

УДК 340.125

*В. В. Дудченко***ПРО «ТИПОВЕ» І «УНІКАЛЬНЕ» У ПРАВІ**

Завдання цієї статті полягає в тому, щоб проблему «типового» і «унікального» у праві висвітлити у контексті конкуруючих соціально-правових теорій Макса Вебера і Нікласа Лумана. Звернення до цих двох відомих німецьких соціологів права потрібне і важливе, оскільки воно теоретично збагачує сучасне порівняльне правознавство в Україні новими креативними ідеями і затверджує у ньому атмосферу творчості і плідних територіально і національно не обмежених дискусій.

Вебер відомий опрацюванням «ідеальних типів» права. На підставі схожості і відмінності ознак він класифікував усе право на чотири ідеальних типи, а саме: харизматичне, традиційне, формально-раціональне і ціннісно-раціональне.

Термін «харизматичний» визначається Вебером як заснований на благоговійному ставленні до святості, героїзмі чи видатному характері якоїсь індивідуальної особистості і до нормативних взірців поведінки чи порядку, відкритих чи подарованих нею. Мислитель знайшов приклади харизматичного панування і права в античному римському суспільстві, буддійському і індуїстських суспільствах, католицької церкви, германському родовому і сільському суспільстві і в інших сферах.

Термін «традиційний» визначається як «зумовлене укоріненою звичаєвою практикою». У праві термін «традиційний» відповідає тому, що називається «звичаєво правовим». За «традиційного типу панування» легітимність ґрунтується на «святості вікових норм і владних повноважень». Прикладами традиційного панування є давній Китай, Єгипет, мусульманські країни.

В ідеальному типі права, що характеризується як «формальна раціональність», право є логічно пов'язаною системою абстрактних норм, на основі якої суттєві факти конкретної правової справи чи правові проблеми можуть бути кваліфіковані, а останні — вирішені. Цей тип права, за Вебером, служить потребам ринкової економіки і знаходить вираження

в багатьох рисах реально існуючих правових систем капіталістичних країн Заходу. Однак, на думку Вебера, праву Англії, провідній капіталістичній країні Європи в XIX столітті, не була властива формальна раціональність. Вона була прикладом частково «традиційного» типу права. Це право ґрунтується на вірі у святість духовних традицій, що була успадкована. Окрім того, правова система Англії є частково і «харизматичним» типом, бо визнавалися особливо видатні якості окремих особистостей, особливо суддів.

Окрім трьох ідеальних типів права — харизматичного, традиційного і формально-раціонального, — Вебер постулював також і четвертий, ціннісно-раціональний. Формальна раціональність у праві означає формулювання і застосування абстрактних норм у процесі логічного узагальнення і тлумачення. Її серцевина полягає в концентрації і раціоналізації логічними засобами усіх юридично дійсних норм і формування з них внутрішньоузгодженого комплексу правових приписів. Навпаки, ціннісна раціональність висуває на перше місце не логічну узгодженість, а етичні міркування, корисність і політичні цілі. У цьому контексті очевидно, що Вебер пов'язував ціннісну раціональність з природним правом і правом справедливості. Останні віддзеркалюють розум і совість. Норми слід тлумачити у світлі їхніх цілей, тобто розуму і совісті [1; 7].

Вебер відомий і реформуванням методу в соціології.

Засновником соціології як емпіричної або позитивної, каузальної науки був О. Конт (середина XIX століття). Об'єктом соціології є факт, сенсорна реальність. Всі можливі способи пізнання права звелись до альтернативи: «причинності» (соціолого-детерміністський метод) і «зобов'язання», «належного» (метафізично-нормативний метод). Це було протиставленням дескриптивного і нормативного підходів до пізнання речей, включно і правових. Позитивістські зорієнтовані соціологи заперечили апіорне знання і метафізичні питання, які перебувають поза сферою спостережень. Однак соціологи з кінця XIX століття все більш чітко усвідомлювали межі причинно-наслідкового пояснення у соціології.

Визнання специфічного характеру соціального явища (на відміну від природного), відмова від пояснення складного через просте, вищого через нижче, цілого через його частки, затвердження гетерогенності форм соціального життя, вимога пояснювати реальність у межах цілого явища через власні характеристики цілого, складне через складне, соціальні факти через суспільство, — весь цей світогляд привів до концентрації уваги соціологічної науки на дескриптивній інтерпретації смислу соціальних явищ, на їх розумінні, а не на причинно-наслідковому поясненні цих явищ. Ї у сучасній соціології панівним є метод інтерпретуючого і дескриптивного розуміння «смислу» соціальних фактів, включно й правових. Інтерпретативний і смислоутворюючий елемент постійно домінує над елементом причинно-наслідковим. Власне інтерпретативним методом є лінгвістичний метод, метод опису смислу, тобто герменевтика. Основні соціальні явища: релігія, мораль, право, економіка є не чим

іншим, як системами цінностей, похідних від ідеалів, а відтак, соціологія «вбудована» в ідеал. Ідеал є власною сферою соціології. Суспільство не в змозі відтворювати себе, не створюючи ідеалу, який підноситься над емпіричною реальністю. Саме ідеальний елемент суспільного життя проникає і одухотворяє усі інші виміри цього життя, надаючи їм значення, цінності і смислу.

Неможливо пізнати соціальне явище, включно й право, не зрозумівши його смислу і не будучи при цьому піднесеним до одухотвореної реальності, прояви якої співвідносяться між собою як окремі елементи «гештальта», істинної ієрархії цінностей, але не як причина і наслідок. За такого підходу має місце соціологічне вивчення втілення у реальності позачасових, апріорних сутностей і цінностей, що заперечує абсолютизацію методу причинно-наслідкового зв'язку у соціології.

Викладені положення розкривають сутність методології новітньої соціологічної науки. Цією сутністю є інтерпретативне розуміння смислу соціальних фактів. З того часу, коли соціологія почала приділяти увагу ідеальним смисловим змістам і цінностям, застосування методу каузального або причинно-наслідкового зв'язку перемістилося на другорядне місце. Це було реформою соціологічного методу (початківцем реформи був М. Вебер). Метод інтерпретативного розуміння внутрішніх смислів соціальних фактів (соціологія людського духу) дозволив досліджувати соціум в усій його повноті, цілісності.

З огляду на сказане, очевидно, що «ідеальні типи» права Вебер висновує з соціології людського духу, у межах цієї соціології з'являються плідні можливості для успішного розв'язання антиномії «типового» і «унікального», або «типового» і «різного», чи «типового» і «іншого». Суть цього розв'язання полягає у запереченні абсолютизації однієї з складових антиномії. Іншими словами, зовнішня варіантність, а то і унікальність правових систем є лише наслідком розгалуження єдиного стрижня глобального юридичного порядку, частковими виявами якого і є ці системи.

Іншу методологію і теорію суспільства і права обстоює Луман. Щонайперше, він констатує теоретичну кризу соціології як емпіричної науки. Вихід з кризи Луман вбачає в опрацюванні теорії самореферентних або самовідтворюючих систем. Самореферентність призводить до автономності науки від світу, і тим більше від суспільства. Вона сама створює собі закони. З іншого боку, теорію самореферентних систем Луман опрацьовує у контексті повернення до натуралістичної епістемології, тобто теорії пізнання реально суцього. Це, своєю чергою, вимагає відмови від будь-якої онтологічної метафізики і апріористики. Системи, які органічно рефлексивні, мусять відмовитися від абсолютів [6]. Усе це нагадує Конта.

У результаті Луман опрацьовує поліцентричну або поліконтекстуальну теорію в умовах «ацентрично влаштованого світу і суспільства» [2]. Він говорить про «нову парадигму в теорії систем і вбачає її

у відмінності між «ідентичністю» і «різним» або «іншим». Ось його думки з цього приводу: «...самореференція в змозі реалізуватися в актуальних операціях системи лише в тому випадку, якщо самість (будь вона елементом, процесом чи системою) в змозі бути ідентифікована або розпізнана від іншого завдяки собі самій... Відмінність ідентичності і різного або іншого є керівним принципом, парадигмою для опрацювання теорій» [2].

Луман переконаний, що «відмова від будь-яких граничних елементів і історично інваріантних закономірностей щонайперше своїм наслідком має зміну менталітету, проникнення якого в теорію науки, напевне, ще тільки окреслюється» [2].

З огляду на сказане, для нас очевидно, що Луман є прибічником європейського постмодернізму. Вихідним положенням і принципом постмодернізму є бачення світу як різомі. Світ як різомі — це невпорядкована множинність, що не має домінантного напрямку, а спрямована у різні боки, вгору, назад, без регулярності і передбачуваності. У такому світі зникає ідея єдності, будь-яка єдність репресивна і тоталітарна. Її, навпаки, поширюється фрагментарність і плюралістичність світу і людини. З цього приводу відомою є дискусія між Луманом і Хабермасом. Останній обстоює «невичерпність модерну» [4].

Відмову від «онтологічної метафізики», «апріористики», «абсолюті», «граничних елементів», «історично інваріантних закономірностей» Луман досліджує на прикладі самореферентності правової системи. Його співвітчизник юрист і філософ права Отфрід Хеффе таким чином критикує таку відмову. Запропоновану Луманом теорію права ми вважаємо позитивістською не тому, що у Лумана повністю відсутній інтерес до критики суспільства (луманівський підхід сам по собі, його теза про необхідність дослідження суспільства таким, яким воно є, ще не означає затвердження існуючих відносин). Луман розцінюється як позитивіст скоріше тому, що він виставляє названу теорію як позитивне право сучасності і, окрім того, тому, що він відстоює дію на підставі прийнятого рішення, уточнюючи це положення як «легітимацію через процедури» [5].

Луман, говорячи про легітимаційну силу судових, законодавчих і адміністративних процедур, жодного разу серйозно не поставив питання про те, чи дійсно процедури самі по собі здатні забезпечити легітимацію. Враження таке, що Луман вважає тезу про легітимацію шляхом процедур такою, яка не потребує ні емпіричної, ні теоретичної корекції. Ідею легітимації шляхом процедури Луман вважає не своїм відкриттям, а фундаментальним положенням ліберального мислення як такого. Але для політичного лібералізму процедури є лише необхідним, але не достатнім моментом. Їх легітимація не здійснюється без нормативних попередніх умов, які виступають певною мірою інваріантними, не підпадаючими під перегляд величинами. Ці попередні умови починаються з принципів, як, наприклад, принцип демократії, принцип більшості чи як принцип розпо-

ділу влади і чесного судочинства, які «нормують» процедури і відмежовують справедливі процедури від несправедливих. Але першочергове значення, згідно з кредо політичного лібералізму, мають правові процедури, які конкретизують відомі субстанційні принципи, такі, як, наприклад, ідея людської гідності і невідчужуваних прав людини (свобода особистості, право на участь у прийнятті рішень, соціальні зобов'язання держави), які затверджуються в значенні нормативних засад, що не потребують перегляду. Не визнаючи цих процедурних і процесуальних приписів у значенні умов застосування і меж легітимності процедур, Луман надає лібералізму занадто звуженого тлумачення. Стосовно нього — але зовсім не стосовно політичного лібералізму як такого — можна вести мову про позитивістську концепцію права. Луман ставить питання: за яких умов право є не лише позитивним («легальним»), але і виправданим, справедливим («легітимним»). Однак, досліджуючи другорядну чи допоміжну легітимацію (легітимацію шляхом процедур), він виявляється не здатним теоретично справитися зі своїм предметом «легітимацією права» [5]. Водночас це означає, що ключова теза позитивізму як соціально-історичної теорії про зайвість справедливості для сфери права, як розпізнавальної риси сучасного права, не витримує критики.

Викладені веберівські і луманівські методологічні і теоретичні передумови уявляються такими, що дають змогу пояснити вирішення на сьогодні у той чи інший спосіб проблеми «типового» і «унікального» у праві. Так, отримує обґрунтування виокремлення типових ознак європейських правових устроїв, насамперед, поділу права на природне і позитивне, поділу права на приватне і публічне, гетерогенності джерел або форм права, стійкої тенденції «антиформалізму у праві», «боротьби за право». Таким же чином обґрунтовується виокремлення унікальних ознак європейського права, а саме: правового становища позашлюбних дітей у романській правовій сім'ї; вчення про абстрактні майнові угоди у германській правовій сім'ї; траст в англо-американській правовій сім'ї [6].

Якщо романо-германське і англо-американське право є світським, то типовим для всіх східних правоустроїв, щонайперше, є синкретизм права і релігії чи релігізованої моралі. Такий синкретизм означає, що іудейське, мусульманське, індуїстське право є вираженням божественної волі, а не земного законодавця, і внаслідок цього не спирається на авторитет ніякого земного творця права. Коли аналізувати право з точки зору іудаїзму, ісламу чи індуїзму, виявляється, що не можна розглядати систему правових норм ізольовано, відчужено і незалежно від інших нормативних цінностей, таких як норми релігійні і моральні. Ї у тих і в інших одна фундаментальна норма і одна єдина вища цінність, божественні веління, у тому вигляді, у якому вони сформульовані у Торі, Корані чи Шастрах.

Розмірковуючи так, ми виходимо за межі суто юридичної науки і вступаємо у сферу віри. Право в іудаїзмі, ісламі чи індуїзмі не автономне і не самодостатнє. Воно, як частка єдиної соціальної цілісності, мусить

віддзеркалювати духовні, морально-релігійні цінності єврейського, мусульманського і індуїстського суспільства.

Щодо унікальності східних правоустроїв, то тут, щонайперше, варте уваги «право вето» народу Ізраїлю на видані закони.

Народ активно бере участь у створенні корпусу єврейського права. Однак своєрідність єврейського законодавства полягає в тому, що община вирішує долю виданого закону чи постанови після їх прийняття, а не до, як в інших юридичних системах. Тим самим суспільство має ніби право вето на видані закони. Здійснюється це право вето простим невиконанням закону більшістю общини. У такому випадку законодавче рішення анулюється. Це рішення втрачає силу і суд не в змозі змусити його виконувати. Це принципове правило є основоположним в усій законотворчій діяльності мудреців Галахи [3].

Унікальними у східному праві є й китайські рити та японські гірі. Рити чи гірі посередництва, дружніх переговорів, мирової угоди є найважливішими з китайських звичаєвих рит чи японських звичаєвих гірі. Принцип безконфліктності рит чи гірі споконвіку пояснюється прагненням зберігати соціальну гармонію, яка у Китаї чи Японії є найголовнішою цінністю.

У результаті судова система у східних народів не в змозі існувати, спираючись лише на закони. По самій своїй суті вона потребує «душі». І вона її знаходить в морально-духовних цінностях, таких як справедливість, істина, совість, дрободійність, сором, мир.

Все це спростовує твердження Лумана про самореферентність правових систем як таких, що вільні від «онтологічної метафізики», «апріористики», «абсолютів», «граничних елементів», «історично інваріантних закономірностей».

До такого ж висновку можна дійти і тоді, коли проаналізувати соціально-правові теорії Лумана і Вебера під кутом зору історичної школи юристів. Згідно з постулатами цієї школи, фактором правоутворення є не тільки індивідуальний дух певного народу, а й дух загальнолюдський. Обидва фактори зовсім не суперечать один одному: в окремому народі виявляється загальнолюдський дух, який віддзеркалює себе в індивідуальних рисах. В історії діють загальні начала і конкретним середовищем їхнього впливу є окремі народи.

Загальна мета розвитку права зводиться до морального призначення людської природи, як воно визначається релігіями світу і ліберальними світоглядами. Безпосереднім виявом цього загального завдання є визнання скрізь рівної моральної гідності і свободи людини і юридична охорона цієї свободи за допомогою відповідних інститутів. Моральне начало, як загальний елемент правоутворення, протистоїть партикулярному чи національному. Національний елемент, як буква закону, сам по собі є недосконалим і вузьким; але з плином часу він в змозі сприйняти споріднені йому загальні начала і відповідно до цього розширитися. Взаємодія обох елементів служить найважливішим мотивом у прогресі права. За-

гальнолюдські завдання права є вищим моментом, який розширює вузькі межі національного розвитку.

З огляду на сказане, очевидно, що Вебер зважає на плідні здобутки історичної школи юристів, а Луман — ні. Вебер мислить апіорно і дедуктивно, а Луман — апостеріорно і сцієнтистськи. Однак сцієнтизм безоціночний. Оцінки не є завданням науки. Вразливість своєї позиції виразно усвідомлює і сам Луман, коли зазначає, що «той, хто зорієнтований на гуманістичну у класиці настанову має стати суперечником універсалістських претензій теорії самореферентних систем» [2].

Підіб'ємо підсумок.

Новітня соціологія людського духу (Вебер) на відміну від дескриптивної соціології (Луман) дозволяє плідно вирішувати антиномію «типового» і «унікального», або «типового» і «різного», чи «типового» і «іншого» у праві. Суть цього вирішення полягає у запереченні абсолютизації однієї з складових антиномії.

В історії діють загальні начала і конкретним середовищем їхнього впливу є окремі народи. Їй фактором правоутворення є не тільки індивідуальний дух певного народу, а й дух загальнолюдський. Обидва фактори зовсім не суперечать один одному, в окремому народі виявляється загальнолюдський дух, який відображає себе в індивідуальних рисах. Взаємодія обох елементів служить найважливішим мотивом у прогресі права. Загальнолюдські завдання права є вищим моментом, який розширює вузькі межі партикулярного, національного розвитку.

Питання співвідношення новітньої соціології людського духу і дескриптивної соціології, а також вплив цих соціологій на розв'язання антиномії «типового» і «унікального», або «типового» і «різного», чи «типового» і «іншого» у праві — утворюють фундаментальну перспективу для подальших розвідок обраної проблеми.

Л і т е р а т у р а

1. Вебер М. Избранные произведения: Пер. с нем. — М.: Прогресс, 1990. — 808 с.
2. Луман Н. Социальные системы: Очерк общей теории. — С.Пб: Наука, 2007. — 644 с.
3. Менахен Элон. Еврейское право. — С.Пб: Юрид. центр Пресс, 2002. — 611 с.
4. Социо-логос постмодернизма. — М.: Ин-т эксперимент. социологии, 1996. — 236 с.
5. Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. — М.: Гнозис, 1994. — 320 с.
6. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1. Основы. — М.: Междунар. отношения, 2000. — 480 с.
7. Weber M. Gesammelte politische Schriften. — Munchen, 1921. — 368 s.