодних наслідків для делімітації, крім тих, що впливають зі значення дуги його територіального моря шириною в 12 морських миль. Крім того, Суд зазначив, що Україна не здійснювала державну діяльність як доказ мовчазної угоди або *modus vivendi* між сторонами щодо лінії, яка розділяє їх відповідні виняткові економічні зони і континентальний шельф. Навпаки, вона посилається на державну діяльність із метою опротестування лінії, заявленої Румунією. Тут Суд чітко зазначив, що саме бездіяльність України не надала можливості розглянути справу інакше. У будь-якому випадку для захисту стратегічних інтересів держави певні дії (нехай навіть ризиковані) необхідно було зробити, не підписуючи поки жодних угод про передання спору на розгляд Міжнародного суду ООН. Треба було врахувати нову правову позицію, висловлену в рішенні у справі, що стосується суверенітету над островами Пулау-Лігітан і Пулау-Сіпадан (Індонезія проти Малайзії) від 17 грудня 2002 р.⁴⁶, відповідно до якої Суд

не може взяти до уваги дії, вчинені після дати виникнення спору між сторонами, якщо тільки такі не є нормальним продовженням попередніх дій і не відбуваються з метою поліпшення правового становища сторони, що посилається на такі дії (тобто після “критичної дати”)⁴⁷.

Хоча подібна можливість захисту інтересів держави була передбачена і виключена ще раніше – у листі міністра закордонних справ України Г. Удовенка міністру закордонних справ Румунії, який є додатком до Договору про відносини добросусідства і співробітництва між Україною і Румунією від 2 червня 1997 р. Напевно, не випадково в п. 4 (f) зазначеного Договору говориться, що

до досягнення рішення щодо делімітації континентального шельфу Договірні Сторони утримуватимуться від експлуатації мінеральних ресурсів зони делімітації, координати якої будуть зазначені на початку переговорів на основі зазначених вище принципів. При цьому Договірні Сторони змо-

⁴⁶ Кононенко (н 44) 310.

⁴⁷ Sovereignty over Pulau Ligitan und Pulau Sipadan (Indonesiul Muluysia), Application, for. Permission to Intervene, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 575.

жуть встановити за спільною згодою периметри певних площ, які розміщені в цій зоні і ресурси яких будуть спільно використовуватися⁴⁸.

На жаль, доктрина також пішла хибним шляхом, відзначаючи, що лінія розмежування морських просторів між Україною та Румунією залежить виключно від визначення статусу острова Зміїний, і тому, на думку О. Белої, одним із головних завдань української сторони в Міжнародному суді ООН було довести, що Зміїний – це острів, придатний для життя людини і її господарської діяльності⁴⁹. Водночас О. Богдан вважає, що позиція України у цієї справі обґрунтована і відповідає положенням міжнародного права. Відповідно до двосторонніх угод між Україною та Румунією острів Зміїний належить Україні, і на підставі п. 3 ст. 121 Конвенції з морського права він може мати континентальний шельф і виключну економічну зону⁵⁰. Зазначимо також, що Румунія, не маючи у Чорному морі жодного острова під своїм суверенітетом, активно дебатовала на Третій Конференції ООН з морського права щодо міжнародно-правового статусу островів у 1973 р., намагаючись у власних інтересах закріпити за малими ненаселеними островами, включаючи острів Зміїний, статус “скелі”, і таким чином домогтися визнання відсутності прав України на відповідний шельф і виключної економічної зони⁵¹.

При уважному прочитанні пунктів 2 і 3 ст. 121 Конвенції з морського права можна помітити, що за винятком, передбаченим у п. 3, територіальне море та прилегла зона, виключна економічна зона і континентальний шельф острова визначаються відповідно до положень цієї Конвенції, застосованих до інших сухопутних територій. Пункт 3 стосується скель, які не придатні для підтримання життя людини або для самостійної господарської діяльності, не мають ні виключної економічної зони, ні континентального шельфу. А якщо звернути увагу на наведене вище обґрунтування рішення Міжнародного суду ООН у справі про континентальний шельф (“Лівійська Арабська Джамахерія проти Мальти”) від 3 червня 1985 р. (в якому Суд відмовився враховувати острова Фільфола) під іншим кутом зору, можна побачити, що Суд справді не враховує безлюдний острів із метою делімітації, але не на тих підставах, які передбачені в Конвенції з морського права – він навіть не акцентує своєї уваги на особливостях цього острова щодо придатності для підтримання життя людини або для її самостійної господарської діяльності – головний аргумент

⁴⁸ Договір про відносини добросусідства і співробітництва між Україною та Румунією від 2 червня 1997 р. <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=642_003&fpage=1&text=%F1%F3%E4&x=12&y=8> (дата звернення: 25.09.2020).

⁴⁹ О. Белої, ‘Міжнародно-правові аспекти державної морської політики України та юридичні проблеми її реалізації в сучасних умовах’ (автореф дис канд юрид наук, 2008) 12.

⁵⁰ О. Богдан, ‘Правовий режим морських просторів Чорноморсько-Азовського басейну: перспективи розвитку’ (автореф дис канд юрид наук, 2005) 5.

⁵¹ О. Дьяков, ‘Україна-Румунія: проблема делімітації континентального шельфу та виключних економічних зон’ [2007] 4 (5) Стратегічні пріоритети 181.

і фактично правова позиція, підтверджена, зокрема, і в рішенні у справі “Румунія проти України”, полягає в тому, що цей острів має малий розмір і ‘в іншому випадку це може призвести до небажаних порушень пропорційності в розташуванні рівновіддаленої (серединної) лінії’⁵². І якби фахівці, які захищали інтереси України, звернули увагу на практику Міжнародного суду ООН із аналогічних справ, вони б змогли зробити відповідні висновки, зрозуміти, що не слід робити ставку тільки на “острівний” статус Зміїного, а потрібно використовувати всі можливості, які надає аналіз справ Суду⁵³. І хоча О. Белова зазначає, що, аргументуючи свою позицію, в Києві врахували прецеденти міжнародної практики. Як можна помітити далі, це, м’яко кажучи, не дуже відповідає обставинам. Наприклад, справа про делімітацію морських просторів між островами Гренландія (Данія) і Ян-Маєн (Норвегія) 1980 р., в якому Міжнародний суд ООН вирішив, що мала кількість жителів Ян-Маєн – 25 осіб – не привід позбавляти його статусу острова; а його невеликий розмір не завадив заявити, що він впливає на розмежування рибальських зон. Також у справі про розмежування континентального шельфу між Тунісом і Лівією в затоці Габес, де Суд урахував не тільки острови Керкенна, розташовані у зоні делімітації, а й поблизу від них острівці, які відкриваються під час відливів⁵⁴. Але очевидно, що ці прецеденти недостатньо відповідали ситуації між сторонами спору: в першому випадку йшлося про острівний статус територіального утворення, що, як було зазначено, не впливало на вирішення проблем, а в другому – про сукупність різних островів. А отже, потрібно ще й уміти читати рішення міжнародних судів, в яких у чистому, викристалізованому вигляді відображається існуюче на певний момент розвитку суспільства міжнародне право⁵⁵.

На наше переконання, щодо питань про передачу в міжнародну судову інстанцію територіальних суперечок слід дотримуватися більш звуженої політики.

Висновки. Інститут процесуального представництва держави в міжнародних судових інстанціях є частиною правової безпеки держави.

Міжнародний судовий розгляд у повному обсязі не гарантує захист інтересів держави та виконання відповідного рішення, ухваленого міжнародним судом на користь держави: на формування правової позиції міжнародних судів може впливати політична й економічна складові міжнародних відносин у світлі геополітичних інтересів як окремих держав, так і їхніх об’єднань, що позначається на характері ухвалених рішень.

⁵² Romania v. Ukraine (n 4).

⁵³ Кононенко (n 44) 312.

⁵⁴ О Белова, ‘Міжнародно-правові проблеми реалізації морської політики України в північно-західному районі Чорного моря’ [2007] 1 (30) Зовнішня торгівля: право та економіка 96.

⁵⁵ В Кононенко, ‘Якісне викладання міжнародного права як запорука захисту прав людини і інтересів держави’ (2013) Український часопис міжнародного права. Спецвипуск. Проблеми викладання міжнародного права 66.

А виконання рішень міжнародних судів залежить від доброї волі держави, на яку покладені зобов'язання. Але він є достатньо ефективним механізмом юридичного врегулювання міжнародних суперечок мирними засобами, а також надає можливість заявити на міжнародному рівні, зокрема і з офіційної трибуни ООН, яким є Міжнародний суд у Гаазі, про реальну ситуацію і винуватця її створення, що може принести деякі політичні дивіденди.

За умови застосування міжнародними судовими установами прецедентного права та системного використання договірних норм *contra legem*, при формуванні правової позиції необхідно враховувати практику міжнародних судів в аналогічних справах, не спираючись виключно на норми позитивного права.

Для мінімізації негативних наслідків неналежного представництва держави в міжнародних судових інстанціях необхідно передбачити проведення обов'язкового правового та фінансового незалежного аудиту в усіх справах.

Кожний законопроект щодо ратифікації міжнародних договорів, які містять арбітражне застереження, або якими прямо передбачений судовий розгляд, необхідно направляти, окрім відповідного комітету Верховної Ради України щодо предмета відання, також до комітетів із питань правової політики та з питань національної безпеки, оборони та розвідки для проведення експертизи.

Викладене вище повною мірою стосується справ України проти Російської Федерації у Міжнародному суді ООН, Міжнародного трибуналу ООН з морського права та Європейського суду з прав людини.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Dixon M, *Textbook on International Law* (Oxford University Press 2007) (in English).
2. Kelsen H, *Principles of International Law. New York* (reprinted, The Lawbook Exchange 2003) (in English).
3. Kononenko V, *Vyrishennia terytorialnykh sporiv Mizhnarodnym Sudom OON: teoriia i praktyka* (Feniks 2018) (in Ukrainian).
4. Shinkareckaja G, *Mezhdunarodnaja sudebnaja procedura* (Nauka 1992) (in Russian).

Edited books

5. Petersmann Ernst-Ulrich and Ortino Federico (eds), *The WTO dispute settlement system 1995–2003* (Kluwer Law International 2004) 18 Studies in transnational economic law (in English).

Encyclopedias

6. Butkevych V, 'Harantii mizhnarodno-pravovi' v *Entsyklopediia mizhnarodnoho prava, t 1: A–D* (Shemshuchenko Iu ta Denysov V spivholovy redkol, Akadem periodyka 2014) (in Ukrainian).

Journal articles

7. O'Connell M E, 'Enforcement and the Success of International Environmental Law' (1995) 3 Indiana Journal of Global Legal 51 (in English).
8. Spiro P J, 'Wishing International Law Away' [2009] 23 (119) Yale L. J. Online <<http://www.yalelawjournal.org/forum/wishing-international-law-away>> (accessed: 25.09.2020) (in English).
9. Bielova O, 'Mizhnarodno-pravovi problemy realizatsii morskoi polityky Ukrainy v pivnichno-zakhidnomu raioni Chornoho moria' [2007] 1 (30) Zovnishnia torhivlia: pravo ta ekonomika 96 (in Ukrainian).
10. Chajkovskij Ju, 'Jevolucija sushhnosti mezhdunarodnogo prava' (2010) 2 Al'manah mezhdunarodnogo prava 94 (in Russian).
11. Diakov O, 'Ukraina-Rumuniia: problema delimitatsii kontynentalnogo shelfu ta vykliuchnykh ekonomichnykh zon' [2007] 4 (5) Stratehichni priorityty 181 (in Ukrainian).
12. Hapantjukovskij A, 'Verdikt Mezhdunarodnogo Suda OON po razgranicheniju ukrainsko-rumynskogo kontynental'nogo shel'fa. Chast' 2: itogi i perspektivy' [2009] 17 (95) Naukovij visnik 88–9 (in Russian).
13. Kononenko V, 'Iakisne vykladannia mizhnarodnogo prava yak zaporuka zakhystu prav liudyny i interesiv derzhavy' (2013) Ukrainskyi chasopys mizhnarodnogo prava. Spetsvypusk. Problemy vykladannia mizhnarodnogo prava 66 (in Ukrainian).
14. Pivtorak H, 'Mizhnarodnyi trybunal z morskoho prava yak mekhanizm vrehuliuвання sporiv shchodo yurysdyktsii derzhavy prapora' (2017) 4 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 271 (in Ukrainian).
15. Tiunov O, 'Mezhdunarodno-pravovye garantii kak sredstvo obespechenija mezhdunarodnykh dogovorov' (2011) 4 Zhurnal rossijskogo prava 90–1 (in Russian).
16. Tymchenko L ta Kononenko V, 'Problemy delimitatsii morskyykh prostoriv Ukrainy' (2012) 1 Mizhnarodne pravo 242 (in Ukrainian).

Theses

17. Bielova O, 'Mizhnarodno-pravovi aspekty derzhavnoi morskoi polityky Ukrainy ta yurydychni problemy yii realizatsii v suchasnykh umovakh' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2008) (in Ukrainian).
18. Bohdan O, 'Pravovy rehym morskyykh prostoriv Chornomorsko-Azovskoho baseinu: perspektyvy rozvytku' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2005) (in Ukrainian).
19. Abdrashitova V, 'Teoretiko-pravovye osnovy ispolnenija reshenij Evropejskogo suda po pravam cheloveka' (avtoref dis kand jurid nauk, 2008) 28 (in Russian).
20. Valeev R, 'Kontrol' v sovremennom mezhdunarodnom prave' (avtoref dis d-ra jurid, 1999) 26 (in Russian).
21. Kruglova Ju, 'Institut kontrolja v mezhdunarodnom morskome prave' (avtoref dis kand jurid nauk, 2007) 13 (in Russian).
22. Ushakov S, 'Vklad mnogostoronnih organov mezhdunarodnogo pravosudija v funkcionirovanie instituta mezhdunarodno-pravovoj otvetstvennosti gosudarstv v kontekste mezhdunarodnogo processual'nogo prava' (dis kand jurid nauk, 2009) 167 (in Russian).

Conference papers

23. Kolesnyk O, 'Vyrishennia terytorialnykh sporiv mizh Ukrainoiu ta Rumuniieiu' v Mizhnarodni chytannia, prysviacheni pam'iaty profesora Imperatorskoho Novorosiiskoho universytetu P. Ye. Kazanskoho: materialy mizhnarodnoi konferentsii (Feniks 2011) 461 (in Ukrainian).

Websites

24. "Shchob nashi khlopchyky povernulysia". Zerkal pro perebih spravy shchodo ukrainskykh moriakiv' (*Radio Svoboda*, 12.05.2019) <<https://www.radiosvoboda.org/a/29936080.html>> (accessed: 25.09.2020) (in Ukrainian).
25. 'V MZS napoliahaiut, shcho Ukraina peremohla' (*Ukrainska pravda*, 06.02.2009) <<https://www.prawda.com.ua/news/2009/02/6/3717217>> (accessed: 25.09.2020) (in Ukrainian).
26. 'Rishennia mizhnarodnoi instantsii nastilky perekonlyve, shcho v Rosii nemaie realnoi vidpovidi' (*TSN. Polityka*, 25.05.2019) <<https://tsn.ua/politika/zrozumiti-masshtab-peremogi-klimkin-zaklikav-podivitisya-na-mlyavu-i-bezzubu-reakciyu-moskvi-1351587.html>> (accessed: 29.09.2020) (in Ukrainian).

Leonid Tymchenko
Valerii Kononenko

PROCEDURAL IMPLEMENTATION OF GUARANTEES OF UKRAINE'S SECURITY AND PROTECTION OF ITS INTERESTS

ABSTRACT. Recourse to peaceful means of resolving an international dispute is the only possible and logical way of resolving international disputes. Peaceful settlement is a key component of security, the formation of a system of international relations based on the exclusion of force, mutual understanding, cooperation and trust between the subjects of international law.

The purpose of the article is to analyze the state of procedural implementation of security guarantees of Ukraine and protection of its interests, to identify ways to minimize the negative consequences of improper representation of the state in international courts.

International litigation does not fully guarantee the protection of the interests of the state and the implementation of the relevant decision of an international court in favor of the state: the formation of the legal position of international courts may be influenced by political and economic components of international relations in the light of geopolitical interests of some states and their unions, which affects the nature of decisions. Of course, the execution of international court decisions depends on the goodwill of the state to which the obligations are imposed. But it is a fairly effective mechanism for the legal settlement of international disputes by peaceful means.

Taking into consideration the application of case law by international judicial institutions and the systematic use of treaty norms *contra legem*, the formation of the legal position must take into account the practice of international courts in similar cases, not based solely on the rules of positive law.

In order to minimize the negative consequences of improper representation of the state in international courts, it is necessary to provide for a mandatory legal and financial independent audit of all cases.

Any draft law for ratification of international treaties which contains an arbitration clause or which directly provides for judicial procedure must be referred, in addition to the relevant Committee on the subject matter, also to the Committee of legal policy and the Committee of national security, defense and intelligence for examination.

KEYWORDS: international guarantees; UN International Court of Justice; UN International Tribunal for the Law of the Sea; delimitation; continental shelf; exclusive economic zone.

НОТАРІАТ. НОТАРІАЛЬНИЙ ПРОЦЕС



Євген Фурса

кандидат юридичних наук,
спеціаліст з консульських питань
Генерального консульства України,
член Німецько-українського об'єднання юристів
(Дюссельдорф, Німеччина)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-2931-1393>
fursamfa@gmail.com

УДК 347.961:341.96 (981)

ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИЙ НОТАРІАЛЬНИЙ ПРОЦЕС:
СТАНОВЛЕННЯ НОВОГО НАПРЯМУ НАУКИ ПРО НОТАРІАТ

Анотація. Сучасний стан розвитку теорії нотаріального процесу можна визнати задовільним, оскільки вчені виконали значну роботу з аналізу та вирішення тих проблем, із якими стикаються нотаріуси та інші уповноважені на вчинення нотаріальних дій особи. Тому вважаємо доцільним привернути увагу до малодосліджених питань, які пов'язані з вчиненням нотаріальних проваджень з іноземним елементом. У зв'язку з цим у статті запропоновано підходи до формування такого поняття, як “транснаціональний нотаріальний процес”, визначення його складових і функцій.

Мета статті полягає у тому, щоб сформувати концептуальні підходи до сприйняття сутності, змісту транснаціонального нотаріального процесу, його місця у правовій системі, значення для науки й охорони безспірних прав суб'єктів цивільних відносин з іноземним елементом через вчинення нотаріальних дій і висловити авторські гіпотези на предмет такого поняття, як “іноземний елемент” у теорії нотаріального процесу.

Тоді, коли значна частина українців перетинає кордони України, вступає у різноманітні відносини в іноземних країнах, а також на території України іноземні громадяни набувають права власності на об'єкти нерухомості, не можна не володіти інформацією про те, які наслідки виникатимуть при вступі їх до шлюбу, у разі смерті тощо. Тому потрібно активно збирати і систематизувати інформацію про те, які особливості спадкування будуть у випадку смерті громадянина України за кордоном та іноземця в Україні, хто і які нотаріальні дії в такому або подібному випадках має право вчиняти. Практично в кожній країні світу існує своя система спадкування, яка відрізняється від вітчизняної моделі, але в Україні вони залишаються практично недослідженими.

В іноземних країнах напрацьовано величезний досвід діяльності нотаріусів, який залишається так само мало вивченим українськими вченими, але його аналіз мав би показати оптимальні шляхи удосконалення організації та діяльності українського

нотаріату, налагодження зв'язків між нотаріусами різних країн. Водночас величезні обсяги інформації мають бути систематизовані, інакше вони так і залишаться не використаними. Всі наведені аргументи й спонукали автора до дослідження означеної проблематики.

Ключові слова: консул; нотаріус; іноземний елемент; транснаціональний нотаріальний процес; повноваження; спадкування; іноземне право; міжнародні договори.

Наш вік можна пов'язувати з великим обсягом інформації, яка з'являється не тільки на всіляких новітніх пристроях, а й швидко відтворюється у лексиці наших громадян. Незважаючи на це, певні напрями наукових досліджень залишаються настільки стабільними, що важко визначити, як можна здійснити істотний поштовх у їх розвитку. Автор у цій ситуації має на увазі таку важливу для пересічних громадян і юридичних осіб сферу, як нотаріальний процес з іноземним елементом. Цілком зрозуміло, що цей термін створено автором штучно, оскільки зроблена спроба узгодити положення законів України “Про нотаріат”¹ і “Про міжнародне приватне право”². Якщо ж буквально аналізувати, то в Законі України “Про нотаріат” розділ IV називається “Застосування законодавства іноземних держав. Міжнародні договори”. Отже, регламентована у ньому інформація не відповідає змісту Закону України “Про міжнародне приватне право”, де набагато ширше сприймається і визначається іноземний елемент. Сьогодні робляться спроби “осучаснити” застарілий Закон України “Про нотаріат”, прийнятий у 1993 р., але такі “осучаснювання” слід сприймати як косметичний ремонт, а потрібен – капітальний. Наведемо приклад, оскільки у розділі IV Закону України “Про нотаріат” слід змінити назву ст. 98 і викласти її у такій редакції: “Застосування положень міжнародних договорів та законодавства іноземних держав”. Отже, така редакція більше відповідатиме сутності цього розділу, але не концептуальним засадам сучасних відносин.

Тому питання про вчинення нотаріальних проваджень з іноземним елементом належить як до сфери нотаріального процесу, так і до сфери міжнародного приватного права. Тобто з позицій теорії держави і права воно перебуває у міжгалузевому просторі, оскільки матеріальні правовідносини і їхні суб'єкти мають визначатися з позицій міжнародного приватного права, а процес вчинення нотаріальних дій має здійснюватись, як правило, відповідно до норм законодавства України про нотаріат. Але в цьому визначенні ми свідомо спростили схему сприйняття правовідносин з іноземним елементом до їх кваліфікації лише за декількома показниками.

¹ Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

² Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

Мета дослідження полягає у тому, щоб сформувавши концептуальні підходи до сприйняття сутності, змісту транснаціонального нотаріального процесу, його місця у правовій системі, значення для науки й охорони безспірних прав суб'єктів цивільних відносин з іноземним елементом через вчинення нотаріальних дій і висловити авторські гіпотези на предмет такого поняття, як "іноземний елемент" у теорії нотаріального процесу.

Концептуально розглядаючи нотаріальний процес з іноземним елементом, варто визнати, що держава допускає правову дію іноземного елемента на своїй території. Отже, такий нотаріальний процес можна кваліфікувати як транскордонний, що буде більш відповідати змісту правовідносин. Але беручи за основу положення, що в таких ситуаціях застосовуватиметься національне та іноземне законодавства, варто говорити про транснаціональний характер відносин. При цьому ми неодмінно помітимо, що базові елементи правовідносин у нотаріальному процесі можуть регламентуватися не тільки нормами законодавства України та/або іноземної країни, а й нормами міжнародного права, які є не тільки частиною законодавства України, а й їм надається перевага порівняно з нормами законодавства України. У такому складному переплетінні норм законодавства України, іноземного та міжнародного права важко вирішувати завдання, які стоять перед нотаріусами при вчиненні нотаріальних дій з іноземним елементом. Отже, в основі такої діяльності має лежати певна процедура, яка буде орієнтована на вчинення нотаріальних дій з іноземним елементом, тобто вона має бути транснаціональною. З огляду на останнє положення можна стверджувати, що фокусуючи так увагу, ми дійдемо висновку, що повинно йтися про транснаціональний нотаріальний процес і віднесення цієї інформації до науки про нотаріат.

Також можна прогнозувати, що при підвищеній активності громадян у питаннях еміграції, укладанні шлюбів з іноземними громадянами, залучення на територію України іноземних інвестицій, а також зі спрямованістю нашої держави на вступ до Європейського Союзу, нотаріальні дії з іноземним елементом будуть все більше займати місце в діяльності нотаріусів і поступово трансформуватися у звичні нотаріальні провадження. Іноземний досвід одночасно запозичується і до законодавства України, тому поступово стираються істотні відмінності між правовими системами країн. Однак вони існують і мають сприйматися нотаріусами при вчиненні нотаріальних дій як такі, що їх можна визнати червоними лініями, за які переходити не можна, чи такі, які можна обійти, завдяки адаптації іноземного досвіду до правової системи України.

У цьому випадку неоціненними джерелами інформації стають дослідження українських фахівців, які прокладають шлях до сприйняття

іноземних правових систем, окремих їх інститутів³, а також тих аспектів нотаріальної діяльності, які доти навіть не були регламентовані у законодавстві України⁴. Такі дослідження необхідно сприймати як актуальні та своєчасні. Так, у чинній редакції Закону України “Про нотаріат” не були регламентований статус осіб, які звертаються до нотаріуса за вчиненням нотаріальних дій, як і відсутній термін, яким вони називаються. Незалежно від того, що до обов’язків нотаріуса належить роз’яснення таким особам їхніх прав та обов’язків (ст. 5), перелік останніх в акті не передбачений. Тому вчені визначили статус таких осіб і сформулювали їхні права та обов’язки⁵, які досі відсутні у нормативно-правовому акті, хоча наукова праця датовано 2012 р., проте на законодавчому рівні у цьому напрямі Закон України “Про нотаріат” не зазнав жодних змін. Отже, поняття “нотаріальні процесуальні правовідносини” нині слід розцінювати як теоретичну концепцію, не говорячи вже про відносини з іноземним елементом.

Однак варто уточнити, що в нотаріальному процесі України не відбувається спілкування між народами, тому цей напрям дослідження не можна розцінювати як міжнародний нотаріальний процес. Проте у нотаріальному процесі України доволі часто застосовуються норми іноземного права, вступають у процес іноземні суб’єкти, тобто відбувається транснаціональний нотаріальний процес, що має спонукати до вивчення особливостей спільного застосування норм іноземного права та українського, допустимості посвідчення на території України договорів, які не мали досі аналогів ні в законодавстві, ні в нотаріальній практиці України.

Тому сучасний *транснаціональний нотаріальний процес* можна сприймати як інформаційну базу, де накопичуватиметься інформація про особливості нотаріального процесу з іноземним елементом у всіх країнах світу, що має забезпечити фахівців, які вчиняють нотаріальні дії, необхідною для їхньої професійної діяльності інформацією та узгодити їхню співпрацю. Питання тут має стояти про те, що кожна правова система відрізняється власною специфікою регламентації повноважень осіб, які вчиняють нотаріальні дії, порядком спадкування і визначенням черг спадкоємців, розподілу спільно набутого майна, сприйняттям і пе-

³ С Фурса та Є Фурса, *Нотаріат в Україні. Теорія і практика: навчальний посібник* (А.С.К. 2001) 268–83, 490; С Фурса, ‘Особливості надання нотаріальних послуг іноземним громадянам’ в *Матеріали міжнародної конференції “Шляхи диверсифікації експорту України на світовий ринок послуг”* (Інститут міжнародних відносин Київського національного університету ім Т Шевченка 2002) 149–50; С Фурса та О Євтушенко, ‘Проблеми застосування норм іноземного права у цивільному і нотаріальному процесах’ *Юридична газета* (2004, 1) 3–4; Л Скок, ‘Порядок спадкування у Німеччині: розмежування компетенції між судом та нотаріусами’ (2015) 2 *Часопис Київського університету права* 363–7; В Стрілько, ‘Нотаріально-процесуальні правовідносини з іноземним елементом’ (2017) 1 *Публічне право* 250–7.

⁴ С Фурса, ‘Нотаріат України та його майбутнє у Європейському Союзі’ [2004] 8 (13) *Український правовий часопис* 42–8.

⁵ С Фурса та Є Фурса, ‘Особи, які звертаються до нотаріуса з метою охорони та захисту свої прав та інтересів (заявники), їх процесуальні права та обов’язки’ в Фурса С (ред), *Теорія нотаріального процесу: науково-практичний посібник* (Алерта, Цул 2012) 148–12.

редачею повноважень тощо. При цьому в більшості міжнародних договорів діяльність нотаріусів навіть не згадується, а питання співпраці між ними тим паче, хоча в багатьох країнах світу і в Україні живуть іноземці з великими статками. Отже, рано чи пізно питання транснаціонального спадкування набудуть актуальності й проблемності, оскільки вирішуватимуться у численних судових процесах.

Водночас у *транснаціональному нотаріальному процесі України* акцент має ставитися на систематизації інформації щодо вчинення нотаріальних проваджень з іноземним елементом в Україні, а також і за її межами щодо забезпечення охорони прав та інтересів громадян України в іноземних країнах. Отже, нотаріуси України та інших країн зацікавлені в нормативній правовій інформації щодо можливості застосування до конкретної особи або за її волею іноземного права, а також при визначенні спадкоємців і правового режиму щодо належного іноземному спадкодавцю майна, можливості і меж співпраці між нотаріусами, а також між ними та консулами різних країн. Так, досі залишаються чинними Роз'яснення щодо нотаріального оформлення від імені громадян, підприємств, установ і організацій України документів, призначених для дії за кордоном Міністерства юстиції України (далі – Роз'яснення)⁶, але вони давно застаріли за своїм правовим значенням і змістом. Отже, відповідні положення Роз'яснень із відповідними доповненнями і змінами мали б увійти до Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України⁷, але так не сталося. Тобто праці вітчизняних учених, присвячені афідевіту⁸ та іншим документам, які мають посвідчуватися українськими нотаріусами та діяти за кордоном⁹, тривалий час залишаються поза увагою фахівців, які мають постійно удосконалювати нормативну базу.

Тому сучасні українські нотаріуси та інші особи, що вчиняють нотаріальні дії, стикаються з іноземним елементом у своїй професійній діяльності і змушені вчиняти нотаріальні дії на власний розсуд, оскільки сучасних офіційних роз'яснень із приводу іноземного елементу в нотаріальній діяльності фактично не існує.

⁶ Роз'яснення щодо нотаріального оформлення від імені громадян, підприємств, установ і організацій України документів, призначених для дії за кордоном Міністерства юстиції України від 1 лютого 1998 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001323-98#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

⁷ Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

⁸ Є Фурса, 'Нотаріальне посвідчення афідевіту та його консульська легалізація (апостилювання): актуальні проблеми нотаріальної та консульської практики' (2014) 9 Бюлетень Міністерства юстиції України 54–63.

⁹ С Фурса та Н Гуть, 'Загально-правові аспекти порядку посвідчення нотаріусами України довіреностей для вчинення правочинів за кордоном. Порівняльно-правові дослідження' (2011) 2 Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал 215–21.

Зокрема, у ст. 98 Закону України “Про нотаріат” дослівно встановлено: ‘Нотаріуси відповідно до законодавства України, міжнародних договорів застосовують норми іноземного права’¹⁰, але де вони візьмуть інформацію про норми іноземного законодавства, не говорячи вже про офіційні й постійно обновлювані джерела інформації? Очевидно, що питаннями забезпечення нотаріусів, а також суддів відомостями про зміст іноземного законодавства має займатися Міністерство юстиції України, на офіційних сайтах якого повинні бути наведені головні нормативні акти хоча б провідних держав світу.

На жаль, ми дуже мало знаємо про особливості національних систем іноземних країн як європейських, так і американських та азіатських, щоб узагальнити відповідний досвід, проаналізувати позитивні та негативні аспекти, застосовувати їхні положення, а також адаптувати позитивний для України досвід.

Тому *функції транснаціонального нотаріального процесу* можна звести до забезпечення інформацією:

- учених, які її узагальнюватимуть, систематизуватимуть, розроблятимуть концепції впровадження в ті чи інші галузі правової науки, вироблятимуть гіпотези з удосконалення законодавства, практики його застосування нотаріусами та іншими правоохоронними органами;

- нотаріусів, консулів та інших заінтересованих осіб про особливості законодавчого врегулювання як прав та інтересів осіб, а також особливості процедур діяльності уповноважених осіб у цих країнах із нотаріального посвідчення відповідних прав;

- фахівців для аналізу існуючих міжнародних договорів на предмет охорони і захисту прав осіб, а також вироблення змін та доповнень до таких договорів і створення нових проєктів договорів для їх підписання з країнами, з якими відповідні договори не підписані;

- законотворців та фахівців, які розробляють проєкти нормативних актів, щоб узагальнити іноземний і власний досвід, включаючи судову практику, та відтворити позитивний досвід у законодавстві;

- суддів, які вирішуватимуть спори за участю іноземного елемента, зокрема тих, які виникають із нотаріальної (консульської) діяльності¹¹.

При цьому всі країни світу зацікавлені в інформації про транснаціональний нотаріальний процес хоча б тому, що в світі відбуваються багатомільйонні міграції населення, а це зумовлює необхідність узгодження діяльності нотаріусів, а також інших осіб, які мають право вчиняти но-

¹⁰ Про нотаріат (н 1).

¹¹ Є Фурса, ‘Про визнання нотаріальної дії, вчиненої у дипломатичному представництві України в Австрії недейсною, і не тільки...’ в *Збірник матеріалів Міжнародного Симпозіуму “Реформи українського законодавства: сучасний розвиток”* (Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung 2020) 62–75.

таріальні дії з відкриття спадкових справ, а також видачі свідоцтв про право на спадщину тощо¹².

Тому звична схема сприйняття іноземного елемента, згідно з п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про міжнародне приватне право”, має бути значно розширена і, зокрема, з урахуванням положень Закону України “Про нотаріат”, а також конкретизована з урахуванням повноважень тих осіб, які мають право приймати документи, складені за кордоном, та оформлювати для їх дії за кордоном, брати участь у національних нотаріальних провадженнях.

Традиційне сприйняття спадщини як певного майна, розміщеного в квартирі або на дачі, вже має трансформуватися і враховувати, що громадянам можуть належати величезні та коштовні об’єкти або права на них, що розташовані в багатьох країнах світу. Тому до звичного питання про діяльність окремого нотаріуса або консула держави має додаватися адміністративний порядок співпраці між нотаріусами та консулами однієї держави, а також із відповідними нотаріусами та консулами різних країн. Дотепер це може здійснюватися лише через уповноважені державні установи, якими в багатьох договорах є міністерства юстиції. Але питання взаємодії українських нотаріусів та консулів навіть в Україні не конкретизовані й неоднозначно визначені, оскільки належать до різних міністерств, не мають ні підпорядкування, ні взаємних прав та обов’язків. Так само питання взаємодії не визначено у відносинах із посадовими особами органів місцевого самоврядування, які так само мають вчиняти нотаріальні дії, пов’язані зі спадкуванням.

У повноваженнях українських нотаріусів не зазначено повідомлення іноземних консулів про відкриття спадкової справи після смерті іноземного громадянина на території України. Отже, потенційні спадкоємці з іншої країни не зможуть реалізувати власних прав під час вжиття заходів до охорони спадкового майна¹³, а у нотаріусів виникне істотна реальна проблема з повідомленням їх про відкриття спадщини, оскільки згідно зі ст. 63 Закону України “Про нотаріат” можна повідомити лише обмежену кількість спадкоємців, зокрема, місце проживання або роботи яких відоме, а також тих, що читають українські публічні оголошення або повідомлення у пресі. Здається, що до останньої категорії осіб належить незначна кількість іноземців.

Тому автор вважає, що всі ці питання мають бути вирішені системно й комплексно. Коли спадщина розміщуватиметься у різних регіонах

¹² Є Фурса, ‘Вчинення консулом нотаріального провадження з видачі свідоцтва про право власності на частку у спільному майні подружжя в разі смерті одного із них: актуальні питання’ (2015) 1 Цивільistica процесуальна думка 15–8; Є Фурса та Л Скок-Козяр, *Окремі питання спадкування з іноземним елементом: консул, нотаріус, суд* (Алерта 2017) 384.

¹³ Є Фурса, ‘Вжиття консулом заходів щодо охорони спадкового майна: теоретичні, законодавчі та практичні аспекти’ (2013) 4 Часопис Київського університету права 219–22.

України і за кордоном, то має комплексно узгоджуватися діяльність усіх уповноважених осіб, а також налагоджуватися взаємодія з іноземними нотаріусами або судами, наприклад, спадковими у Німеччині. Відповідно до чинного законодавства України виникає парадоксальна ситуація, коли ми розглядаємо дію нотаріальних актів у просторі, часі і за колом осіб, оскільки така звична кваліфікація щодо нотаріальних актів набуває непередбачуваного характеру. Розглянемо можливість дії нотаріальних актів у просторі, оскільки доволі часто вони вчиняються консулами поза межами України, а також нотаріальні акти, посвідчені українськими нотаріусами та іншими посадовими особами, можуть обертатися не тільки в Україні, а й у міжнародному просторі¹⁴.

Парадоксально з позиції повноважень, що особи, перелічені у ст. 40 Закону України “Про нотаріат”, не мають обмежень у посвідченні заповітів, довіреностей і навіть начальник установи виконання покарань при засвідченні підпису особи, яка перебуває в такій установі, не повинні дотримуватися принципу, що засвідчені або посвідчені ними документи діють лише на території України. Водночас особи спеціально підготовлені до вчинення нотаріальних дій, а саме посадові особи органів місцевого самоврядування зі спеціальним статусом (ч. 2 ст. 37 Закону України “Про нотаріат”), не можуть посвідчувати документи для дії за кордоном.

З останнього випливає, що варто певним чином обмежувати дію документів, посвідчених посадовими особами органів місцевого самоврядування, межами кордону України. Якщо документ для дії за кордоном потребує легалізації, то відповідні документи не повинні легалізуватися. На нашу думку, на таких документах бажано робити спеціальний напис про те, що вони можуть використовуватися тільки на території України і про це попереджати осіб, які звернулися за їх вчиненням. Це положення пояснюється тим фактором, що відповідно до міжнародних договорів, укладених Україною з окремими країнами, офіційні документи, тобто при наявності печатки з гербом, не потребуватимуть легалізації.

Це питання може актуалізуватися у разі посвідчення заповіту іноземцем у посадової особи місцевого органу влади, оскільки такий заповіт може частково стосуватися майна іноземця на території України, а також належного йому майна, але розташованого в іноземній країні. Формально, з позицій Закону України “Про нотаріат”, з одного боку, такий заповіт не повинен діяти поза межами України, а з другого – заповіт має визнаватися дійсним стосовно форми, оскільки вона відповідає внутрішньому законодавству України, тобто місця, де заповідач його склав¹⁵. При цьому посадова особа органу місцевого самоврядування не має підстав для від-

¹⁴ Є Фурса, ‘Захист нотаріальних документів та його вплив на права громадян, юридичних осіб: діяльність нотаріусів та консулів’ (2016) 2 Цивілістична процесуальна думка 20–25.

¹⁵ Конвенція про колізії законів, які стосуються форми заповітів від 5 жовтня 1961 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_424#Text> (дата звернення: 21.01.2021).

мови іноземцю в посвідченні заповіту, оскільки останній у цій ситуації користується такими самими правами, що й громадянин України.

Так само проблемними можна вважати обмеження консулів у повноваженнях, про що автор уже писав¹⁶. Зокрема, важко сприймати в час інтернет-зв'язку наявність обмежень у повноваженнях консулів щодо посвідчення іпотечних договорів, договорів про відчуження та заставу жилих будинків тощо, що розміщені в Україні. Дійсно, такі повноваження потребують істотної підготовки консулів до виконання повноважень із вчинення нотаріальних дій, вільного володіння комп'ютерними програмами, роботи з електронними реєстрами. Але це технічні проблеми, які, на нашу думку, потрібно вирішувати не через обмеження повноважень консулів із надання нотаріальних послуг. На шляху залучення інвестицій в Україну необхідно створювати зручні для інвесторів умови особистого управління власним бізнесом із будь-яких країн.

Ба більше, із редакції п. 1 ч. 1 ст. 38 Закону України "Про нотаріат" впливає подвійний статус майна, яке розташоване в Україні, та перебуває в акредитованій країні. Щодо нерухомого майна, яке розташоване за кордоном, вважаємо, що договори відносно такого майна консули посвідчувати не мають права, особливо щодо переходу прав власності на нерухоме майно в іноземній країні, а не тільки оренди, суборенди.

Водночас формально з розділу IV Закону України "Про нотаріат" впливає, що нотаріуси відповідно до законодавства України, міжнародних договорів застосовують норми іноземного права (ст. 98), а щодо інших уповноважених осіб, то про них взагалі в цьому контексті не має згадки. Тим паче, у ст. 99 встановлено, що дії, пов'язані з охороною майна, яке залишилося після смерті іноземця на території України, або майна, яке належить одержати іноземцю після смерті громадянина України, а також із видачею свідоцтва про право на спадщину щодо такого майна, здійснюються відповідно до законодавства України. Отже, прямих обмежень у повноваженнях осіб, які вживають заходів до охорони спадкового майна, не передбачено, зокрема й консулів, тому з великою долею ймовірності можна припустити, що посадові особи органів місцевого самоврядування мають вживати заходів щодо охорони спадкового майна після смерті іноземця на території України, або майна, яке належить одержати іноземцю після смерті громадянина України, а також спеціально уповноважені особи мають видавати й свідоцтва про право на спадщину та про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з них, оскільки це внутрішні документи, які слугуватимуть підставою для реєстрації прав власності на об'єкти нерухомості в Україні.

¹⁶ Є Фурса, 'Компетенція посадових осіб консульських установ та дипломатичних представництв з вчинення нотаріальних дій' в Фурса С (ред), *Нотаріат України: підручник, кн 1: Організація нотаріату (з практикумом)* (Алерта 2015) 361–8.

Але чи будуть іноземці використовувати відповідні свідоцтва, видані посадовими особами органів місцевого самоврядування, за кордоном? Ці та інші питання, пов'язані з обмеженими повноваженнями посадових осіб органів місцевого самоврядування, потребують спеціального дослідження, оскільки вони наділені повноваженнями вживати заходів щодо охорони спадкового майна.

З аналізу випливає висновок про те, що в світлі транснаціонального нотаріального процесу й обмежень, які встановлені у Законі України “Про нотаріат”, є потреба визначити тих суб'єктів, які можуть цілком легально вчиняти нотаріальні дії з іноземним елементом. Так, із назви розділу IV Закону України “Про нотаріат” не можна зробити висновок, що він стосується лише нотаріусів, але у багатьох статтях цього розділу (статті 98, 100–102) ідеться саме про повноваження нотаріусів, а не інших посадових осіб. Це питання не відображено в Законі України “Про міжнародне приватне право”, а також не конкретизоване в Законі України “Про нотаріат”.

Для того щоб зекономити час і зусилля, автор на *рис. 1* узагальнив схеми іноземного елемента, що закладені у законах України “Про міжнародне приватне право” та “Про нотаріат”.

Крім того, запропоновано узагальнену схему іноземного елемента, де проблемними здаються й питання про застосування норм іноземного права, зносин нотаріусів з іноземними органами юстиції, оскільки ці поняття неконкретизовані і потребують розкриття. Вважаємо, що відомості про норми іноземного права нотаріусам та іншим уповноваженим посадовим особам має надавати Міністерство юстиції України, оскільки саме воно в багатьох міжнародних договорах зазначається як суб'єкт, який координує питання взаємодії. Однозначно можна стверджувати, що на цьому етапі нотаріуси обмежені у зносинах з іноземними органами юстиції, оскільки всі отримані ними відомості входять до складу нотаріальної таємниці. Отже, зносини двох країн із правових питань можливі лише через органи юстиції, а не безпосередньо між нотаріусами. Здається, що такий шлях є невиправдано довгим і його потрібно спростити – це очевидно і раціонально в інтересах громадян країн, але надійно забезпечивши при цьому збереження нотаріальної таємниці.

Крім того, в Україні має бути забезпечений широкий доступ до правової інформації щодо законодавства іноземних країн, особливо тих, у яких перебуває значна частина українських громадян. Така інформація буде корисною і для українських фахівців, оскільки спонукатиме до удосконалення правової системи України.

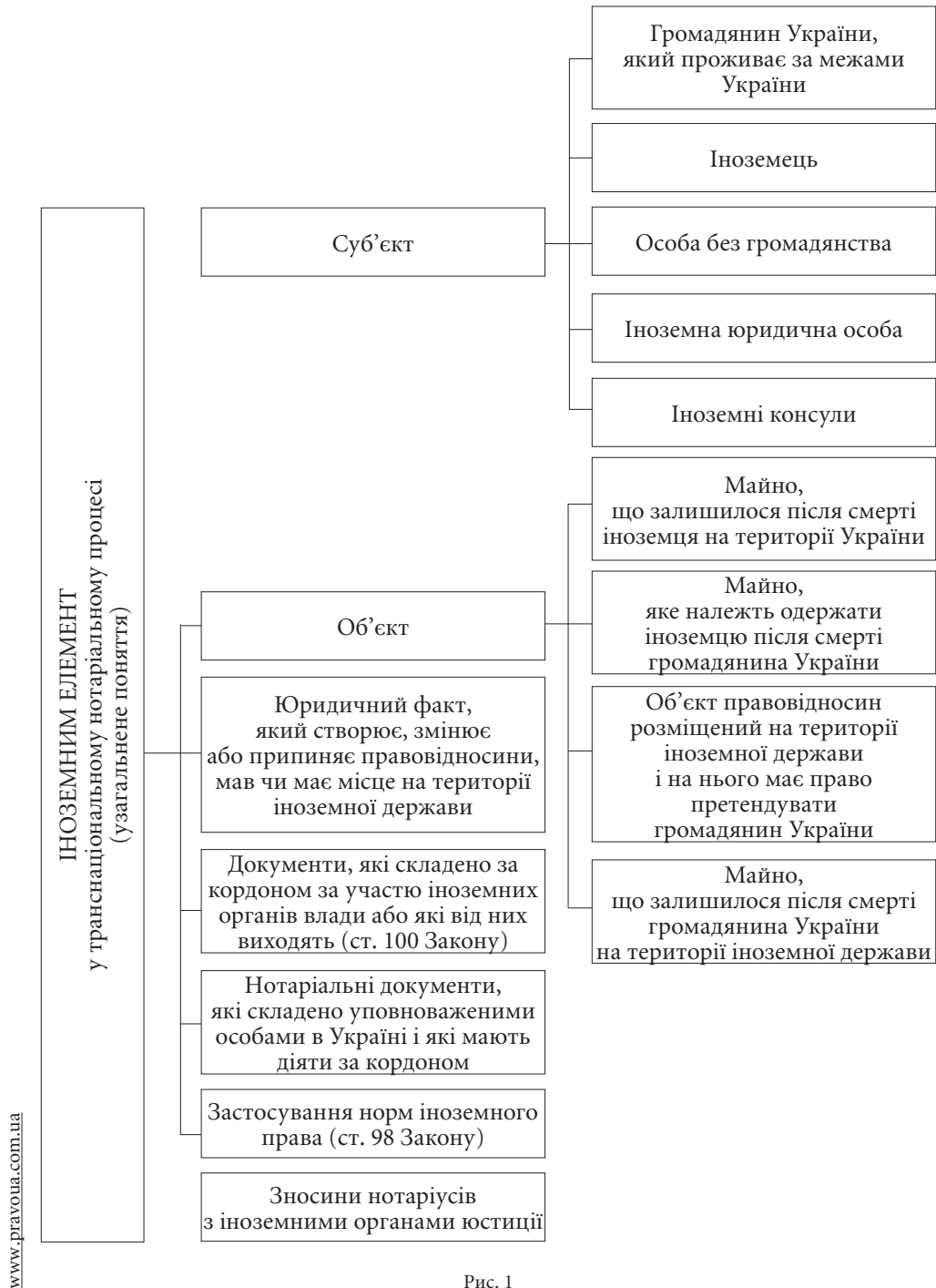


Рис. 1

З огляду на аналіз права успадкування Німеччини (*IntErbRVG*), а саме § 32 “Право присвоєння”¹⁷ можна зробити висновок про те, що у цій країні більш виважено ставляться до права власності іноземних громадян, які перебували на її території і там померли, оскільки передбачається спеціальний порядок пред’явлення вимог щодо права присвоєння власності іноземних громадян, а також розслідування судом у спадкових справах питань спадкування. Хоча і в цій розвиненій правовій країні акцент ставиться лише на питанні відповідальності за правильність визначення країни, в якій спадкодавець зазвичай проживав на момент спадкування, але не про залучення консулів із відповідної країни, які мають забезпечити інтереси своїх громадян і держави в питаннях спадкування. Вважаємо, що такі питання мають бути вирішені на двосторонній основі в договорі про правову допомогу між Україною та Німеччиною, що за сучасних умов є актуальним.

Зокрема, автор вважає, що країна акредитації має не тільки повідомляти консула про відкриття спадщини після смерті громадянина, а й залучати представників країни, під юрисдикцією якої перебував громадянин, для участі у таких важливих нотаріальних провадженнях, до яких належить вжиття заходів щодо охорони спадкового майна.

Наведене положення законодавства Німеччини дає змогу зробити й інший висновок про те, що потребують кваліфікації і ті суб’єкти, які можуть розцінюватись як іноземний елемент в Україні, а саме: згідно з п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про міжнародне приватне право” таким суб’єктом може бути: громадянин України, який проживає за межами України; іноземець; особа без громадянства; іноземна юридична особа. Але до наведеного переліку варто додати і спеціального суб’єкта – іноземне консульство, яке за Віденською конвенцією про консульські зносини має надавати нотаріальні послуги власним громадянам, а отже, брати участь у вчиненні нотаріальних дій на території іноземної країни навіть без спеціального підтвердження їхніх повноважень від заінтересованих осіб. Зокрема, про такі повноваження свідчить п. (g) ст. 5 цієї Конвенції, а саме: охорона інтересів громадян (фізичних та юридичних осіб) держави, що представляється, у випадку правонаступництва “*mortis causa*” на території держави перебування відповідно до законів і правил держави перебування¹⁸. Такий спеціальний суб’єкт, як представник консульства, відповідно до Віденської конвенції про консульські зносини має брати участь у відповідних провадженнях, знайомитися з матеріалами спадкової справи тощо.

¹⁷ Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz (IntErbRVG) § 32 Aneignungsrecht <http://www.gesetze-im-internet.de/interbrvg/_32.html> (accessed: 21.01.2021).

¹⁸ Віденська конвенція про консульські зносини від 24 квітня 1963 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_047#044> (дата звернення: 21.01.2021).

Водночас, не заангажовано розглядаючи перелічених суб'єктів, доходимо кардинально суперечливого висновку, що громадянин України може розцінюватись як іноземний елемент. Із цим важко погодитися через те, що громадянин України, де б він не перебував, має бути під захистом власної держави і йому мають надаватися нотаріальні послуги та діяти інші правоохоронні “механізми” в консульствах і дипломатичних установах України. Тому розглядати громадянина України як іноземний елемент у правовій системі України здається не зовсім коректно. Натомість німецьке міжнародне право може визнати громадянина України як особу, що має звичайне місце проживання в Німеччині, а це свідчить про подвійний статус такого громадянина, який має бути розкритим у законодавстві, а не сприйматись як іноземний елемент.

Висновки. Наведене вище дає змогу зробити висновок, що транснаціональний нотаріальний процес як новий напрям науки про нотаріат перебуває на стадії становлення і на перших кроках його розвитку конче необхідно визначити орієнтири, оскільки він не передбачає вчинення нотаріальних дій тільки в Україні. Така схема сприйняття транснаціонального нотаріального процесу залишить наших громадян без охорони і захисту їхніх прав в іноземних країнах, а іноземців може позбавити можливості підтвердити законність власних прав в іноземних країнах. Тому в первісний період накопичення та узагальнення інформації, на нашу думку, варто саме так сприймати транснаціональний нотаріальний процес.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Fursa Ye та Skok-Koziar L, *Okremi pytannia spadkuvannia z inozemnym elementom: konsul, notarius, sud* (Alerta 2017) (in Ukrainian).
2. Fursa S та Fursa Ye, *Notariat v Ukraini. Teoriia i praktyka: navchalnyi posibnyk* (A.S.K. 2001) (in Ukrainian).

Edited books

3. Fursa Ye, ‘Kompetentsiia posadovykh osib konsul'skykh ustanov ta dyplomatychnykh predstavnytstv z vchynennia notarialnykh dii’ v Fursa S (red), *Notariat Ukrainy: pidruchnyk, kn 1: Orhanizatsiia notariatu (z praktykumom)* (Alerta 2015) (in Ukrainian).
4. Fursa S та Fursa Ye, ‘Osoby, yaki zvertaiutsia do notariusu z metoiu okhorony ta zakhystu svoi prav ta interesiv (zaiavnyky), yikh protsesualni prava ta obov'iazky’ v Fursa S (red), *Teoriia notarialnoho protsesu: naukovopraktychnyi posibnyk* (Alerta, Tsul 2012) (in Ukrainian).

Journal articles

5. Skok L, 'Poriadok spadkuvannia u Nimechchyni: rozmezhuвання kompetensii mizh sudom ta notariusamy' (2015) 2 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 363–7 (in Ukrainian).
6. Strilko V, 'Notarialno-protseualni pravovidnosyny z inozemnym elementom' (2017) 1 Publichne pravo 250–7 (in Ukrainian).
7. Fursa Ye, 'Vzhyttia konsulom zakhodiv shchodo okhorony spadkovoho maina: teoretychni, zakonodavchi ta praktychni aspekty' (2013) 4 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 219–22 (in Ukrainian).
8. Fursa Ye, 'Vchynennia konsulom notarialnogo provadzhennia z vydachi svidotstva pro pravo vlasnosti na chastku u spilnomu maini podruzhhia v razi smerti odnogo iz nykh: aktualni pytannia' (2015) 1 Tsyvilistychna protseualna dumka 15–8 (in Ukrainian).
9. Fursa Ye, 'Zakhyst notarialnykh dokumentiv ta yoho vplyv na prava hromadian, yurydychnykh osib: diialnist notariusiv ta konsuliv' (2016) 2 Tsyvilistychna protseualna dumka 20–5 (in Ukrainian).
10. Fursa Ye, 'Notarialne posvidchennia afidevitu ta yoho konsulska lehalizatsiia (apostyliuvannia): aktualni problemy notarialnoi ta konsulskoi praktyky' (2014) 9 Biuletyn Ministerstva yustytzii Ukrainy 54–63 (in Ukrainian).
11. Fursa S, 'Notariat Ukrainy ta yoho maibutnie u Yevropeiskomu Soiuzi' [2004] 8 (13) Ukrainyskyi pravovyi chasopys 42–8 (in Ukrainian).
12. Fursa S ta Hut N, 'Zahalno-pravovi aspekty poriadku posvidchennia notariusamy Ukrainy dovirenosti dlia vchynennia pravochyniv za kordonom. Porivnialno-pravovi doslidzhennia' (2011) 2 Ukrainsko-hretskyi mizhnarodnyi naukovyi yurydychnyi zhurnal 215–21 (in Ukrainian).

Conference papers

13. Fursa Ye, 'Pro vyznannia notarialnoi dii, vchynenoї u dyplomatychnomu predstavnytstvi Ukrainy v Avstrii nedisnoi, i ne tilky...' v *Zbirnyk materialiv Mizhnarodnoho Sympoziumu "Reformy ukrainskoho zakonodavstva: suchasnyi rozvytok"* (Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung 2020) 62–75 (in Ukrainian).
14. Fursa S, 'Osoblyvosti nadannia notarialnykh posluh inozemnym hromadianam' v *Materialy mizhnarodnoi konferentsii "Shliakhy dyversyfikatsii eksportu Ukrainy na svitovyi rynek posluh"* (Instytut mizhnarodnykh vidnosyn Kyivskoho natsionalnogo universytetu im T Shevchenka 2002) 149–50 (in Ukrainian).

Newspaper articles

15. Fursa S ta Yevtushenko O, 'Problemy zastosuvannia norm inozemnoho prava u tsyvilnomu i notarialnomu protsesakh' *Yurydychna hazeta* (2004, 1) 3–4 (in Ukrainian).

Yevhen Fursa

TRANSNATIONAL NOTARY PROCESS:
ESTABLISHMENT OF A NEW DIRECTION OF NOTARY SCIENCE

ABSTRACT. The current state of development of the theory of the notary process can be considered satisfactory, as scientists have done considerable work on the analysis and solution of the problems faced by notaries and other authorized persons to perform notarial acts. Therefore, we consider it appropriate to draw the attention of scholars to

Євген Фурса

little-studied issues related to the conduct of notarial proceedings with a foreign element. In this regard, the article proposes approaches to the formation of such a concept as: “transnational notary process”, the definition of its components and functions.

The purpose of the article is to form conceptual approaches to the perception of the essence, content of transnational notary process, its place in the legal system, its significance for science and protection of indisputable rights of subjects of civil relations with foreign elements by performing notarial acts and expressing author’s hypotheses. such a concept as a “foreign element” in the theory of the notary process.

At a time when a large number of Ukrainians cross the borders of Ukraine, enter into various relations in foreign countries, as well as in Ukraine, foreign citizens acquire ownership of real estate, it is impossible not to have information about the consequences of their entry, before marriage, in case of death, etc.

Therefore, it is necessary to actively collect and systematize information about what features of inheritance will take place in case of death of a citizen of Ukraine abroad, and a foreigner in Ukraine, who and what notarial acts in such or similar cases have the right to perform. Almost every country in the world has its own system of inheritance, which differs from the Ukrainian model, but in Ukraine they remain virtually unexplored.

Foreign countries have extensive experience in notaries, which remains as little studied by Ukrainian scholars, but its analysis should show the best ways to improve the organization and activities of Ukrainian notaries, establishing links between notaries of different countries. At the same time, huge amounts of information must be systematized, otherwise they will remain unused. All the above arguments prompted the author to study these issues.

KEYWORDS: consul; notary; foreign element; transnational notary process; powers; inheritance; foreign law; international treaties.

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

НЕДОПУСТИМІСТЬ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ ПРИ ВИКОРИСТАННІ ПРИВАТНОПРАВОВОГО ІНСТРУМЕНТАРІЮ ВСУПЕРЕЧ ЙОГО ПРИЗНАЧЕННЮ*

Фактичні обставини

Заочним рішенням Деснянського районного суду м. Києва від 04 серпня 2015 року у справі № 754/9109/15ц (провадження № 2/754/4035/15) позовні вимоги ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про стягнення боргу задоволено. Стягнуто на користь ОСОБА_1 з ОСОБА_2 борг у загальному розмірі 2 069 897,02 грн. Стягнуто на користь ОСОБА_1 з ОСОБА_2 судові витрати у розмірі 3 654 грн.

Ухвалою Деснянського районного суду м. Києва від 08 квітня 2016 року у справі № 754/4771/16-ц (провадження № 2/754/3201/16) заяву представника ОСОБА_2 про перегляд заочного рішення задоволено. Заочне рішення Деснянського районного суду міста Києва від 04 серпня 2015 року у справі за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про стягнення боргу скасовано.

Ухвалою Деснянського районного суду м. Києва від 10 травня 2016 року у справі № 754/9109/15-ц (провадження № 2/754/3368/16) заяву представника ОСОБА_1 про забезпечення позову у цивільній справі за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про стягнення боргу задоволено. Накладено арешт на 1/3 частку квартири, загальною площею 72,5 кв. м, розташованої за адресою: АДРЕСА_1, що належить ОСОБА_2.

28 квітня 2016 року з однієї сторони – ОСОБА_2, іменованій як “Дарувальник”, а з другої сторони – ОСОБА_3, іменована далі як “Обдарована” уклали договір дарування частки квартири, який посвідчений приватним нотаріусом Київського міського нотаріального округу Кравченко О. В., зареєстровано в реєстрі за № 489.

У договорі дарування від 28 квітня 2016 року № 489 сторони обумовили: дарувальник – ОСОБА_2, розуміючи значення своїх дій щодо безоплатності цієї угоди, без будь-якого примусу, як фізичного так і морального, насильства або якихось погроз, подарував, а обдарована – ОСОБА_3 прийняла в дар 1/3 частку квартири під номером АДРЕСА_2 (пункт 1);

відповідно до витягу за результатом пошуку інформації про зареєстровані речові права, їх обтяження на об’єкт нерухомого майна в порядку доступу нотаріусів до ДРРП від 23 лютого 2016 року актуальна інфор-

* Витяг із Постанови Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 10 лютого 2021 р. у справі № 754/5841/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/94938438>> (дата звернення: 10.02.2021).

мація про обтяження, іпотеки, інші речові права стосовно Квартири відсутня. Відповідно до витягу за результатом пошуку інформації про зареєстровані речові права, їх обтяження на об'єкт нерухомого майна в порядку доступу нотаріусів до ДРРП від 23 лютого 2016 року актуальна інформація про обтяження стосовно дарувальника – ОСОБА_2 відсутня (пункт 6);

ОСОБА_2, підписуючи цей договір, заявляє про дійсність намірів здійснити цей договір і про відсутність заперечень щодо кожної з умов цього договору (пункт 14.1.);

ОСОБА_3, підписуючи цей договір, заявляє про дійсність намірів здійснити цей договір і про відсутність заперечень щодо кожної з умов цього договору (пункт 14.2.).

26 червня 2018 року ОСОБА_3 (“Продавець”) – з однієї сторони, і ОСОБА_4 (“Покупець”) – з другої сторони, попередньо ознайомлені з вимогами цивільного законодавства щодо недійсності правочинів, перебуваючи в здоровому розумінні, ясній пам’яті та діючи добровільно, розуміючи значення своїх дій та правові наслідки укладення договору уклали договір купівлі-продажу частки у праві спільної часткової власності на квартиру.

У договорі купівлі-продажу частки у праві спільної часткової власності на квартиру від 26 червня 2018 року сторони обумовили:

ОСОБА_3 зобов’язується продати та передати у власність, а покупець зобов’язується оплатити та прийняти у власність, частку у розмірі 1/3 у праві спільної часткової власності на квартиру АДРЕСА_2 (пункт 1);

документом, що підтверджує право власності продавця на частку в розмірі 1/3 у праві спільної часткової власності на квартиру, яка відчужується за цим договором, є договір дарування частки квартири, посвідчений приватним нотаріусом Київського міського нотаріального округу 28 квітня 2016 року за р. № 489 (пункт 3).

Згідно з відомостями з державного реєстру речових прав на нерухоме майно право власності на частку в розмірі 1/3 у праві спільної часткової власності на квартиру зареєстровано за ОСОБА_3 державним реєстратором приватним нотаріусом Київського міського нотаріального округу 28 квітня 2016 року.

Позиція Верховного Суду

Відповідно до змісту статті 234 ЦК України фіктивним є правочин, який вчинено без наміру створення правових наслідків, які обумовлювалися цим правочином. Фіктивний правочин визнається судом недійсним.

Тлумачення статті 234 ЦК України свідчить, що для визнання правочину фіктивним необхідно встановити наявність умислу всіх сторін правочину. У разі якщо на виконання правочину було передано майно, такий

правочин не може бути кваліфікований як фіктивний. Отже, фіктивний правочин характеризується тим, що сторони вчиняють такий правочин лише для виду, знаючи заздалегідь, що він не буде виконаним; вчиняючи фіктивний правочин, сторони мають інші цілі, ніж ті, що передбачені правочином. Фіктивним може бути визнаний будь-який правочин, якщо він не має на меті встановлення правових наслідків. Ознака вчинення його лише для вигляду повинна бути властива діям обох сторін правочину. Якщо одна сторона діяла лише для вигляду, а інша – намагалася досягти правового результату, такий правочин не може бути фіктивним. Позивач, який звертається до суду з позовом про визнання правочину фіктивним, повинен довести суду відсутність в учасників правочину наміру створити юридичні наслідки.

Однією із основоположних засад цивільного законодавства є добросовісність (пункт 6 частини першої статті 3 ЦК України) і дії учасників цивільних правовідносин мають бути добросовісними. Тобто відповідати певному стандарту поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення.

Згідно з частиною третьою статті 13 ЦК України не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

У постанові Великої Палати Верховного Суду від 03 липня 2019 року у справі № 369/11268/16-ц (провадження № 14-260цс19) зроблено висновок, що *‘позивач вправі звернутися до суду із позовом про визнання договору недійсним, як такого, що направлений на уникнення звернення на майно боржника, на підставі загальних засад цивільного законодавства (пункт 6 статті 3 ЦК України) та недопустимості зловживання правом (частина третя статті 13 ЦК України), та послатися на спеціальну норму, що передбачає підставу визнання правочину недійсним, якою може бути як підстава, передбачена статтею 234 ЦК України, так і інша, наприклад, підстава, передбачена статтею 228 ЦК України. Фіктивний правочин характеризується тим, що сторони вчиняють такий правочин лише для виду, знають заздалегідь, що він не буде виконаний, вважає, що така протизаконна ціль, як укладення особою договору дарування майна зі своїм родичем з метою приховання цього майна від конфіскації чи звернення стягнення на вказане майно в рахунок погашення боргу, свідчить, що його правова мета є іншою, ніж та, що безпосередньо передбачена правочином (реальне безоплатне передання майна у власність іншій особі), а тому цей правочин є фіктивним і може бути визнаний судом недійсним’.*

У постанові Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 05 липня 2018 у справі № 922/2878/17 зазначено, що *‘цивільно-правовий договір (в тому числі й договір купівлі-продажу)*

не може використовуватися учасниками цивільних відносин для уникнення сплати боргу або виконання судового рішення про стягнення боргу, що набрало законної сили. Укладення боржником, проти якого розпочате судове провадження про стягнення боргу, договору купівлі-продажу, і в першу чергу, з тривалою відстрочкою платежу, може свідчити про його недобросовісність та зловживання правами стосовно кредитора, оскільки такий договір купівлі-продажу може порушити майнові інтереси кредитора і бути направлений саме на недопущення звернення стягнення на майно боржника. Тому правопорядок не може залишати поза реакцією такі дії, які можуть хоч і не порушувати конкретних імперативних норм, але бути недобросовісними та зводитися до зловживання правом’.

У постанові Верховного Суду в складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 07 жовтня 2020 року в справі № 755/17944/18 (провадження № 61-17511св19) зроблено висновок, що ‘договором, що вчиняється на шкоду кредиторам (франдаторним договором), може бути як оплатний, так і безоплатний договір. Застосування конструкції “франдаторності” при оплатному цивільно-правовому договорі має певну специфіку, яка проявляється в обставинах, що дозволяють кваліфікувати оплатний договір як такий, що вчинений на шкоду кредитору. До таких обставин, зокрема, відноситься: момент укладення договору; контрагент з яким боржник вчиняє оспорюваний договір (наприклад, родич боржника, пасинок боржника, пов’язана чи афілійована юридична особа); ціна (ринкова/неринкова), наявність/відсутність оплати ціни контрагентом боржника’.

Європейський суд з прав людини зауважує, що національні суди мають вибирати способи такого тлумачення, які зазвичай можуть включати акти законодавства, відповідну практику, наукові дослідження тощо (VOLOVIK v. UKRAINE, № 15123/03, § 45, ЄСПЛ, 06 грудня 2007 року).

Відповідно до частини першої статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об’єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для

його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права (пункт 4.1 Рішення Конституційного Суду України від 02 листопада 2004 року № 15-рп/2004).

Згідно з пунктом 6 статті 3 ЦК України загальними засадами цивільного законодавства є, зокрема, справедливість, добросовісність та розумність.

Тлумачення як статті 3 ЦК України загалом, так і пункту 6 статті 3 ЦК України, свідчить, що загальні засади (принципи) цивільного права мають фундаментальний характер й інші джерела правового регулювання, в першу чергу, акти цивільного законодавства, мають відповідати змісту загальних засад. Це, зокрема, проявляється в тому, що загальні засади (принципи) є по своїй суті нормами прямої дії.

При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині (частина друга статті 13 ЦК України).

Приватно-правовий інструментарій не повинен використовуватися учасниками цивільного обороту для уникнення сплати боргу (коштів, збитків, шкоди) або виконання судового рішення про стягнення боргу (коштів, збитків, шкоди), що набрало законної сили. Про зловживання правом і використання приватно-правового інструментарію всупереч його призначенню проявляється в тому, що:

особа (особи) “використовувала/використовували право на зло”;

наявні негативні наслідки (різного прояву) для інших осіб (негативні наслідки являють собою певний стан, до якого потрапляють інші суб'єкти, чий права безпосередньо пов'язані з правами особи, яка ними зловживає; цей стан не задовольняє інших суб'єктів; для здійснення ними своїх прав не вистачає певних фактів та/або умов; настання цих фактів/умов безпосередньо залежить від дії іншої особи інша особа може перебувати у конкретних правовідносинах з цими особами, які “потерпають” від зловживання нею правом, або не перебувають);

враховується правовий статус особи /осіб (особа перебуває у правовідносинах і як їх учасник має уявлення не лише про обсяг своїх прав, а і про обсяг прав інших учасників цих правовідносин та порядок їх набуття та здійснення; особа не вперше перебуває у цих правовідносинах або ці правовідносини є тривалими, або вона є учасником й інших аналогічних правовідносин).

Способом захисту цивільних прав та інтересів може бути, зокрема, відновлення становища, яке існувало до порушення (пункт 4 частини другої статті 16 ЦК України).

У справі, що переглядається:

очевидно, що учасники цивільних відносин (сторони договору купівлі-продажу від 26 червня 2018 року частки у праві спільної часткової власності на квартиру) “вживали право на зло”, оскільки цивільно-правовий інструментарій (договір купівлі-продажу від 26 червня 2018 року) використовувався учасниками для унеможливлення звернення стягнення на частку ОСОБА_1 і зумовив для неї настання таких негативних наслідків;

колегія суддів, вважає, що обраний ОСОБА_1 спосіб захисту (відновлення становища яке існувало до порушення, шляхом повернення частки в праві спільної часткової власності ОСОБА_2) передбачений пунктом 4 частини другої статті 16 ЦК України та є ефективним для захисту її порушеного права/інтересу у спірних правовідносинах.

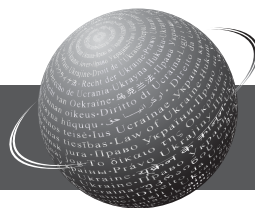
Висновки за результатами розгляду касаційних скарг

Керуючись статтями 400 та 412, 413 (у редакції, чинній станом на 07 лютого 2020 року), 141, 409, 416 ЦПК України, Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду,

ПОСТАНОВИВ:

Позовну вимогу ОСОБА_1 до ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4, треті особи: приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу, приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу, про повернення частки у розмірі 1/3 у праві спільної часткової власності на квартиру АДРЕСА_2, ОСОБА_2, задовольнити.

Відновити становище, яке існувало до порушення, шляхом повернення частки у праві спільної часткової власності на квартиру АДРЕСА_2, в розмірі 1/3 ОСОБА_2.



ІНФОРМАЦІЯ
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

Передплата
юридичного журналу “Право України” здійснюється
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),
у редакції журналу
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
тел./факс: +380(44) 537–51–11
на вебсайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Відомості про передплату
юридичного журналу “Право України”
вміщено у Каталозі видань України на I півріччя 2021 р. (с. 159)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на вебсайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

1
2021

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красенко*
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 15.02.2021. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 21,78. Обл.-вид. арк. 19,77.
Зам. 368. Ціна договірна.

Адреса редакції:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Віддруковано у ТОВ “Вістка”
Україна, 01042, м. Київ, Новопечерський пров., 5,
тел. +380(44) 583-50-94
Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 2280 від 05.09.2005 р.