



Олексій Стовба

доктор юридичних наук,
головний науковий співробітник
Національного наукового центру
“Інститут судових експертиз ім. Засл. проф. М. С. Бокаріуса”
Міністерства юстиції України
(Харків, Україна)
stovba@mail.com

УДК 340.12

ЧИ МОЖЕ ПРАВО ЩОСЬ ЗРОБИТИ З ВІЙНОЮ?

Анотація. У статті здійснюється філософсько-правове осмислення війни РФ проти України. Методологічною базою цього дослідження слугує концепція “Номосу землі” відомого німецького правознавця К. Шмітта. При цьому “номос” не береться в його традиційному значенні, як право позитивне, що протистоїть “фюсис” як праву природному. Під “Номосом землі” німецький філософ права розуміє подію промірювання землі, сутність якої становлять феномени впорядкування й локалізації. Завдяки цій події як позитивне, так і природне право отримують свій онтологічний фундамент. Своєю чергою історичним еквівалентом Номосу є акт присвоєння землі. Саме історична подія розподілу і присвоєння землі, на думку німецького правознавця, є тим актом, що встановлює політичний, економічний та правовий порядок. Будь-яке право має за свій буттєвий початок певну виокремлену територію. Водночас під захопленням землі не слід розуміти суто свавільне, збройне захоплення. Тому у статті наводяться ті критерії (надання згоди юридичним сувереном, надання згоди переважною більшістю суб’єктів міжнародного права, надання згоди корінним населенням окупованої території), завдяки яким фактичне заволодіння землею перетворюється на правову подію, яку можливо вписати у світовий чи континентальний правопорядок. Логічним наслідком такої процедури є й переосмислення феномену війни, під яким розуміється збройний конфлікт рівних суверенів, який ведеться за певними правилами. Якщо ці правила порушуються, йдеться вже не про війну, а про каральну акцію щодо агресора як порушника міжнародного права. Відтак право має на меті не заборонити, але обмежити війну. У підсумку автор доходить висновку, що право під час війни діє тільки стосовно рівних суб’єктів та має три основні напрями дії: покарання, прощення (амністію) та примирення.

Ключові слова: природне право; позитивне право; війна; захоплення землі; рівність; окупація.

Повномасштабне вторгнення РФ на територію України вкотре поставило питання про співвідношення війни і права. З одного боку, невмотивовану агресію заборонено чинним міжнародним правом¹. З другого ж боку, очевидно, що, незважаючи на ордер Міжнародного кримінального суду, виданий щодо головного винуватця того, що нині відбувається в Україні, шанси останнього опинитися на лаві підсудних залежать не від сили правосуддя, а від результату війни, який вирішують армії на полі бою. Тим самим, на перший погляд, право і війна є взаємовиключними явищами.

¹ United Nations Charter, Art. 1 <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>> (accessed 28.10.2024).

У пошуках відповіді на згадане запитання слід заново обмірковувати як феномен війни, так і феномен права. Чи є війною будь-яке збройне зіткнення, в якому прямо або опосередковано беруть участь дві й більше держав? Чи слід розуміти під правом будь-яку, формально визначену систему норм, що регулюють соціальні відносини? І чи може право, дієвість (*Wirklichkeit* – нім.) якого безпосередньо залежить від примусу, регулювати війну, причому не після її закінчення, а й під час її ведення?

Слід зауважити, що сучасна українська теорія права, на жаль, не досягла успіху у виробленні адекватних концептуальних засобів осягнення подібної ситуації. Так, знаний український правознавець П. Рабінович (продовжуючи традиції Львівської школи права, а саме Г. Лаутерпахта і Р. Лемкіна) убаचाє важливим кроком боротьби права проти війни нормативну кодифікацію основоположних (“буттєвих”) прав людини². Своєю чергою логічним наслідком цього мала б стати реалізація цих норм через “Новий Нюрнберг” для російських воєнних злочинців, коли соціальні і нормативні передумови справедливості отримали б синкретичну правову форму (судового вироку). Однак, на жаль, для країни з ядерним арсеналом навіть кодифіковані права людини не становлять перешкоди для збройної агресії.

Можна припустити, що в пошуках правового шляху осягнення сьогодення незамінну методологічну допомогу здатний надати твір німецького правознавця Карла Шмітта “Номос Землі”. Цю роботу написано в 1950 р. на основі історичної ситуації, яка має разючу схожість із сучасністю. Так, спроби імперської експансії РФ викликають одразу ж історичні паралелі із “захистом німецького населення” Польщі й Чехословаччини, “особливою історичною долею Третього рейху” та іншими подібними обставинами гітлерівської агресії. Тож книга К. Шмітта викликана до життя тими ж проблемами, які хвилюють нас і сьогодні. Особливо при цьому слід підкреслити, що, незважаючи на близькість автора до нацизму, що мала місце, “Номос Землі” написаний після закінчення Другої світової війни і тюремного ув’язнення самого К. Шмітта. Іншими словами, ця робота являє собою глибокий і послідовний аналіз зв’язку права і війни, зроблений з урахуванням висновків, сформульованих самою історією – неминучим крахом усіх імперських амбіцій, заснованих на нестримній волі до влади ініціаторів цих процесів.

² П Рабінович, А Держипільська, ‘Розвиток ідей професора Г. Лаутерпахта щодо відповідальності за вчинення злочинів проти людяності у сучасному міжнародному кримінальному праві (до 75-річчя перемоги над нацистським режимом у Другій світовій війні)’ [2020] 8 Право України 212–222; П Рабінович, ‘Універсальний канон людських прав’ [2018] 9 Право України 109–123; П Рабінович, ‘Професор Герш Лаутерпахт – перший проєктант спеціального органу ООН з контролю за дотриманням її Міжнародного білля прав людини’ [2017] 4 Право України 26–33; П Рабінович, В Особа, ‘Загальна декларація прав людини: хто був її першим проєктантом?’ [2013] 49 Юридичний вісник України 6–7; П Рабінович, ‘Людяність: міжнародні стандарти правового захисту (до 65-річчя завершення Нюрнберзького процесу)’ [2011] 10 Право України 349–357.

I. DER NOMOS

Для адекватного розуміння права у К. Шмітта необхідно насамперед залишити ґрунт правової метафізики. Як відомо, метафізика виникла з поділу чуттєвого і надчуттєвого світів. Аналогічно в етичній площині метафізика виходить із поділу сущого і Належного³. Це стало основою і для метафізичного розуміння права як ізольованого від буття Належного. На думку К. Шмітта, ‘як позитивне право, так і право природне являють собою сукупність норм, що встановлюють певні належні вимоги і виражають волю до примусу щодо тих явищ, які не відповідають цьому Належному’⁴.

Сказаного вже достатньо для того, щоб зрозуміти, що “Номос” К. Шмітта в жодному разі не можна розуміти традиційно, як позитивне право і протиставляти його праву природному (“Фюсис”). Сам німецький правознавець застерігає від подібного трактування, яке, за його словами, виникло лише в класичний період, під час суперечок Сократа з софістами. Адже ще в Аристотеля “номос” позначає правильний розподіл землі, а зовсім не панування абстрактного Належного⁵.

Також, розглядаючи підхід до права К. Шмітта, необхідно утриматися від спокуси трактувати його позицію у світлі сучасних поглядів щодо права. Як відомо, нині під правом здебільшого розуміють сукупність норм, що регулюють суспільні відносини, а всі можливі дискусії зводяться до питання про те, чи містять подібні норми іманентне відсилання до моральності (“претензія права на правильність”)⁶, або ж їх можливо визначити без звернення до моральних цінностей⁷.

На відміну від подібних поглядів К. Шмітта цікавить питання про онтологічні витoki нормативності права. Саме в цьому сенсі слід трактувати його широко відому тезу про Землю як “матір права”⁸. Зрозуміло, німецький правознавець не самотній у своєму прагненні обґрунтувати право. Серед подібних спроб можемо відзначити формулювання “правила визнання” Г. Гартон⁹, постулювання “Основної норми” Г. Кельзен¹⁰ і багато інших. Але нашою метою не є розгляд таких спроб. Нам достатньо вказати, що для адекватного розуміння права у К. Шмітта необхідно розрізняти так зване “традиційне право”, тобто норми, що регулюють поведінку суб’єктів права, і ті правові акти, в яких корениться витік дійсності (Gültigkeit – нім.) і дієвості (Wirklichkeit – нім.) традиційного права. Якраз такі акти й перебувають у фокусі уваги німецького правознавця. Отже, як вказує К. Шмітт, право засноване не у волі суверена і не в моральності, але в історичній події

³ I Kant, *Critique of Practical Reason* (Cambridge University Press 2015) 127 й далі.

⁴ C Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (Duncker und Humblot 1997) 39.

⁵ Schmitt (n 4) 38.

⁶ R Alexy, ‘Law’s Dual Nature’ (2019) 1 *Ordines* 42–51.

⁷ E Bulygin, *Essays in Legal Philosophy* (Oxford University Press 2015) 378.

⁸ Schmitt (n 4) 13.

⁹ H L A Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press 1994) 100–110.

¹⁰ H Kelsen, *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchange LTD 2005) 193, 195.

захоплення землі. Таке захоплення має категоріальний характер і є споконвічним типом процесу, що конститує право. Такий процес якраз і отримує назву “Номосу”¹¹.

Переходячи до позитивної експлікації цього феномена, слід зазначити, що німецький правознавець розуміє під “Номосом” не абстрактне статичне Належне, а динамічний процес, подію. За його словами, “Номос” – це грецьке слово для першого *промірювання* (*die Messung*), що обґрунтовує всі інші наступні масштаби, для першого захоплення землі як наділення та наділу простором, для його початкового розподілу¹². Змістове наповнення цієї події становлять такі її риси, як *упорядкування* (*die Ordnung*) і *локалізація* (*die Ortung*). Подібно до промірювання, впорядкування і локалізація не повинні трактуватися статично, але розуміються як події¹³. Тим самим Номос у споконвічному розумінні слова є повна безпосередність не опосередкованої законом сили права; це конститутивна історична подія, акт легітимації, що лише вперше і дає можливість осмислити легальність чистого закону¹⁴.

Однак яким же чином Номос детермінує зміст конкретного права? Як зазначає К. Шмітт, захоплення землі є обґрунтовуючим правовим актом і засновує право у двох аспектах (внутрішньому і зовнішньому)¹⁵. Адже, з одного боку, право впорядковує відносини всередині простору, окресленого під час локалізації. З іншого боку, локалізація передбачає розмежування простору і його розподіл між суверенними державами. Отже, сутність захоплення землі як правового акта – єдність упорядкування (внутрішніх відносин) і локалізації (зовнішніх кордонів). Ця подія вершиться як *промірювання*, тобто встановлення певної *констеляції* – взаємного розташування держав за допомогою проведення кордонів (локалізація) і людей усередині цих кордонів (упорядкування).

Тож Номос аж ніяк не слід розуміти вульгарно, як просте захоплення землі, яке *post factum* легалізується подальшими позитивно-правовими настановами. Адже в рамках Номосу як *констеляції* цілісного порядку відносин неможливо довільно порушити будь-яку межу, не порушивши тим самим порядок загалом. Саме така система рівноваги якраз і становить серцевину Номосу й основу будь-якого права. Водночас, незважаючи на сказане, обґрунтування права захопленням землі негайно викликає таке запитання. Припустимо, що захоплення землі було здійснено збройним шляхом. Чи означає це, що анексія, окупація та інші насильницькі форми захоплення землі є підставою права? Тим самим слід пильніше розглянути, як саме німецький правознавець розуміє саму подію “захоплення землі”.

¹¹ Schmitt (n 4) 17.

¹² Schmitt (n 4) 36.

¹³ Schmitt (n 4) 39.

¹⁴ Schmitt (n 4) 42.

¹⁵ Schmitt (n 4) 16.

II. DIE LANDNAHME¹⁶

Навіть поверхневий аналіз “Номосу землі” дає всі підстави стверджувати, що зайняття землі як підстава права не означає простого її захоплення. Як зазначає К. Шмітт, ‘не всяке вторгнення (окупація) – захоплення землі, що започатковує новий порядок. У історії було чимало насильницьких актів, які дуже швидко призводили до саморуйнування відповідної сили. Аж ніяк не будь-яке захоплення землі – номос’¹⁷. Уточнюючи погляди німецького правознавця, слід зазначити, що

численні завоювання, капітуляції, окупації, акти поступки і передання у спадок прав на землю під час історії або були включені до порядку, або ламали його межі, і якщо ці події не були лише короточасними актами насильства, ставали виявом тенденції до конституювання нового міжнародно-правового просторового порядку¹⁸.

Так, перерозподіл землі за підсумками Другої світової війни вочевидь заснував новий європейський (і світовий) порядок. Тому слід розділяти ‘захоплення землі, що відбувається в рамках існуючого порядку, і захоплення, що започатковує новий порядок’¹⁹.

Тим самим слід припустити, що, з погляду К. Шмітта, правомірним є лише те захоплення землі, яке не порушує існуючого порядку відносин на певній території. Якщо ж захоплення землі ставить під сумнів наявний порядок, його або визнають неправомірним, або ж воно виправдовує себе лише в разі заснування нового Номосу. При цьому необхідно підкреслити, що, хоча будь-яке насильницьке захоплення землі є протиправним, це не виключає ведення гібридних війн, створення “сірих зон” і “спірних територій” (Північний Кіпр, Абхазія, Придністров’я, Крим та ін.). Тож для того, щоб точніше осмислити сучасну ситуацію, необхідно проаналізувати те розмаїття способів зайняття землі, про які згадує німецький правознавець.

Насамперед К. Шмітт пропонує розрізняти окупацію й сукцесію (передачу / відступлення права на територію). Для того, щоб бути легітимною, сукцесія має бути заснована в загальному просторовому порядку. В іншому разі фактичне володіння землею, хоч би яким тривалим воно не було, вважається окупацією²⁰. Інакше кажучи, без заснування в загальновизнаному просторовому порядку (експліцитного визнання захоплення землі з боку решти його членів), окупація, хоч би якою ефективною вона була (тобто навіть за умови включення окупованої території до адміністративного устрою країни-окупанта), залишається протиправною. Аналогічним чином і за наявності стійкого опору окупації корінного населення окупованої території (диверсії, партизанська війна) подібне захоплення може бути визнано таким, що су-

¹⁶ Присвоєння землі (нім.)

¹⁷ Schmitt (n 4) 48.

¹⁸ Schmitt (n 4) 50.

¹⁹ Schmitt (n 4) 50.

²⁰ Schmitt (n 4) 167.

перечить праву народу на самовизначення. Тим самим можна припустити, що, згідно з нинішнім Номосом землі, окупація може стати сукцесією лише за таких умов: 1) згода на поступку території з боку юридичного суверена окупованої території; 2) визнання захоплення землі всіма або переважною більшістю членів загального просторового порядку; 3) згода населення окупованої країни. В іншому разі, наприклад, анексія РФ Криму, незважаючи на її тривалий характер і ефективність, як і раніше, залишається незаконною як здійснена з порушенням європейського Номосу (відсутність згоди України, невизнання захоплення міжнародним співтовариством, спротив з боку корінного населення – кримських татар). При цьому, як зазначає К. Шмітт, особливо складним питанням виявляється окупація, здійснена всередині наявного просторового порядку відносин. Адже якщо подібна територіальна зміна, ймовірно, не призведе до руйнування загального просторового порядку, то ця зміна має залишатися всередині нього, відбуватися в чітко визначений спосіб і знайти визнання... Саме ж питання про те, чи підриває передача території структуру наявного порядку, чи ні, можна розв'язати лише спільно, тобто в рамках загального порядку²¹.

Слід підкреслити, що описані вище умови правомірного захоплення землі, доктринально втілені в сучасному Номосі Європи, практично унеможливляють відкриту окупацію. Однак країни-агресори виробили низку доволі ефективних прийомів, які покликані хоча б мінімальною мірою зробити контроль чужої території легітимним. Зокрема, К. Шмітт згадує

ті сучасні форми контролю, характерною рисою яких є відмова від відвертої територіальної анексії контрольованої держави. Територіальний статус останньої аж ніяк не змінюється таким чином, щоб її земля перетворилася на державну територію контролюючої держави. Але її державна територія включається до просторової сфери держави, що контролює, сфери її special interests, тобто до простору її верховної влади²².

Серед подібних форм контролю можна згадати створення квазідержавних утворень, встановлення маріонеткових режимів, інтервенціоністські договори.

Усі зазначені засоби були послідовно використані РФ з метою знищення незалежності України. Так, від самого початку війна 2022 р. була розпочата РФ з метою зміщення законно обраного Президента Зеленського та встановлення в Україні маріонеткового режиму Медведчука – Януковича. Аналогічним чином у 2014 р. за активного сприяння РФ на території України було створено квазідержавні утворення “ДНР” і “ЛНР”, які не були визнані світовою спільнотою і слугували плацдармом для гібридної війни РФ з Україною.

²¹ Schmitt (n 4) 159–160.

²² Schmitt (n 4) 225.

Вельми цікавим при цьому видається третій зі згаданих прийомів – укладення інтервенціоністського договору. Як вказує К. Шмітт, при укладенні такого договору політичний контроль і панування ґрунтуються на інтервенціях, тоді як територіальний *status quo* залишається гарантованим. Унаслідок цього контролююча держава має право під різними приводами втручатися у справи контрольованої держави. Право на інтервенцію забезпечується наявністю опорних пунктів, баз ВМС, вугільних складів, здійсненням військової окупації, орендою землі тощо²³.

Такий інтервенціоністський договір було укладено між РФ та Україною у 2010 р. Як відомо, у результаті “Харківських угод” 2010 р. було передбачено перебування Чорноморського флоту РФ на українській території до 2042 р. (з можливістю продовження), а також оренда з цією метою української території в АР Крим. Тож можна припустити, що відповідно до подібної логіки анексія Криму РФ у 2014 р. та інтервенція на Донбасі мала своє доктринальне (квазіюридичне) підґрунтя якраз у згаданому договорі, який з повним правом може бути названий інтервенціоністським. Водночас окупація Криму та його включення до адміністративно-територіального устрою країни-окупанта унеможливила доктринальне обґрунтування подальшої російської агресії (з огляду на те, що Крим було включено до адміністративно-територіального устрою країни-окупанта, а “Харківські угоди” було того ж року денонсовано РФ). Отже, дії РФ щодо України слугують ніби “живою ілюстрацією” до “Номосу землі”, послідовно відтворюючи всі стадії спроб встановлення територіального контролю – від інтервенціоністського договору до квазідержавних утворень, спроб встановлення маріонеткового режиму та, зрештою, прямої війни.

Тож далеко не будь-яке захоплення землі є “Номосом”, тобто легітимною підставою нового національного або міжнародного правопорядку. Виходячи з доктринальних засад сучасного світопорядку, така подія може бути визнана “Номосом” лише за таких умов, як згода на поступку територією з боку її юридичного суверена, визнання захоплення землі всіма або переважною більшістю членів загального просторового порядку, згода населення окупованої території. Отже, описані вище дії РФ щодо України в рамках концепції К. Шмітта, поза всяким сумнівом, можна визнати інтервенцією, яка не має жодного легітимного підґрунтя.

III. DER KRIEG²⁴

Водночас усі наведені міркування залишають поки що без відповіді питання про те, чи вважає К. Шмітт війну легітимною основою нового порядку – Номосу. Тому далі спробуємо розглянути як трактування феномена

²³ Schmitt (n 4) 225.

²⁴ Війна (нім).

війни німецьким правознавцем, так і те, як війна може стати подією, що засновує новий просторовий порядок на Землі.

Розпочинаючи осмислення війни, слід насамперед звернути увагу на дивну двоїстість. З одного боку, сучасний Номос Європи (а може й усього світу) як порядок просторових відносин між державами з очевидністю був затверджений переможцями Другої світової війни і закріпив її результати. З іншого – сучасне міжнародне право закріплює протиправність війни, тим самим позбавляючи її статусу правоконститууючої події. Тим самим очевидно, що такий амбівалентний підхід до війни радше заплутує ситуацію, ніж прояснює її. Тому слід пильніше розглянути саме поняття війни у К. Шмітта.

Передусім слід зазначити, що німецький правознавець підходить до війни феноменологічно, розуміючи її як певний *сенси того, що відбувається*. Інакше кажучи, подібно до того, як не будь-яке позбавлення життя особи є вбивством, так само і не будь-яке збройне зіткнення заслуговує на назву війни. Аналогічним чином, подібно до того, як санкції кримінального права не здатні утримати людей від злочинів, але лише здатні встановити покарання за їх вчинення, так само точно криміналізація війни не перешкоджає збройній агресії. Тому, як вказує К. Шмітт, віддавна завданням права було *не скасувати, а обмежити війну* (курсив мій. – Авт.)²⁵. Власне, розглянуте з такого погляду, все публічне міжнародне право є нічим іншим, як сукупністю норм та інституцій, що обмежують агресивне насильство.

Серед засобів обмеження війни К. Шмітт виокремлює рівність, під якою розуміється взаємне визнання воюючими сторонами суверенітету одна одної. Іншими словами, на місце *justa causa* як спроби обмежити війну справедливою причиною приходить *визнання ворога рівним собі* – *justus hostis*. За словами німецького правознавця, 'за допомогою цього поняття (*justus hostis*) міжнародне право позначає як правомірну всяку міждержавну війну між однаково уповноваженими суверенами (курсив мій. – Авт.)'. Завдяки цій юридичній формалізації протягом двох століть вдавалося домогтися обмеження війни²⁶. Війна за такого підходу виявляється зв'язком, відносинами між рівно суверенними персонами²⁷. Як зазначає німецький правознавець, 'визнання противника рівним собі дає можливість знайти певну форму для змагання сил, а тим самим уникнути війни на знищення'²⁸.

Другим правовим фактором, що стримує війну, є *рівна належність* суверенів, які ведуть війну, до європейського або світового порядку. Такий порядок ґрунтується на вже раніше згаданій локалізації кордонів, їх розмежуванні (*die Messung*). Як зазначає К. Шмітт, 'уперше з яким, відповідним поверхні розмежуванням, стає можливим рівноважний просторовий поряд-

²⁵ Schmitt (n 4) 44.

²⁶ Schmitt (n 4) 91.

²⁷ Schmitt (n 4) 115.

²⁸ Schmitt (n 4) 158–159.

док, що ґрунтується на співіснуванні суверенних персон²⁹. Подібна ситуація є справжньою основою будь-якого міжнародного права як легітимної підстави для обмеження дій суверенних держав. За словами німецького правознавця,

споконвічний і вельми ефективний зв'язок, без якого немає міжнародного права, полягає аж ніяк не у найвищій мірі сумнівному самозв'язуванні волю, що нібито залишаються вільними, однаково суверенних персон, а у сполучній силі євроцентричного просторового порядку, що охоплює суверенів. Ядро його номосу полягає в поділі європейського простору на державні території з твердими кордонами³⁰.

Тому той, хто починає європейську війну, знає, що всі європейські сили беруть участь у її результаті³¹. Інакше кажучи, у питанні про структуру загального просторового порядку, що охоплює всіх, зацікавленими сторонами є всі держави. Інтерес опосередковано зацікавлених сторін може бути не менш глибоким, ніж інтерес тих, хто безпосередньо набуває або втрачає землю³². Тож сучасне міжнародне право на доктринальному рівні містить обмеження війни (обов'язок дотримуватися правил війни) за посередництвом визнання *юридичної рівності*, суверенітету сторін, що воюють, які належать до загального порядку. Тут на місце широко відомого шміттівського “катехон” як особливої місії окремої держави стає “катехон” як місія обмеження війни з боку всіх держав, які належать до відповідного порядку (Номосу).

Однак подібно до того, як норми права слугують своєрідним викликом для недобросовісного юриста – відшукати лазівку в законі для прийняття неправомірного за своєю суттю рішення – згадані доктринальні положення змушують сучасного агресора шукати такі шляхи для обходу тієї суверенної рівності держав, як війни.

Насамперед сучасний агресор намагається створити уявлення про свого супротивника як нерівного собі, тобто, що не має суверенітету в повному розумінні цього слова. Такого ефекту можна досягти шляхом оголошення свого ворога терористом, бунтівником, нелегітимним збройним формуванням тощо. Як підкреслює К. Шмітт, “недержавна війна не просто несправедлива, а й взагалі не є війною у сенсі нового міжнародного права. Вона може бути всім, що завгодно: заколотом, бунтом, порушенням громадського порядку, варварством чи піратством, але не війною у сенсі нового міжнародного права”³³.

Як можна бачити, саме цей прийом активно використовується РФ у спробах виправдати свою агресивну війну проти України, яка лицемірно іменується Кремлем “спеціальною військовою операцією”. Відмова від того,

²⁹ Schmitt (n 4) 117.

³⁰ Schmitt (n 4) 120.

³¹ Schmitt (n 4) 161.

³² Schmitt (n 4) 169.

³³ Schmitt (n 4) 129.

щоб назвати те, що відбувається, “війною”, і постійні посилення країни-агресора на “нелегітимність київського режиму” є не просто пропагандистським риторичним ходом, а спробою переконати інших членів світового Номосу в тому, що Україна не є повноправним членом такого порядку і з нею не можна вести війну у власному розумінні цього слова. Тим самим усі скоєні в Україні воєнні злочини – порушення правил і звичаїв ведення війни, убивство мирного населення, зрештою, агресія як така – виправдовуються РФ тим, що оскільки (на думку РФ) державна влада в Україні є нелегітимною, то стосовно України не діють ті обмеження війни, які передбачаються взаємним суверенітетом сторін. Подібні твердження РФ були спростовані підсумковою Декларацією Саміту миру, що відбувся у Швейцарії 2024 р. Як відомо, згідно з цією Декларацією, те, що відбувається в Україні, було експліцитно визнано війною, а тим самим (імпліцитно) учасниками світового Номосу було підтверджено суверенітет України (адже війна, як уже зазначалося, може вестися лише між рівними, суверенними суб’єктами).

Юридичну (або квазіюридичну) нерівність сторін як привід для виправдання агресивної війни можна доповнити посиланнями на *нерівність сторін щодо військової могутності*. Як зазначає К. Шмітт, ‘війна передбачає, що в кожній сторони є певний шанс, мінімальна можливість здобути перемогу. Якщо ж ця можливість зникає, то противник являє собою лише об’єкт для застосування засобів примусу’³⁴. Інакше кажучи, продовжує німецький правознавець,

переможець вважає свою перевагу в озброєнні доказом наявності в нього *justa causa*, і оголошує ворога злочинцем, оскільки поняття *justus hostis* уже не може бути реалізовано. Дискримінація ворога і перетворення його на злочинця з одночасною апеляцією до *justa causa* йдуть пліч-о-пліч із підвищенням ефективності засобів знищення і делокалізацією театру воєнних дій³⁵.

Сказане дає достатньо доктринальних підстав для того, щоб звести до купи такі, здавалося б, не пов’язані між собою факти, як атаки РФ на мирні українські міста далеко від лінії фронту, російські запевнення в непорівнянності військової могутності України та РФ, а також українська негативна реакція Кремля на постачання західного озброєння Україні. Як можна бачити, у цьому випадку не йдеться просто про залякування мирного населення, пропаганду власної військової сили або страх перед можливостями ударів у відповідь з боку України. Навпаки, всі наведені вище явища являють собою спробу країни-агресора виправдати розв’язану війну *нерівністю* України і РФ – тепер уже не в політичному, а у воєнному відношенні. А тому надання Україні західної зброї та ефективний опір України російській агресії є не просто *воєнним фактом*, а насамперед руйнуванням квазідоктринального

³⁴ Schmitt (n 4) 298.

³⁵ Schmitt (n 4) 298.

підґрунтя агресивної війни, тобто *юридичним фактом* з точки зору міжнародного права.

Водночас подібно до того, як хитрощі сторін обійти закон спонукають суд активно шукати способи протидії подібним маніпуляціям, доктринальні (квазіюридичні) хитрощі країни-агресора спонукають до конструювання юридичних засобів у відповідь, спрямованих на збереження існуючого Номосу землі. Серед них насамперед слід згадати незаконність агресії як такої. Отже, той, хто розпочав агресивну війну, виявляється вже не просто агресором, а злочинцем. Тим самим рівність суверенних сторін як основа для війни в традиційному сенсі цього слова знову виявляється зруйнованою, але вже з іншого боку. Держава, що здійснила акт агресії, вже не дорівнює жертві нападу. Як вказує К. Шмітт, 'сучасна теорія справедливої війни прагне до дискримінації противника, який веде несправедливу війну. Сама війна перетворюється на правопорушення в кримінальному значенні цього слова'³⁶. Як уточнює німецький правознавець,

агресор перетворюється на злочинця в явно кримінальному сенсі цього слова. Він поставлений поза законом як пірат. Однак неправовий характер агресора й агресії має полягати не в матеріально і фактично встановленій винуватості у війні в сенсі причини такої, але *в акті агресії як такої*. Той, хто здійснить перший постріл або щось подібне, є тим, хто вчинив кримінальний злочин³⁷.

Інакше кажучи, подібно до того, як агресор намагається зробити жертву нерівною собі, дискримінуючи супротивника у військовому плані або піддаючи сумніву його суверенний статус, збройна боротьба щодо агресора також не є війною в строгому сенсі цього слова. Це може бути каральний акт, антитерористична операція або щось подібне. З огляду на це ті обмеження, які припустимі щодо рівного собі суверена, виявляються більш недійсними щодо агресора як злочинця. За словами К. Шмітта,

за сучасного, дискримінаційного поняття війни, розрізнення правомірної та неправомірної війни слугує для того, щоб більше не мати справи з ворогом як *justus hostis*, але як із кримінальним злочинцем. Внаслідок цього війна припиняє бути міжнародно-правовим поняттям, навіть якщо вбивства, грабежі, руйнування не зникають, а навпаки, зростають (завдяки новим, сучасним засобам знищення). Оскільки війна, з одного боку, перетворюється на каральну акцію, в розумінні сучасного кримінального права, противник, з другого – вже не може бути *justus hostis*. Проти нього більше не ведуть війну, так само як проти пірата, який є ворог у якомусь іншому сенсі, ніж військовий супротивник у сенсі європейського міжнародного права³⁸.

У такому разі збройна акція щодо агресора виявляється різновидом *покарання*, тобто вже не війною, але *правовим засобом*. У тому разі, якщо вій-

³⁶ Schmitt (n 4) 92.

³⁷ Schmitt (n 4) 92.

³⁸ Schmitt (n 4) 94–95.

ськові дії щодо країни-агресора виявляються успішними, винні опиняються на лаві підсудних, і традиційне право довершує розпочате (прикладом чого є судові процеси щодо Саддама Хусейна або Саво Мілошевича).

Отже, концепція Номосу землі К. Шмітта аж ніяк не є вульгарною легітимацією війни як способу встановлення нового просторового порядку. Навпаки, у контексті поглядів німецького правознавця те, що відбувається в Україні, парадоксальним чином не може бути визначено як війна з погляду сучасного Номосу землі. Це не класична війна рівних між собою суверенів (*justum bellum*), оскільки одна зі сторін, що воюють (РФ), вочевидь, здійснила акт агресії щодо іншої (України), а тим самим є злочинцем, що підлягає покаранню. Злочин, скоєний РФ, у даному випадку полягає не просто в агресії як такій, і не в порушенні правил ведення війни, а в зазіханні на сучасний Номос, європейський і світовий порядок, що передбачає непорушність кордонів як ключовий його принцип. Інакше кажучи, Україна,

бажаючи зробити значущим докір у несправедливій війні, стверджує, що поведінка супротивника (у нашому випадку – РФ – *Авт.*) не просто заперечує і розхитує існуючий міждержавний просторовий міждержавний порядок європейського міжнародного права, <...> але в принципі заперечує і розхитує цілісний міжнародний порядок³⁹.

Отже, незважаючи на масштабні військові дії, те, що відбувається в Україні (щонайменше, до Швейцарського саміту миру), не могло бути названо війною з точки зору міжнародного права. Причиною цього була відсутність взаємного визнання сторін, що воюють, оскільки РФ заперечувала суверенітет України, а Україна, своєю чергою, вважала РФ не *justus hostis*, а злочинцем, винним у збройній агресії, який підлягає покаранню. Навпаки, справжній – доктринальний – підсумок Швейцарського саміту миру як першого кроку до примирення полягає, як уже було сказано, у визнанні того, що відбувається в Україні, війною. Тим самим, з одного боку, Україну визнано “значущою силою” (К. Шмітт) міжнародного права (державою, суверенною в повному розумінні цього слова), а РФ зі злочинця-агресора перетворилася на сторону, що воює, з якою можна вести переговори. Водночас очевидно, що як покарання (кримінально-правова санкція за ведення агресивної війни), так і переговори являють собою сферу дії права. Тим самим перед нами постає питання: що може зробити право для вирішення ситуації, що склалася?

IV. ЩО СПІЛЬНОГО МАЄ ПРАВО З ВІЙНОЮ?

Сказаного достатньо для того, щоб зрозуміти, чому право досі мовчить щодо війни в Україні, а мирні переговори можуть початися лише через два

³⁹ Schmitt (n 4) 132.

роки після її початку. Для того, щоб запустити правовий процес мирного врегулювання, спочатку було необхідно *“вирівняти”* статус воюючих сторін. Адже спочатку РФ, виправдовуючи агресивне вторгнення (т. зв. спеціальну військову операцію), заперечувала суб’єктність України як “нелегітимного квазідержавного утворення”, а Україна – суб’єктність РФ як агресора. Обидві ці позиції відповідно до концепції К. Шмітта унеможливлювали взаємне визнання сторін, а отже, і будь-які правові способи регулювання війни.

Тим самим ми можемо констатувати, що взаємне визнання воюючих сторін аж ніяк не можна звести до володіння формальним суверенітетом. Вище ми вже розглядали те, які наслідки для формально суверенної країни (України) несло укладення інтервенціоністського договору (“Харківських угод”), що доктринально перетворив Україну на підконтрольну РФ територію. Водночас К. Шмітт наводить приклад Японії, яка завдяки перемозі над Російською імперією у війні 1904 р. перетворилася на країну, що має не формальний, а повноправний суверенітет. Для позначення цього процесу німецький правознавець запроваджує конструкцію “визнання як значущої сили”⁴⁰. Подібне визнання є

найважливішим правовим інститутом міжнародного права для питань привласнення землі, а в розрізі дійсності європейського міждержавного права воно означає право участі в європейських конференціях і переговорах. Такі договори та конференції за участю нейтральних країн є способом припинення війни як адаптації до простої ситуації⁴¹.

Висновки. Процеси, що відбуваються в Україні, доречно визначити як рух України від постколоніальної країни, що укладає інтервенціоністські договори, до її визнання значущою силою, що організовує міжнародні конференції (такі, як саміт миру у Швейцарії). Відповідно ключове питання нового Номосу Європи – чи повинна Україна заплатити за таке визнання частиною своєї території, чи воно можливе в рамках існуючого Номосу Європи? Адже, як вказував К. Шмітт, ‘за своєю суттю будь-яке міжнародно-правове визнання є вираженням того, що сторона, яка визнає, вважає, що той вплив, який територіальна зміна або виникнення нового режиму чинить на наявний просторовий порядок або на той, що створюється, є цілком сумісним із цим порядком’⁴².

Відтак, якщо військові дії на території України припиняться до звільнення всієї території України та відсторонення від влади лідера РФ, це може означати необхідність юридичної фіксації такої ситуації. З одного боку, РФ не вдалося знищити суверенітет України, а остання здобула визнання як значущої сили європейського та світового Номосу. З другого ж, Україні не

⁴⁰ Schmitt (n 4) 163

⁴¹ Schmitt (n 4) 163.

⁴² Schmitt (n 4) 274.

вдалося (принаймні поки що) повноцінно здійснити каральну акцію щодо агресора, внаслідок чого замість кримінального вироку з РФ (можливо) доведеться підписувати якийсь юридичний документ, що закріплює той чи інший status quo за підсумками збройного протистояння. Можна припустити, що такий status quo може бути закріплений як у рамках існуючого європейського порядку (який визнає непорушність кордонів, встановлених розподілом землі в 1945 р.), так і в рамках якогось нового Номосу, коли, наприклад, у обмін на юридичне закріплення виходу України зі сфери впливу (“великого Рейху”) РФ (вступ України до ЄС, НАТО) категорична заборона на зміну існуючих кордонів може бути неформально денонсована. Інакше кажучи, як підкреслює К. Шмітт, ‘будь-який міжнародно-правовий порядок, якщо він не повинен відкинути сам себе, зобов’язаний зберігати не всякий територіальний status quo певного історичного моменту (більш-менш випадковий у багатьох своїх деталях), а його засадничий номос, його просторову структуру, єдність порядку і локалізації’⁴³.

Звідси чітко видно ті три напрями, у яких може діяти право. По-перше, у описаній вище ситуації право виявляється юридичним інструментом для *фіксації рівності сторін*, коли взаємне визнання суверенітету / суб’єктності уможливорює укладення мирного договору. Як уже було сказано, такий договір має враховувати не тільки інтереси воюючих сторін, а й усіх учасників сучасного світоустрою. Це може бути як угода, що базується на Номосі землі, установленому за підсумками Другої світової війни, так і така, що засновує новий просторовий порядок. Якщо ж у результаті політичних процесів Україна зможе звільнити окуповані території, а нинішнього лідера РФ буде усунуто від влади, право виконуватиме каральну функцію. З іншого боку, розв’язання питання про правові наслідки тривалого перебування громадян України на окупованих РФ територіях (і неминучого співробітництва з окупаційною владою) вельми ймовірно призведе до юридичної необхідності амністії (прощення) щодо тих осіб, які не скоювали воєнних злочинів чи інших тяжких правопорушень.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bulygin E, *Essays in Legal Philosophy* (Oxford University Press 2015).
2. Hart H L A, *The Concept of Law* (Clarendon Press 1994).
3. Kant I, *Critique of Practical Reason* (Cambridge University Press 2015).
4. Kelsen H, *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchange LTD 2005).
5. Schmitt C, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (Duncker und Humblot 1997).

⁴³ Schmitt (n 4) 157.

Journal articles

6. Alexy R, [2019] 1 'Law's Dual Nature' Ordines 42–51.
7. Rabinovych P, 'Liudianist: mizhnarodni standarty pravovoho zakhystu (do 65-richchia zavershennia Niurnberzkoho protsesu)' [2011] 10 Pravo Ukrainy 349–357.
8. Rabinovych P, 'Profesor Hersh Lauterpakht – pershyi proektant spetsialnoho orhanu OON z kontroliu za dotrymanniam yii Mizhnarodnoho billia prav liudyny' [2017] 4 Pravo Ukrainy 26–33.
9. Rabinovych P, 'Universalnyi kanon liudskykh prav' [2018] 9 Pravo Ukrainy 109–123.
10. Rabinovych P, Derzhypilska A, 'Rozvytok idei profesora H. Lauterpakhta shchodo vidpovidalnosti za vchynennia zlochyniv proty liudianosti u suchasnomu mizhnarodnomu kryminalnomu pravi (do 75-richchia peremohy nad natsytskym rezhymom u Druhii svitovii viini)' [2020] 8 Pravo Ukrainy 212–222.
11. Rabinovych P, Osoba V, 'Zahalna deklaratsiia prav liudyny: khto buv yii pershyim proektantom?' [2013] 49 Yurydychnyi visnyk Ukrainy 6–7.

Oleksiy Stovba

DOES LAW ABLE TO DO SOMETHING WITH WAR?

ABSTRACT. The article provides a philosophical and legal understanding of the war between Ukraine and the RF. The methodological basis of this study is the concept of the “Nomos of the Earth” by the famous German lawyer K. Schmitt. At the same time, “Nomos” is not taken in its traditional sense as a positive law that is opposed to ‘physis’ as a natural law. By “Nomos of the Earth”, the German legal philosopher understands the event of measuring the earth, the essence of which is the phenomena of ordering and localisation. Due to this event, both positive and natural law receive their ontological foundation. In turn, the historical equivalent of Nomos is the act of seizure of land. According to the German legal scientist, it is the historical event of the distribution and appropriation of land that establishes the political, economic and legal order. Any right has its origin in a certain designated territory. At the same time, the seizure of land should not be understood as a purely arbitrary, armed takeover. Therefore, the article sets out the criteria (consent of the legal sovereign, consent of the overwhelming majority of subjects of international law, consent of the indigenous population of the occupied territory) by which the actual seizure of land turns into a legal event that can be included in the global or continental legal order. A logical consequence of this procedure is a rethinking of the phenomenon of war, which is understood as an armed conflict between equal sovereigns that is conducted according to certain rules. If these rules are violated, it is no longer a war, but a punitive action against the aggressor as a violator of international law. Therefore, the law aims not to prohibit but to limit war. As a result, the author concludes that law in time of war applies only to equal subjects and has three main directions of action: punishment, forgiveness (amnesty) and reconciliation.

KEYWORDS: natural law; positive law; war; land grabbing; equality; occupation.