

## ТРАНСПОЗИТИВНІ ОСНОВИ ПОЗИТИВНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ<sup>1</sup>



**С. КІРСТЕ**  
*доктор юридичних наук,  
професор філософії права  
(Зальцбурзький університет, Австрія)*

### І. ВСТУП

Після спорудження берлінської стіни у 1961 р. та паркану під напругою, який розділив Німеччину навпіл, урядом Німецької Демократичної Республіки було оголошено злочином так званий «незаконний перетин кордону» між цими двома частинами Німеччини (§ 213 Кримінального кодексу НДР). У 1968 р. у НДР було ухвалено Закон «Про завдання і повноваження Народної поліції Німеччини», згідно з яким поліція мала право використовувати зброю з метою недопущення порушення цієї заборони на перетин кордону зі східної частини країни в західну. Нормативні акти Міністерства і накази міністра національної оборони як підзаконні акти, що поступаються за своїм рівнем законам, які ухвалює парламент, нагадували службовцям прикордонних військ, що «під час несення служби вони несуть повну відповідальність за недопущення перетину державного кордону у своєму секторі, і що порушників кордону слід зупинити будь-якою ціною, навіть якщо для цього їх доведеться застрілити»<sup>2</sup>. Прикордонники отримували наказ такого змісту перед кожним виходом на чергування («*Vergatterung*»). Кожного разу, коли їм вдавалося попередити порушення кордону, вони повідомляли про цей «успіх» Раду національної безпеки і часто отримували за це нагороди. За інформацією з різних джерел, загальна

<sup>1</sup> Переклад з англійської мови С. Максимова.

<sup>2</sup> Цитата за рішенням Федерального Конституційного Суду Німеччини із офіційної збірки щодо «Стрілків Берлінської стіни» (*Mauerschützen/Border Guards*), тобто прикордонників Німецької Демократичної Республіки (НДР), які стріляли в перебіжчиків з боку НДР. [1, с. 96 і наступні сторінки, особливо с. 103].

кількість жертв, які загинули на кордоні між двома Німеччинами з 1961 р. до 1989 р. становила від 136 до 245 осіб (включаючи тих людей, які загинули від серцевого нападу під час перетину кордону).

Після розпаду НДР обидві частини Німеччини зафіксували в Угоді про їх об'єднання пункт, що дії офіційних осіб Східної Німеччини підпадають під норми Кримінального кодексу НДР (§ 315 I Вступу до Закону «Про Кримінальний кодекс Німеччини» разом з § 2 Кримінального кодексу НДР). Однак під час розгляду судом (під час так званого «процесу охоронців кордону») справи колишнього Голови Державної Ради та Ради національної оборони У. Кренца, багаторічного міністра оборони Г. Кесслера, іншого члена Ради національної оборони і охоронця кордону, суди Німеччини не визнали військове законодавство НДР виправданням жорстоких убивств на внутрішньо-німецькому кордоні. Судді дійшли висновку, що ці законодавчі акти не є правом у нормативному сенсі. Тому суди відхилили норми і інструкції щодо прикордонного режиму на підставі так званої формули Радбруха, відповідно до якої:

«Конфлікт між справедливістю і правовою гарантією (впевненістю) має бути вирішений таким чином, що позитивне, ухвалене належно створеним органом влади з відповідною компетенцією право має перевагу також тоді, коли воно у змістовному відношенні є несправедливим та недоцільним, за винятком тих ситуацій, коли суперечності між позитивним законом та справедливістю досягає такого нестерпного рівня, що закон як «неправильне право» (*«erroneous law»*, *«unrichtiges Recht»*) має поступитися справедливості. ... Якщо навіть не прагнути до справедливості, якщо у процесі законотворення має місце свідоме відмова у рівності, яка є осердям справедливості, то такий закон є не просто «неправильним правом»; фактично він взагалі позбавлений правової природи. Це тому, що право, як і позитивне право, не можна визначити інакше як порядок або закон, призначений за своєю суттю для того, щоб служити справедливості» [2, с. 105 і наступні сторінки, особливо с. 107].

У другій половині цієї формули суди застосували відносну «тезу нестерпності», а не абсолютну «тезу заперечення». «Через очевидне порушення елементарних вимог справедливості й прав людини, гарантованих міжнародним правом, тут не діють підстави, які загалом виступають на користь визнання заборони на перетинання кордону вищою нормою, ніж право на життя. Це порушення має настільки сильний вплив, що воно суперечить правосвідомості усіх народів, яка ґрунтується на цінності та гідності людини. У таких випадках позитивне право має поступитися справедливості»<sup>1</sup>. На думку судів Німеччини, про настання верхньої межі «невичерпності» свідчить порушення прав людини і особливо цінності та гідності людини. Однак, чи не було б заперечення підстав для виправдання, що містяться в законах Східної Німеччини, задля захисту прав людини порушенням права офіційних осіб і охоронців кордону, а саме на заборону зворотної сили закону в найважливішій сфері права — кримінальному праві? Чи не буде скасування одного закону для забезпечення прав людини жертв, постраждалих на внутрішньо-німецькому кордоні, порушенням прав людини тих осіб, що винні у цих жертвах?

<sup>1</sup> Цитата за збіркою рішень Федерального Конституційного Суду ФРН [1, с. 96 (135)].

Федеральний Конституційний Суд Німеччини, підтриманий Європейським судом з прав людини, вирішив цю, здавалось би, колізію норм права, постановивши:

«Суворі заборона зворотної сили закону у п. 2 ст. 103 Основного закону знаходить... своє правове виправдання в самій основі впевненості, яка підтримує кримінальне законодавство, якщо воно ухвалене законодавцями демократичного суспільства, які зобов'язані дотримуватися основоположних прав людини. Ця основа впевненості зникає, якщо інша держава ухвалює закони стосовно найсерйозніших злочинів, однак робить виняток стосовно певних правопорушень з підстав виправданості, оскільки така держава вимагає незаконних дій, порушуючи письмові норми, і підтримує такі дії, тим самим грубо порушуючи загально визнані права людини, засвідчені системою міжнародного права. Такою поведінкою носій державної влади здійснює максимальну державну несправедливість, яка єдино може існувати в подальшому доти, поки фактично існує відповідна державна влада, що спричинила її» [1, с. 96 (133)].

Мене цікавить останній аргумент: Федеральний Конституційний Суд обмежує нібито абсолютну заборону на зворотню дію закону, що є основоположним правом людини відповідно до Основного закону Німеччини<sup>1</sup>, припустивши, що тільки ті закони становлять основу впевненості, які ухвалені «законодавцями у демократичному суспільстві, які зобов'язані дотримуватися основоположних прав людини». У Конституції НДР дійсно існували основоположні права, і її форми врядування були теж демократичними, однак не в західній інтерпретації цих принципів. Віддаючи наказ охоронцям кордону стріляти у «втікачів з республіки», ця країна замінила загальне правило неприпустимості убивства людини на підставу для того, щоб виправдати такі дії, тим самим грубо порушивши права людини. Такі закони та інші державні заходи припиняють існування в разі зникнення відповідної держави, оскільки вони є настільки суттєвим порушенням справедливості, що повністю позбавлені юридичної сили. Логіка цього аргументу є такою: виправдання впевненості відповідача в забороні застосування зворотної сили закону залежить від демократичної правомірності й обмеження основоположних прав тими законами, на які він покладається. Право людини на свободу від покарання застосуванням зворотної сили законів<sup>2</sup> залежить від демократичної і правозахисної основи тих законів, на які покладається відповідач.

---

<sup>1</sup> У пункті 2 ст. 103 Основного закону сказано: «Будь-яка дія може бути покарана лише тоді, коли вона вже становить кримінальне правопорушення за законом ще до того, як така дія була вчинена».

<sup>2</sup> Порівняйте також із нормою ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: «Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її здійснення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання, ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення». Ця стаття не повинна перешкоджати притягненню до суду і покаранню будь-якої особи за дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення була кримінальною згідно із загальними принципами права, визнаними цивілізованими країнами.

У зв'язку з цим аргументом виникає фундаментальне питання щодо стосунків між правами людини і демократією: чи є права людини за своєю суттю транспозитивними правами, що мають бути проголошені і реалізовані як такі позитивним законом — незалежно від автократичного чи демократичного правління? Чи, можливо, існує необхідний зв'язок між правами людини і демократією? Почну з уточнення певною мірою того, що таке, власне, права людини (див. розділ II). Далі зупинюся на формі прав людини як транспозитивному і позитивному праві (див. розділ III). Провідною тезою буде те, що під стимулом катарсичного досвіду щодо жорстокостей націонал-соціалістичного і фашистського режимів, події після Другої світової війни трансформували природні права людини у позитивні права людини, таким чином диференціюючи їх структуру і функції. Ця трансформація діє як подвійна легітимація прав людини: внаслідок матеріальної легітимації, що на той час виникла на основі їх форми існування як природного права, та процедурної легітимації через їх впровадження у практику як міжнародного права. Однак ця універсальність прав людини залишається ще незавершеною. У розділі IV цієї роботи ми розглядатимемо механізми універсального поширення позитивних прав людини, оскільки повернення до природного права більше неможливе без імперіалістичних наслідків. Резюме включатиме ці обставини, які потім будуть застосовані при розгляді на прикладі «процесу над охоронцями кордону».

## II. ПОНЯТТЯ ПРАВ ЛЮДИНИ (ТЕОРІЯ ПРАВА)

Права людини — це індивідуальні права, адресовані державним установам, які забезпечують фундаментальні людські цінності<sup>1</sup>.

Як індивідуальні права, вони є вимогою суб'єкта права до іншого суб'єкта права щодо чогось, що є об'єктом вимоги. Ця вимога накладає зобов'язання на адресата права, яке не є наслідком добровільного договору, а ґрунтується на цій нормі (декларації, конвенції, конституції). Зобов'язання полягає в обов'язку утримуватися від порушення певної свободи (за Г. Єллінеком: *status negativus*), забезпечити або гарантувати визначені передумови для користування визначеними свободами (*status positivus*) та визнавати необхідність не діяти поза межами компетенцій, спільно легітимованих індивідуальними суб'єктами у певній формі (*status activus*). Однак найбільш фундаментальним є обов'язок визнавати особу як суб'єкта, здатного мати права (*status subjectionis*).

Права людини конкретизують структуру індивідуальних прав у вимірі суб'єкта вимог, адресата цих вимог та зобов'язання. Після Другої світової війни в обговореннях прав людини виникло тверде переконання, що ці права є не лише привілеями кількох осіб, особливо громадян, які їм дані державою,

<sup>1</sup> «Bei Menschenrechten geht es um den Schutz und die Befriedigung von fundamentalen Interessen und Bedürfnissen. Ein Interesse oder Bedürfnis ist fundamental, wenn seine Verletzung oder Nichtbefriedigung entweder den Tod oder schwereres Leiden oder den Kernbereich der Autonomie betrifft». [«Стосовно прав людини йдеться про захист та задоволення фундаментальних інтересів і потреб. Інтерес або потреба є фундаментальним, коли його порушення або незадоволення призводить до смерті або тяжких страждань, або зачіпає ядро автономії» — пер. з нім. О. Стовби] [3, с. 251]. Таке визначення порушує питання щодо того, які з цих прав є вищими за інші права в разі виникнення конфлікту між ними.

а що людина як така має право мати права людини. Таким чином, навіть особи без громадянства повинні також мати права людини. Людська гідність — як термін, який у подальшому знаходимо у багатьох преамбулах до декларацій і конституцій, — це не лише об'єктивна цінність як основа особистих прав, а й само по собі право людини на певні права [4, с. 601 і наступні], або, ще більш фундаментально, як право бути визнаним як суб'єкт права і як людина, до якої не можна ставитися як до об'єкта, нездатного отримати права. В той час як права людини першого і другого покоління стосувалися лише індивідів, то права людини третього покоління розширили коло можливих суб'єктів і містять тепер групи як суб'єктів прав. Це знову порушує питання про те, чи групові права усе ще залишаються правами людини. Предметом дискусій є також питання щодо належності зародків і пацієнтів у стані коми до кола суб'єктів прав людини.

Крім інших власників суб'єктивних прав, адресатами прав людини можуть бути лише особи, що займають посади державних службовців<sup>1</sup>. Вони — єдині потенціальні гаранті прав людини і — у зв'язку з тим, що той, хто здатен захистити усіх, може також і пригноблювати усіх і кожного (Т. Гоббс), — головні їх порушники. Призначення прав людини полягає в тому, щоб забезпечити належне становище людини в праві та в суспільстві. Це не суперечить концепції Гьоффе (*Höffe*) щодо гіпотетичного або трансцендентального обміну як інструмента для обґрунтування змісту прав людини. У цьому силогізмі він ставить запитання, що можуть дати один одному люди, якщо не вдаватимуться до сили для захисту своїх інтересів [6, с. 37]. Зобов'язання, що містяться у цих вимогах, забезпечують найфундаментальніші цінності або інтереси, такі як право на участь у легітимації державної влади, самовизначення груп, свободи, життя, власність, приватне життя, спілкування і право на справедливий суд.

### III. ФОРМА ПРАВ ЛЮДИНИ

Досі ми лише аналізували структуру прав людини, визначивши їх як групу індивідуальних прав і абстрагувалися від форми цих прав. Їх форма може бути позитивною або транспозитивною. У найбільш яскраво вираженій формі транспозитивні права є природними або моральними правами. Спочатку розглянемо першу форму.

#### 1. Права людини як природні права

В якості природних прав можна визначити права людини за походженням їх дійсності. Дійсність природних прав не залежить від можливих довільних дій

---

<sup>1</sup> *«Menschenrechte sind berechtigte Ansprüche jedes Menschen auf eine sie als Gleiche berücksichtigende politische Ordnung, die sich zunächst an die für diese Ordnung Verantwortlichen richtet, darüber hinaus aber auch für jeden anderen Menschen die Verpflichtung schaffen, so weit als möglich zur Herstellung einer solchen politischen Ordnung beizutragen»*. [«Права людини є виправданою претензією будь-якої людини на політичний порядок, який розглядав би її як рівну, яка спрямовується до тих, хто є відповідальним за цей порядок, але окрім того створює для кожної іншої людини обов'язок, зробити якомога більший внесок у створення подібного політичного порядку» — пер. з нім. О. Стовби] [5, с. 41].

людини. Ці права є дійсними тому, що вони належать людям як таким<sup>1</sup>. Деякі автори навіть вважають, що про «права людей» можна говорити тільки у цьому сенсі<sup>2</sup>. Це «природжені» і «невід'ємні» права. А тому вони відрізняються від отриманих чи набутих прав. З огляду на їх походження, «належність людині як такій» може означати, що ці права ґрунтуються на властивостях людини [8, с. 133]. З антропологічної точки зору «належність людині як такій» означає, що ці права ґрунтуються на базових потребах людини, таких як життя, здоров'я, незалежність та значущий і відповідальний спосіб життя [9, с. 126]. Однак не всі основані на інтересі антропологічні підходи є підходами на основі природного права. Егалітарні концепції прав людини прив'язують ці права до припущення, що «усі люди народжуються рівними» [10, с. 684]. Інші концепції беруть за відправну точку розумність людської природи та свободу, яка з неї випливає.

*а) Права людини та моральні права*

Слід відрізнити ці природні права людини від іншої групи індивідуальних прав, а саме моральних прав. Природні права людини, як і моральні права, є транспозитивними індивідуальними правами. Однак нам слід провести важливу межу відмінності між ними. По-перше, моральні права не обов'язково ґрунтуються на їх безумовній природі. Вони також можуть бути обґрунтовані із застосуванням прагматичних [11, с. 166 і наступна], дискурсивних, антропологічних або інших аргументів. По-друге, моральні права мають на меті зробити можливим виконання моральних обов'язків, що теж забезпечує людині певне становище у моральному світі. Саме такий аргумент висувають С. Пуфендорф та І. Кант. У цьому сенсі моральні права є умовою для можливості виконання моральних обов'язків. Ці обов'язки є первинними, а відповідні права витікають з них, або є вторинними. Ситуація з природними правами людини є іншою. Вони гарантують свободи людини або громадянина, однак залишають на розсуд людини, як поводитися у цих напрямках. Оскільки природне право є частиною моралі, спрямованої на правову дію, природні права людини стосуються зовнішніх і, у цьому сенсі, правових дій<sup>3</sup>. Однак моральні права є запобіжними заходами для виконання моральних обов'язків — і не обов'язково за допомогою правових дій. Оскільки моральні обов'язки зобов'язують усіх людей, моральні права також є привілеєм усіх людей. Проте вони і адресовані усім людям.

Відповідно, природні права людей і їх моральні права мають спільну транспозитивну форму. Однак розрізнити їх можна, по-перше, за їх основою і, по-друге, за обов'язком та адресатом цієї норми. У зв'язку з тим, що природні права людини спрямовані на правову дію [5, с. 41], можемо зосередитися на них.

<sup>1</sup> *«Menschenrechte sind nach üblichem Verständnis Rechte, die alle Menschen sozusagen von Natur aus besitzen, also unabhängig von kontingenten Umständen wie Abstammung, Rasse, Geschlecht, Nation und Religion»*. [«Права людини є у загальному розумінні правами, які всім людям належать, так би мовити, від природи, тобто незалежно від змістовних обставин походження, раси, статі, нації або релігії» — пер. з нім. О. Стовби] [7, с. 96].

<sup>2</sup> Право людини або природне право — це «право, яке нам належить з тієї лише простої причини, що ми — людські істоти» [8, с. 2].

<sup>3</sup> Їх можна вважати частиною правової моралі [6, с. 34 і наступна].

*б) Два напрями історії природного права і теорії природних прав*

Ці природні права людини визначені теорією природного права. У цій роботі не маю змоги зупинитися детальніше на цій темі, лише на двох напрямках цієї теорії. Один напрям — це раціональне традиційне природне право, яке пов'язано з працями Платона, Аристотеля, святого Фоми Аквінського та пізніх схоластиків, Г. Гроція та деяких філософів епохи Просвітництва, таких як С. Пуфендорф, К. Вольфф і К. Томазій. Вони розробили концепції права, базовані як на об'єктивній, так і суб'єктивній справедливості та загальному благові, на розумності, свободі й рівності індивідів — і вивели з цих основ індивідуальні права.

Якщо дуже схематично, то можна навести ще одну лінію аргументації, а саме волюнтаристську аргументацію природного права. Згідно із цими теоріями право має бути дійсним незалежно від його раціональності, просто через те, що воно дано нам по волі Господа Бога. Спочатку сам Господь не був обмежений цим правом у своїх діях, але після того, як він заклав його найвищі норми, то сам зобов'язався дотримуватися його правил, щоб не допускати внутрішньо суперечливих дій, чого неможливо собі уявити. Св. Августин, В. Оккам, Т. Гоббс і Ж.-Ж. Руссо творили у цій традиції. Якщо аргументи теорії раціонального природного права стосувалися більше змісту природних прав людини і статусу людей як розумних і моральних істот, то у волюнтаристській традиції аргументація також спиралася на те, що права гарантують досягнення людиною її основних інтересів як особистості, але встановлювала також і природну основу для самої форми права.

*с) Зміст природних прав людини (етика права)*

Досі ми розглядали форму прав людини як особисті і, ще конкретніше, природні права. Запитання, що саме вкладається у зміст слова «людина» у словосполучення «права людини», залишається відкритим до сьогодні. Це питання було і є предметом гострих дебатів навіть у межах теорій природного права. Певною мірою поняття «природні» теж мало, — а в антропологічних теоріях прав людини має й сьогодні, — вплив на зміст прав людини. Основні інтереси людини щодо виживання вважаються необхідними благами і мають бути захищені як права людини.

Природні права людини є вимогами людини щодо забезпечення розвитку її особистості та її «нормативної здатності» [8, с. 200], або, за словами В. Брюггера, стосовно можливості вести незалежний, значущий і відповідальний спосіб життя [9, с. 126]. Раніше ми згадали чотири виміри прав: негативний, позитивний, активний і суб'єктний. Справді, усі ці чотири виміри сприяють розвитку людини. Таким чином, окрема людина стає центральною точкою прав людини. Переважно дискусія, як і раніше, ведеться навколо питомої ваги кожного з цих вимірів. У ліберальних теоріях прав людини надмірно підкреслюється їх негативний аспект, ігноруючи при цьому позитивний і активний аспекти. Соціалістичні теорії, навпаки, переймалися виключно позитивним аспектом прав людини і не звертали уваги як на значення вільної ініціативи для розвитку особистості, так і на вільно вмотивовані політичні обговорення і участь у політичних процесах. Відповідно до чисто республіканського тлумачення, усі інші права розглядаються, за визначенням Ж.-Ж. Руссо, як передумови для участі у політичних процесах, особливо у боротьбі за права груп [12, с. 62 і наступні].

Це свідчить про необхідність визначення критерію для збалансування зазначених вище трьох вимірів обов'язків щодо прав людини. Оскільки усі права спрямовані на те, щоб забезпечити можливості для розвитку людської особистості, пошуки такого критерію мають ґрунтуватися на особистості людини, а саме виходити з права на людську гідність. По суті, це право зобов'язує усі органи державної влади поважати людей як суб'єктів права. Суб'єкти права — це особи, здатні мати права.

Однак особистість потребує захисту не тільки у своїх діях, а й у тих сферах, де вона бажає залишатися наодинці з собою (приватне життя), у ситуаціях, коли вона недієздатна (наприклад, якщо це ембріон чи пацієнти у коматозному стані) і, найважливіше, коли особа має бути визнана суб'єктом прав, разом з її правовою суб'єктністю. Про цей вимір традиційно йшлося під час обговорення теми людської гідності, яка розглядається як цінність або право. Х. Арендт роз'яснила, однак, що концептуалізації цих інтересів як цінностей недостатньо. Їх треба розуміти в контексті прав людини, як, власне, право кожної людини [4, с. 602 і наступні; 13, с. 754 і наступні].

При застосуванні норм права людина визнається як суб'єкт права лише тоді, коли може брати участь у процесі законотворчості; інакше на людину будуть поширюватися вимоги законодавства і вона має їх виконувати без участі у їх створенні; тобто без участі у законотворчості людина буде не суб'єктом, а об'єктом права. Відповідно, людська гідність є підґрунтям права на демократичну та інші форми участі у політичному процесі. Для цього, знову ж таки, необхідною передумовою є наявність певних комунікаційних прав. Як визначив Ю. Габермас, у цього права людини є дві сторони: з одного боку, це право гарантує участь у політичному процесі, а з другого — для цього потрібно, щоб права людини не тільки були визнані і захищені патерналістською державою загального добробуту, а й самими суб'єктами цих прав. У цьому сенсі можна сказати, що існує транспозитивне право людини не лише на те, щоб мати права людини, а й брати участь у процесі їх визнання. Ю. Габермас стверджує, що ліберальні права людини і політична автономія взаємно вимагають одне одного<sup>1</sup>. Сама

<sup>1</sup> *«Das System der Rechte läßt sich weder auf eine moralische Lesart der Menschenrechte noch auf eine ethische Lesart der Volkssouveränität zurückführen, weil die private Autonomie der Bürger ihrer politischen Autonomie weder über- noch untergeordnet werden darf... Die Gleichsprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie zeigt sich erst, wenn wir die Denkfigur der Selbstgesetzgebung, wonach die Adressaten zugleich die Urheber ihrer Rechte sind, diskurstheoretisch entschlüsseln».* [«Система права не піддається редукції ані до морального тлумачення прав людини, ані до етичного тлумачення народного суверенітету, оскільки приватна автономія громадян не може бути ані підпорядкована їх політичній автономії, ані керувати нею. Рівноначальність приватної і публічної автономії вперше виказує себе, коли ми дискурсивно-теоретично осмислюємо мисленневу фігуру самозаконодавства, згідно з яким адресат є в той же час володарем своїх прав» — пер. з нім. О. Стовби] [14, с. 134 і наступна]. І далі: *«Der interne Zusammenhang von Demokratie und Rechtsstaat besteht darin, daß einerseits die Staatsbürger von ihrer öffentlichen Autonomie nur dann einen angemessenen Gebrauch machen können, wenn sie aufgrund einer gleichmäßig gesicherten privaten Autonomie hinreichend unabhängig sind; daß sie aber auch nur dann gleichmäßig in den Genuß der privaten Autonomie gelangen können, wenn sie als Staatsbürger von ihrer politischen Autonomie einen angemessenen Gebrauch machen».* [«Внутрішній зв'язок демократії і правової держави полягає у тому, що, з одного боку, громадяни держави



природа права на демократію вимагає, щоб суб'єкт і адресат права (але не обов'язку!) був однією й тією ж особою. Вони не лише визнають вже існуючі права, а й надають їм відповідної форми<sup>1</sup>.

Для реалізації потенційних можливостей особи потрібно, щоб вона розкрила свою особистість, а для цього вона повинна мати позитивні права, які дають виконати це, і негативні права, які захищають її можливість це зробити. Це права на охорону здоров'я, життя, комунікацію та інші форми «нормативної здатності». Оскільки у їх позитивній формі ці права можна вимагати і захищати в суді, людина повинна також мати права стосовно процесу винесення судового рішення, проведення слідства і практичного застосування прав. Це право на вираження своєї думки, право на свій ефективний захист у суді і право на особисту недоторканність.

*d) Висування аргументів щодо природних прав людини*

Найочевиднішою перевагою природних прав людини є їх походження як «самоочевидних істин»<sup>2</sup>. За своєю суттю, вони, як було встановлено, є «священними»<sup>3</sup>. Їх можна «забувати», зневажати, їх можуть заперечувати урядовці і уряди; оскільки їх дійсність не залежить від дій людини, ці права не можуть бути відмінені через неналежну поведінку людей. Їх легітимація заснована на розумності їх основ або репутації автора святого письма. Це мало два наслідки для держави: з одного боку, ці права вважалися дійсними у всіх державах, з другого — навіть більшістю голосів при голосуванні з цього питання меншини не можуть бути позбавлені цих прав. У разі якщо «будь-яка форма урядування стає руйнівною в цьому плані, народ має право змінити або скасувати його і сформулювати новий уряд», як сказано у Декларації незалежності США.

Походження дійсності природних прав людини забезпечує широкий вибір їх дійсності. Вони є універсальними у просторовому і часовому відношенні. Оскільки інтереси, які є підґрунтям цих прав, є, можливо, настільки фундаментальними, що усі люди мають їх, незалежно від їх культури і вірувань, то вони не належать якомусь одному конкретному правопорядку. Людська особис-

---

в змозі використати свою публічну автономію лише тоді, коли вони рівною мірою є незалежними завдяки забезпеченій їм приватній автономії; але рівною мірою вони тільки тоді можуть скористатися приватною автономією, коли вони, як громадяни держави, співрозмірно можуть вжити свою політичну автономію» — пер. з нім. О. Стовби] [14, с. 390 і наступна].

<sup>1</sup> «*Menschenrechte mögen moralisch noch so gut begründet werden können; sie dürfen aber einem Souverän nicht gleichsam paternalistisch übergestülpt werden. Die Idee der rechtlichen Autonomie der Bürger verlangt ja, daß sich die Adressaten des Rechts zugleich als dessen Autoren verstehen können. Dieser Idee widerspräche es, wenn der demokratische Verfassungsgesetzgeber die Menschenrechte als so etwas wie moralische Tatsachen schon vorfinden würde, um sie nur noch zu positivieren*». [«Права людини можуть бути досить гарно морально обґрунтовані; проте вони не повинні бути патерналістично перетлумачені сувереном. Ідея правової автономії громадян вимагає, щоб адресати права мали рівною мірою розумітися як його автори. Ця ідея є суперечливою, коли демократичний творець конституції вже передбачає права людини як щось на зразок морального факту для того, щоб уникнути їх чистої позитивації» — пер. з нім. О. Стовби] [15, с. 293 і наступні, особливо с. 301].

<sup>2</sup> Декларація незалежності США.

<sup>3</sup> *Declaration du Droit de l'Homme et du Citoyen* (Декларація прав людини і громадянина).

тість, — на відміну від людської індивідуальності, — властива не якомусь певному обмеженому колу людей, а усім людям. Рівність, що ґрунтується на її основному значенні і базується на природі людини, не дозволяє жодної дискримінації через колір шкіри, культурну спадщину або релігійні переконання. Відповідно, ці природні права людини не є локальними і не обмежувалися державою, а є глобальними, і не тимчасовими, а постійними, і, у цих двох напрямках, універсальними. Саме тому можна припустити, що універсальність прав людини є необхідним елементом. Оскільки ця універсальність є похідною від природної форми, я б не концептуалізував її як визначальний елемент<sup>1</sup>.

Їх природне походження є не тільки перевагою природних прав людини, але також і їх недоліком. Люди, які не поділяють базових вірувань, припущень або інших підстав для їх обґрунтування, не будуть сприймати дійсності цих природних прав людини. Крім цього, чи не може будь-яка автократична правова система бути здатною гарантувати природні права людини тією ж мірою, що й ліберальна західна демократія? Так, може, але вона гарантуватиме права людини у патерналістський спосіб, коли визнання цих прав не є вираженням політичної автономії народу, хоча вони є привілеями людей — як за міжнародним правом, так і за національним законодавством! Перш ніж зупинитися на цьому питанні докладніше, розглянемо іншу форму прав людини — їх позитивну форму як позитивні національні або міжнародні права людини або основоположні права.

## 2. Позитивні права людини<sup>2</sup> (правова догматика)

Право як сукупність норм, проголошення і застосування яких регулюється іншими нормами, стає позитивним, якщо воно фактично застосовується і має силу закону, і якщо таке його застосування відповідає тим умовам, які містяться у таких нормах.

Природні права згідно з традицією природного права набули позитивного статусу в національних деклараціях і конституціях у кінці XVIII — на початку XIX ст. та у міжнародних деклараціях, конвенціях і угодах після Другої світової війни. Це сталося внаслідок різких перемін у цінностях або внаслідок так само значних порушень прав людини. Відповідно, досвід несправедливості не відігравав головної причини у розкритті змісту цих прав, а лише в їх позитивізації<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Іншим припущенням є таке: «*Ihrem (formalen) Begriff nach scheinen die Menschenrechte zu beanspruchen, daß sie für alle Menschen gelten und insofern universell sind, daß sie für alle in gleicher Weise gelten und insofern egalitär sind und daß sie keinem Menschen abgesprochen werden können und insofern kategorisch sind*». [«Права людини, відповідно до їх (формального) поняття, здається, претендують бути дійсними стосовно всіх людей і універсальні настільки, що вони чинні для всіх одним і тим же чином, і егалітарні так, що в них не можна відмовити жодній людині, а тому є категоричними» — пер. з нім. О. Стовби] [12, с. 63].

<sup>2</sup> Термін «позитивні» стосується їх форми як закону, а не як вимоги щодо отримання державних субсидій, як інколи розуміють їх зміст.

<sup>3</sup> В. Брюггер має щодо цього іншу точку зору: «*Menschenrechtsforderungen sind am besten als Antworten auf exemplarische Unrechtserfahrungen zu charakterisieren. Mit "exemplarischen Unrechtserfahrungen" sind Situationen und Ereignisse gemeint, deren Durchleben durch die Betroffenen oder deren Kenntnisnahme durch Dritte zu einem elementaren und gleichsinnigen Urteil als "ungerecht" führt, selbst wenn die Betroffenen und die Dritten unterschiedlichen Gruppen und Kulturen angehören*». [«Вимоги прав людини в кращому випадку характеризуються як відповіді на окремі випадки

Слід обов'язково припинити ігнорування або забуття цих прав і ігнорування їх слабкої форми як природних прав<sup>1</sup>. Ці події не мали наслідком відкриття нових прав людини. Концепція цих прав людини виявилася надто абстрактною, щоб такі права виникли на основі конкретного історичного досвіду<sup>2</sup>. А щодо легітимності, то порушення прав людини стосовно певної групи людей у певний період часу не можуть бути аргументом на користь прав людей, яких ніколи не стосувалися такі порушення. Так само ці жорстокі дії тоталітарних режимів не повинні вважатися підставою для того, щоб адресатами прав людини були демократичні або інші права людини стосовно відповідного уряду [18, с. 211 і наступна]. Деякі з народів, які сьогодні є найбільш бідними, ніколи не відчували колоніалізму. Відповідні жорстокі вчинки можуть лише стимулювати поінформованість щодо порушення прав людини і розуміння необхідності їх кодифікації. З огляду на ці підстави, я не погоджуюся з концепцією прав людини, запропонованою Роулсом (*Rawls*), де сказано, що права людини — це клас прав, порушення яких було б «однаковою мірою засуджено як раціональними ліберальними народами, так і вихованими ієрархічно народами» [19, с. 79 і наступна]. Це могло б бути гарною ідеєю — почати з політичного поширення таких прав, як право на життя, і на певний прожитковий рівень, особисту свободу, право мати власність і рівність. Однак для філософського пояснення нам би хотілося знати причини того, чому ці люди засуджують порушення своїх прав. А це означає знати цінності, на основі яких вони засуджують ці порушення. Хоча це може вести до концепції людини, це не обов'язково має бути натуралістична позиція, це може бути просто позиція конструктивістська, як і позиція Роулса, тому що вона дозволяє реконструювати поведінку людини і права, які ґрунтуються на цій концепції.

Трансформація природних прав людини у позитивне право не мала на меті припинити їх дійсність як природних прав людини. Натомість, у конституціях слід визнати ці права, надати їм зрозумілу форму, доступну усім людям, створити інституції для нагляду за їх порушенням і, можливо, впровадити ці права на практиці. Ця позитивна форма має протидіяти забуттю природних прав, що слугуватиме людям чи народам орієнтиром щодо належних чи аморальних дій або виражатиме волю народу до визнання цих прав і, якщо потрібно, до їх захисту.

У їх кодифікованій формі держава або наднаціональна організація стає адресатом прав людини. Нерідко позитивні права людини називаються основоположними (*fundamental*) правами<sup>3</sup>. Залежно від змісту цих прав держава або

---

неправа. Під «окремими випадками неправ» розуміються ситуації і події, переживання яких зачіпає, чи опосередковане знайомство з якими веде до простого і однозначного судження: «неправо», навіть тоді, коли ті, кого зачіпили, і ті, через кого неправо стає відомим, належать до різних груп і культур» — пер. з нім. О. Стовби] [16, с. 129].

<sup>1</sup> Порівняйте з преамбулою Хартії ООН: «Звільнити наступні покоління від загрози війни, яка двічі протягом життя нашого покоління принесла невимовні біди для людства...»

<sup>2</sup> Мабуть, лише більш специфічні природні права англійської традиції можна тлумачити як наслідок так само специфічних порушень права. Природні права більш загального плану під час Французької революції «запам'яталися» і знайшли втілення у Декларації про права людини і громадянина, щоб їх більше було неможливо «забути» знову [17, с. 169].

<sup>3</sup> «*Unter den Menschenrechten sind... die Rechte zu verstehen, die dem Menschen als Menschen zukommen, unter Grundrechten die elementaren Rechte jedes Bürgers eines Staates*». [«Під правами

наднаціональна організація має вибір надати їх усім людям або лише своїм громадянам.

Однак кодифікація природних прав людини — це не лише виконання морального обов'язку; ці права отримують щось інше, аніж те, що вони отримують як природні права. Як позитивне право, крім їх матеріальної легітимації, природні права людини набувають процедурної легітимації. Вони є не тільки власністю того незначного кола людей, які здатні їх зрозуміти, вони також поділяють легітимність відмінного від них позитивного права як вираження політичної автономії. Це може бути автономія монарха як освічений абсолютизм, привілейованого класу, як у випадку білля про права людини в Англії, або це може бути автономія усіх правових суб'єктів, як у демократичних суспільствах. В останньому випадку права людини стають саморефлексивними: вони є не лише засобами захисту відповідних цінностей, а й самі є виявленням застосування прав людини. Сама легітимація цих основоположних документів доводиться тим фактом, що конституції пізніших періодів або суспільні домовленості про права людини є посиланням на них, і необов'язково на істини або на транспозитивні природні права, відображені в них. Це є так у випадку з Конституцією Франції під час Четвертої і П'ятої Республіки та з Декларацією про права людини і громадянина 1789 р. та, наприклад, з Конвенцією про недопущення тортур 1987 р. згідно із Хартією ООН та Універсальною декларацією про права людини. В їх історичній формі права людини не визнаються як «істини» або принципи віри; вони «знову підтверджуються», і мета сьогодні полягає в «підтримці і подальшому впровадженні прав та основоположних свобод людини»<sup>1</sup>. Права людини «охороняються» як «спільна спадщина»<sup>2</sup>.

Особливо коли вони є вираженням політичної автономії народу, вони стають основоположними документами суспільства, найвищим законом правопорядку. Цей провідний правовий статус у конституціях та міжнародних деклараціях робить їх центральними пунктами для будь-якого звичайного законодавства. Тому вони можуть призводити до конкретизації і застосування усіма органами державної влади.

Ці переваги супроводжуються, однак, серйозними недоліками. Оскільки трансформація у позитивне право — це дія волі, а не простого пізнання, то її реалізація залежить від волі уряду до ратифікації міжнародних декларацій про права людини, конвенцій і угод і до виконання відповідних обов'язків шляхом кодифікації цих прав. Відповідно, універсальність позитивних прав людини залежить від відповідної потрібної для цього волі. Якщо віра у базові переконання щодо прав людини не є поширеною, — наприклад, через те, що їх вважають вираженням західних цінностей, відмінних від східних цінностей, — то ратифікація, впровадження на національному рівні та інтерпретація їх застосування стануть проблематичними. Німеччина вважає, що Конвенція Ради Європи про

людини розуміються права... які притаманні людям як людям, під основоположними правами — елементарні права кожного громадянина держави» — пер. з нім. О. Стової [6, с. 31].

<sup>1</sup> Преамбула Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

<sup>2</sup> Преамбула Європейської соціальної хартії; Рамкова конвенція про захист національних меншин.

права людини та біомедицину порушує принцип людської гідності, тому ця країна не починала її реалізацію і не ратифікувала цю Конвенцію. Конвенцію щодо заборони тортур парафувала, але не ратифікувала Індія, а Іран, Ірак та деякі інші країни не підписали і не ратифікували її. Німецька Демократична Республіка підписала і ратифікувала Європейську Декларацію про права людини, однак так і не трансформувала її у діюче національне право. Згідно із правовою аргументацією, права людини можуть отримувати значення, відмінне від їх первісного розуміння у міжнародному праві або у традиції природних прав людини.

Ще один недолік пов'язаний з їх позитивною формою: Загальна декларація прав людини не є обов'язковим документом, хоча наразі багато науковців вважають, що вона має силу міжнародного звичаєвого права. Інші схиляються до того, що вона обов'язкова, однак це залежить від наявності волі для того, щоб держави, які приєдналися до Конвенції, трансформували її норми у норми національного законодавства.

Ці проблеми шкодять універсальності позитивних прав людини у просторовому і часовому аспектах.

Маючи організовану владу, держава є не лише гарантом прав людини, але також і їх найбільшою загрозою. Відповідно, її влада має спиратися на права і потребує легітимації її панування через забезпечення політичних прав людини. Лише таким шляхом орган державної влади не лише захищає права людини, але також є проявом прав людини. Позитивна форма, яку дає організована влада держави, є лише нейтральною формою, яка є вираженням наміру тих, хто створює державну владу. Ці сили мають легітимність з точки зору прав людини лише в тому разі, якщо вони є проявом прав людини, обмежуються правами людини і захищають права людини.

А тому можемо дійти попереднього висновку, що позитивні права людини — чи є вони міжнародними, чи національними правами людини — мають подвійну легітимацію. Вони мають те, що ми можемо назвати «матеріальною легітимацією», судячи зі змісту, який відповідає принципам природних прав людини; вони мають також і процедурну легітимацію завдяки їх визнанню народом. Повна форма прав людини включає як права *status negativus* (негативні права), так і *status activus* (права на участь в політичному житті), є також і права *status positivus* (позитивні права), оскільки людина не може скористатися своїми правами без допомоги з боку інших людей. Усі три виміри прав людини є реалізацією одного базового права — *status subjectionis*, права на те, щоб мати права, або точніше, права бути визнаним у якості правового суб'єкта, із гарантованою людською гідністю. Крім цього, ці права відповідають рефлексивній структурі права і легітимізують його. Оскільки право є порядком норм, встановлення і регулювання яких відбувається згідно з іншими нормами, права людини пов'язані з процесом обговорення і впровадженням норм як активних прав на спілкування, на свободу зібрань, зокрема політичних об'єднань, і права голосу. У ході впровадження права права людини містять права на власну недоторканність, право голосу, право на ефективний захист і, не в останню чергу, право на свободу від загрози застосування зворотної сили закону.

У цьому сенсі правопорядок ґрунтується не виключно на правах людини, тому що існують також і міркування щодо суспільних благ; права людини забез-

печують справедливість в цілому, а не лише мінімальний її зміст. Насправді, щодо цього йдуть гарячі суперечки. Д. Гріффін, наприклад, встановлює наявність інфляції прав людини і намагається зменшити їх перелік. Один із його аргументів полягає в тому, що не усі бажані цілі можуть бути підпорядковані правам людини. Існують також певні аспекти справедливості і права, наприклад, у розгляді справ судами, які мають інші критерії. Однак у цих ситуаціях теж окрема людина має бути визнана як активна сторона судового позову. Справедливим буде такий суд, в якому суддя не тільки враховує права усіх сторін, а й поважає усі права, необхідні для захисту цих матеріальних прав.

Перш ніж повернутися до процесу над охоронцями кордону в НДР, розглянемо побіжно питання щодо того, як нейтралізувати недоліки позитивних прав людини.

#### IV. УНІВЕРСАЛІЗАЦІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ (ПРАВОВА ПОЛІТИКА)

Отже, наша аргументація показала, що найбільш очевидною перевагою позитивних прав людини є їх подвійна легітимація: вони мають матеріальну легітимацію, тому що вони конкретизують історично сформовані і доведені принципи природних прав людини і надають їм форму, яка є процедурно легітимованою внаслідок політичної автономії народу. Найбільшим недоліком цих позитивних прав людини є їх партикулярність у просторовому і часовому сенсі.

Чи існує спосіб скористатися з обох переваг без негативних наслідків наявних недоліків?

Недоліком позитивних прав людини є їх обмежена правова дійсність. Позитивні права людини можуть бути засновані на стійких етичних або філософських переконаннях, завдяки чому визнаються відповідними політичними спільнотами. Без такого визнання ці права будуть позбавлені процедурної легітимності, так що людині ці права, незважаючи на усі їхні позитивні якості, будуть надані патерналістською державою. Відповідно, цей недолік має свою аргументацію у самій ідеї прав людини, і тому, якщо його не врахувати, це може мати наслідком значні втрати. Однією з таких втрат може бути ціннісний імперіалізм стосовно інших суспільств, які мають власну концепцію того, що є для них благом. У цьому полягає фактична проблема навколо дискусії про «азійські цінності». Якщо ж, з іншого боку, бажаною є універсальність прав людини, а це саме так, то ми повинні знайти легітимний механізм, за допомогою якого можливо як поширення прав людини, так і повага до публічної автономії, яка й сама ґрунтується на правах людини. Для цього потрібно, однак, докласти значно більше зусиль, аніж просто висунути постулат або вимогу щодо універсальності прав людини на основі природних людських прав.

Якщо ми не намагаємось нав'язувати права людини іншим народам, тому що вважаємо, що, маючи начебто природний обов'язок щодо цього, вони мають поважати природні права людини, ми зміщаємо перспективу з *універсальності* прав людини на їх *універсалізацію*. Перш ніж перейти до нормативних аспектів універсалізації прав людини, можемо розрізнити їх фактичне поширення — темпоральне, когнітивне і функціональне. Коли Н. Боббіо говорить про «вік прав», то він виражає не тільки оптимістичний погляд на прогрес у сприйнятті свободи — це він справді підкреслює [20, с. 106], — однак також зауважує, що після

жорстокостей нацистів та інших режимів не може бути шляху назад до успішного виправдання легітимних політичних дій, які порушують права людини. Щодо цього можемо говорити про історичну або темпоральну універсалізацію прав людини як стандарти політичного виправдання.

Існує також і когнітивне поширення прав людини. Можемо бачити, як поширюються знання про права людини. Тому Ч. Байтц стверджує, що усі політичні дискусії на міжнародній арені починаються, — нехай навіть тільки на словах, — на основі прав людини. З огляду на цю основу політики і науковці обговорюють доводи «за» і «проти» прав людини, тим самим піднімають планку якості аргументів. Компаративні аналітичні роботи з питань права і культури підтримують цю аргументацію, як і порівняння стандартів моралі.

Більше того, якщо М. Вебер має рацію, припускаючи у своїй праці «Протестантська етика і дух капіталізму», що у певному економічному устрої обов'язково існує, як передумова, певна основа вірувань, то прийняття західної економічної системи раніше чи пізніше принесе принаймні деякі аспекти ідеї прав людини до тих країн, які досі не сприймають цю ідею. Як ми вже зазначали, правова система захищає права людини, однак одночасно є і їх вираженням. Це стосується не тільки *status activus* політичних прав, але також і юридичних прав, таких як захист впевненості, права захищати себе, включаючи право виступати на свій захист у суді. Правові системи ґрунтуються на свободі. Вже самі норми права позбавлені будь-якого сенсу без свободи. Належне їх зобов'язання перетворюється на «повинен» без свободи вибору й волі. Тому будь-яка правова система працює краще, якщо вона поважає принаймні деякі з прав людини. У цілому ухвалення захисту прав людини може бути корисним у практичному плані. Отже, можемо говорити в такому разі про функціональну універсалізацію.

Це все, звичайно, лише фактичні аспекти. Якщо це дійсно так, то їх не слід ігнорувати, тому що вони створюють позитивний моральний вплив. Однак якщо нам дозволено сприяти поширенню прав людини, то у зв'язку з цим виникає інше запитання: чи можемо ми вдосконалити ці механізми і, можливо, знайти інші механізми? Це запитання знову повертає нас до питання про природні права людини. Якщо їх визнання є моральним обов'язком усіх, принаймні тих, хто має державні повноваження, і якщо обов'язок без дозволу виконувати його є внутрішньо суперечливою ситуацією, то усі люди, що обіймають відповідні посади, зобов'язані і мають природний дозвіл на те, щоб сприяти універсалізації прав людини. Однак працювати задля ідеї прав людини означає поважати їх під час такої спроби. Звідси слідує, що не можна нав'язувати права людини народу, який шляхом вільного політичного самовизначення відхилив ідею прав людини або як мінімум форму права людини, яку йому запропоновано. Ми можемо намагатися вести з ними дискусію, переконувати їх і допомагати представникам меншини, які вимагають поваги до своїх прав людини. Якщо існує авторитарний режим, який гнобить народ, а громадяни обстоюють свої права, можемо допомогти їм до певної міри, в межах їх політичної автономії.

А що ж робити з урядовцями, які працювали на такий авторитарний режим, після того, як народу вдалося скинути його і стати демократичною державою, де існує верховенство права, включно з визнанням прав людини? Це запитання повертає нас до того процесу над охоронцями кордону, з якого я почав.

## V. РЕЗЮМЕ

За підтримки Європейського суду з прав людини, суди Німеччини дійшли висновку, що право на звільнення від відповідальності через неможливість застосування зворотної сили закону слід обмежити у випадках серйозних злочинів, щодо яких колишня недемократична держава надавала виправдання своїм офіційним представникам, що є само по собі порушенням основоположних прав людини. Ретроактивні закони є проблематичними у багатьох відношеннях. Особливо у кримінальному законодавстві, де вони виключають можливість для людини зрозуміти, що те, що вона робить, є неправильним, перш ніж фактично розкрити її нездатність утриматися від неправильних вчинків, які вона здійснює. Як може бути винною людина, яка вчиняє певні дії, якщо вона від самого початку, навіть до початку таких дій, не здогадується, що ці дії є незаконними, як не знає й про інші обмеження, які унеможливають утримання від таких дій. Це підірве самі підвалини кримінального законодавства, якщо не буде поважатися право на звільнення від покарання згідно із законом, який має зворотну силу. Однак, чи залишається в силі цей аргумент, якщо кримінальний кодекс забороняє серйозні порушення прав людини, — як, наприклад, покарання за убивство людини, — але робить виняток для дій, які порушують права людини, — як було з заходами протидії спробам втекти з НДР? Простих відповідей буде недостатньо. Як не можна виключити з розгляду ці підстави для виправдання, оскільки закон про прикордонну службу та відповідні підзаконні акти, які порушують права людини, є протизаконними або зовсім не є правом. Так само ми не можемо заявити, що суверенне законодавство НДР не трансформувало позитивні права людини, що містяться в Європейській декларації прав людини, у національне право; або що потребує захисту покладання на чинне законодавство того часу посадових осіб тієї держави, — від прикордонника до міністра оборони та голови державної ради. З точки зору прав людини, впевненості у собі заслуговує не тільки закон лише тому, що це закон. А причина полягає у тому, що — як у контрактному праві або у рішенні суду, що виноситься в кінці справедливого судового процесу, — ми можемо покладатися як на будь-який закон, так і на позитивні права людини лише в тому разі, якщо цей закон є відображенням нашої політичної автономії. Так само як я можу бути впевненим у своєму рішенні тільки знаючи аргументи, покладені у його основу, я можу бути впевненим у законах лише в тому разі, якщо маю хоча б мінімальний шанс вплинути на їх зміст на основі аналізу та за допомогою демократичного процесу через моїх представників у парламенті. Так само як ми виконали реконструкцію структури права на основі прав людини, нам слід також реконструювати на основі цих прав ретроактивне кримінальне законодавство. Це стосується і відповідної впевненості. Така впевненість ґрунтується на прозорому законодавчому процесі, легітимність якого спирається на колективну автономію громадян. Якщо ситуація буде іншою, — а в НДР ситуація не відповідала бажаному, — то таку впевненість не варто обстоювати.

Оскільки права людини пов'язані з правозастосуванням, зміст і застосування норм права і, більше того, оскільки існує необхідний зв'язок з цими трьома вимірами прав людини, рішення, винесені судами Німеччини, були правильними. Ці суди правильно припустили, що право на захист від ретроактивного



застосування законодавства є обмеженим, якщо впевненість правопорушника у такому захисті базується на законах, ухвалених недемократичною державою, яка не дотримувалася основоположних прав людини. Не є правом людини право на гарантовану впевненість у законах, які очевидно порушують права людини, навіть якщо ці права не визнані в офіційному порядку у формі позитивних міжнародних законів.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Entscheidungen* des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 95. – Mauerschützen / Border Guards.
2. *Radbruch G.* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // *Süddeutsche Juristenzeitung*. – 1946. – S. 105 ff.
3. *Alexy R.* Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 244–264.
4. *Arendt H.* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. – 13. Aufl. – München, 2009.
5. *Menke C.* Philosophie der Menschenrechte. – Hamburg, 2007.
6. *Höffe O.* Transzendentaler Tausch – eine Legitimationsfigur für Menschenrechte? // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 29–47.
7. *Koller P.* Der Geltungsbereich der Menschenrechte // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 96–123.
8. *Griffin J.* On Human Rights. – Oxford, 2011.
9. *Brugger W.* Das Menschenbild der Menschenrechte // *Jahrbuch für Recht und Ethik*. – B. 3. – 1995. – S. 121–134.
10. *Buchanan A.* The Egalitarianism of Human Rights // *Ethics*. – B. 120. – 2010. – S. 679–710.
11. *Rorty R.* Menschenrechte, Rationalität und Gefühl // *Die Idee der Menschenrechte* / S. Shute, S. Hurley (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1993. – S. 144–170.
12. *Lohmann G.* Menschenrechte zwischen Moral und Recht // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 62–95.
13. *Arendt H.* Es gibt nur ein einziges Menschenrecht // *Die Wandlung*. – IV. – 1949. – S. 754–770.
14. *Habermas J.* Faktizität und Geltung. – Frankfurt, 1994.
15. *Habermas J.* Über den Internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie // *Ders.: Die Einbeziehung des Anderen*. – Frankfurt/Main, 1996. – S. 293 ff.
16. *Brugger W.* Stufen der Begründung von Menschenrechte // *Ders.: Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus*. – Baden-Baden (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat 12), 1999. – S. 127–141.
17. *Hofmann H.* Menschenrechtliche Autonomieansprüche. – Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen // *Juristenzeitung*. – 1992. – S. 165–175.
18. *O'Neil O.* Transnationale Gerechtigkeit // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 188–232.
19. *Rawls J.* The law of peoples. – 2. Aufl. – Cambridge, 2000.
20. *Bobbio N.* Das Zeitalter der Menschenrechte. – Berlin, 1998.

**Кірте С. Транспозитивні основи позитивних прав людини**

**Анотація.** Права людини є індивідуальними правами, які накладають на адресата обов'язок забезпечити людині певні основоположні цінності. Вони можуть мати транспозитивну або позитивну форму. В якості транспозитивних прав вони мають моральну і релігійну дійсність (валідність) і виступають моральними або природними правами. Якщо моральні права є обов'язковими для усіх і слугують виконанню морального обов'язку, то природні права вважаються обов'язковими лише для органу державної влади, тому що вони походять з моральної природи як такої. Позитивні права людини або основоположні права — це права людини, трансформовані у позитивне право згідно із процесуальними нормами задля встановлення відповідного (міжнародного чи національного) закону, за виконанням якого слідкують чи забезпечують їх застосування за допомогою відповідних заходів відповідно до обов'язкових норм. У статті проаналізовано цю структуру і проілюстровано на прикладі «справ охоронців кордону» в Німеччині та на основі так званої формули Радбруха.

**Ключові слова:** права людини, структурний і етичний аналіз прав людини, теорія Г. Єллинека щодо статусу, людська гідність, універсальність та універсалізація прав людини.

**Кирсте С. Транспозитивные основы позитивных прав человека**

**Аннотация.** Права человека являются индивидуальными правами, налагающими на адресата обязанность обеспечить человеку определенные основополагающие ценности. Они могут иметь транспозитивную или позитивную форму. В качестве транспозитивных прав они имеют моральную и религиозную действительность (валидность) и выступают моральными или естественными правами. Если моральные права обязательны для всех и служат выполнению нравственного долга, то естественные права считаются обязательными только для органа государственной власти, потому что они происходят из нравственной природы как таковой. Позитивные права человека или основополагающие права — это права человека, трансформированные в позитивное право согласно процессуальным нормам для установления соответствующего (международного или национального) закона, за исполнением которого следят или обеспечивают их применение с помощью соответствующих мер в соответствии с обязательными нормами. В статье проанализирована эта структура и проиллюстрирована на примере «дел охранников границы» в Германии и на основе так называемой формулы Радбруха.

**Ключевые слова:** права человека, структурный и этический анализ прав человека, теория Г. Еллинека относительно статуса, человеческое достоинство, универсальность и универсализация прав человека.

**Kirste S. Transpositive Foundations of Positive Human Rights**

**Summary.** Human rights are individual rights, obliging an addressee to secure certain fundamental values of the human person. They can have a transpositive or positive form. As transpositive rights, they have moral or religious validity and are either moral or natural rights. Whereas moral rights oblige for everybody and serve to the fulfillment of a moral duty, natural rights are supposed to be binding just for public authority, because they are deduced from moral nature as such. Positive human rights or fundamental rights are human rights transformed into positive law, according to the procedural norms for the establishment of the respective (international or national) law and the fulfillment of which is monitored or enforced by the respective normatively bound measures. The article analyses this structure and exemplifies it by the example of the German «Border Guard Cases» and the so called Radbruch Formula.

**Key words:** human rights, structural and ethical analysis of human rights, G. Jellinek's theory of status, human dignity, universality and universalizing of human rights.