

Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Київський національний університет імені Тараса Шевченка
Львівський державний університет внутрішніх справ
Українська асоціація порівняльного правознавства
Міжнародний науковий журнал «Порівняльно-правові дослідження»

Серія науково-методичних видань
«Академія порівняльного правознавства»

ВИПУСК 24

Відкриті лекції III міжнародного наукового симпозиуму
«Компаративістські читання»

ЧАБА ВАРГА

ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ?

У пошуках правових сімей і культур

Київ-Львів — 2012

Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Київський національний університет імені Тараса Шевченка
Львівський державний університет внутрішніх справ
Українська асоціація порівняльного правознавства
Міжнародний науковий журнал «Порівняльно-правові дослідження»

Серія науково-методичних видань
«Академія порівняльного правознавства»

ВИПУСК 24

Відкриті лекції III міжнародного наукового симпозиуму
«Компаративістські читання»

ЧАБА ВАРГА

ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ?

У пошуках правових сімей і культур

Київ-Львів — 2012

УДК 34.05
ББК Х99

*Рекомендовано до друку
Вченою радою Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України*

Рецензенти:

Ю. С. Шемшученко — доктор юридичних наук, професор,
академік НАН України, іноземний член РАН,
член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права
директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
В. Н. Денисов — доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент академії правових наук України,
завідувач відділу міжнародного права і порівняльного правознавства
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Науковий редактор серії

О. В. Кресін — кандидат юридичних наук, доцент,
член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права,
керівник Центру порівняльного правознавства
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Варга Ч. Правові традиції? У пошуках правових сімей і культур: Відкрита лекція / Переклад О.В. Ткаченка; за наук. ред. О. В. Кресіна. — Київ-Львів: ЗУКЦ, 2012. — Серія науково-методичних видань «Академія порівняльного правознавства». — Випуск 24. — 24 с.

ISBN 978-617-655-035-8

Метою серії «Академія порівняльного правознавства» є інтенсифікація наукової дискусії з найбільш складних і актуальних питань порівняльного правознавства, сприяння вдосконаленню викладання порівняльно-правових дисциплін у вищих юридичних навчальних закладах.

Чаба Варга — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, науковий радник Інституту юридичних досліджень Угорської академії наук, голова Угорського комітету Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії. Автор 27 книг угорською, англійською, німецькою, російською мовами, в тому числі «Кодифікація як соціо-історичний феномен» (1979), «Природа юридичного процесу» (1992), «Нариси філософії права» (1994), «Правові теорії та правові культури» (1994), «Перехід до верховенства права» (1998), «Лекції з парадигм правового мислення» (1998), «Теорія права як суспільна наука» (1999), «Право як процес» (1999), «Філософія права на межі тисячоліть» (2004), «Правові системи і правові менталітети у перспективі європейської уніфікації» (2009), «Порівняльні правові культури» (2011) та ін.

Відкрита лекція Ч. Варги була представлена на III міжнародній науковій конференції «Компаративістські читання» у м. Львів 29–30 квітня 2011 р.

ББК Х99

ISBN 978-617-655-035-8

© Варга Ч., 2012

ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ?

У пошуках правових сімей і культур¹

План лекції:

1. Порівняльне право і порівняльне дослідження правових традицій
2. «Система», «сім'я», «культура» і «традиція» в класифікації права
3. Різні традиції — різні способи мислення
4. Різні очікування — різні інституціоналізації права
5. Різні «раціональності» — різні «логіки»
6. Менталітет в основі права
7. Визначення предмету теоретичних досліджень права

Епоха геніально простої концепції всесвіту, запропонована класичною фізикою, схоже, вже впродовж тривалого часу йде до свого кінця. Наша реальність, починаючи з Ньютона і майже дотепер, зображувалася як така, що складається з часток, пов'язаних між собою нескінченними взаємозв'язками причинності чи квазі-причинності. Хоча такий погляд тимчасово похитнула термодинаміка століття тому, вона, в підсумку, виявилась лише різновидом повторення — оскільки цього разу руйнувались самі елементарні частинки, він відновився тільки-но матеріальні сукупності були організовані на молекулярному і атомарному рівнях. Отже, доки ми можемо вірити в

¹ Перша редакція даної праці була представлена на семінарі з національної правової теорії (Дьйор, листопад 2004 р.), XXII Світовому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (Гранада, травень 2005 р.), XVII конгресі Міжнародної академії порівняльного права (Утрехт, липень 2006), а згодом була опублікована як: 'Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law' // Acta Juridica Hungarica. — 2005. — Vol. 46. — No. 3–4. — P. 177–197 (доступно також як електронний ресурс: <http://www.akademiai.com/content/f4q29175h0174r11/fulltext.pdf>). Також вона опублікована в наступному виданні: Legal Theory / Teoría del derecho. Legal Positivism and Conceptual Analysis / Postivismo jurídico y análisis conceptual: Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada 2005 / Ed. by José Juan Moreso. — Vol. I. [ARSP Beiheft 106] — Stuttgart: Steiner, 2007. — P. 181–193; в якості національної доповіді, представленої на світовому конгресі Міжнародної академії порівняльного права ця стаття доступна у мережі Інтернет: <http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/1A/1A%20-%20Hungary.pdf>

матеріальні об'єкти та їх взаємозв'язки згідно з натуралістичним підходом до людини як до простої речі, нам також легко в сфері права. Ми можемо сприймати норми та механізм, спрямований на їх виконання, який у нашому розумінні може бути включений до всеохоплюючої причинності як самостійної рушійної сили.

Нині наші переконання, які вважались самі собою зрозумілими і захищеними, вщент розбиті. Відповідно, право вже більше не є таким, яким ми звикли його бачити. Його уявна однозначність зникла і почала вислизати з рук, наче пісок. Не є простою випадковістю, що актуальні теми професійного інтересу і дослідження типу «право і ...», які почали з'являтися декілька десятиліть тому (спершу вони сполучалися з такими очевидними супутниками як суспільство та економіка, потім — з логікою, згодом зв'язки стають більш складними при сполученні з мовою, і врешті доходять до культури, моделей мислення і комунікації), дійшли до того, що нині інтерес і дослідження іноді здаються такими, що мають цілковито протилежне спрямування. Ми більше не вивчаємо середовище, в якому існує право, з тим, щоб більш повно його дослідити (через його численні контексти). Замість цього ми фокусуємо нашу увагу власне на контекстах, тобто, на «і ...» елементах, сподіваючись, що ми здобудемо більш глибокі знання про право, якщо будемо починати з них. Саме таким чином жива культура (так само як і відповідний ідеал порядку, що її обґрунтовує) входить у межі основної сфери нашого бачення в якості фактору, що уможливорює право (замість матеріалізованого бачення лише норм); і сама думка про жорстко формалізоване, концептуальне правозастосування, що зводиться до простого механічного логіцизму, поступово замінюється ідеєю людського розв'язання проблем, розважливого і відповідального, а отже, зрештою, націленого на оптимальне і впорядковане врівноваження більшості суперечливих інтересів і цінностей шляхом спрямування всього процесу певною стежиною.

Все це не залишає шансів порівнянню бути байдужим і незворушним. У дійсності воно може навіть посилити свій історичний вимір, оскільки явно застарілі, чи такі що стали езотеричними і забутими, форми мислення можуть у результаті їх нового поширення сприяти різноманітним спробам пошуку виходу з положення, що склалося.

1. Порівняльне право

і порівняльне дослідження правових традицій

Долаючи обмеження, які правовий позитивізм сам на себе наклав, внутрішній самоопис права заміняється описом у межах зовнішньої

(соціо-історичної, соціологічної чи культурно-антропологічної) структури. Зустрічаючись сьогодні, на зламі тисячоліть, з періодичною роботою з переписування підручників, натхнених класичним зразком «Основних правових систем сучасності» Рене Давида, ми опиняємося перед подвійним вибором: або прийняти ослаблений позитивізм Давида, оглядаючи різні правові сім'ї, або взяти за вихідний пункт ширшу соціо-історичну конструкцію. Відповідно до поширеної тенденції вибір другого варіанту знову ж ставить перед вибором двох шляхів: або обґрунтовувати свій підхід, спираючись на **культуру** як на природний деномінатор права, або, розкриваючи коріння різних (правових) культур, починати дослідження через власне (правові) **традиції**.

Узагальнюючи цінні здобутки декількох десятиліть, присвячені новому глобальному синтезу порівняльних досліджень, Патрік Гленн, викладаючи порівняльне романо-германське і загальне право в Університеті МакГілла в Монреалі, взяв на себе завдання розгляду і філософського осмислення різних традицій, які збереглися і продовжують існувати в нашому різноманітному правовому світі¹. Насправді він склав карту правових цивілізацій, які можна типізувати, що існують нині в певній взаємодії одна з іншою. Після завершення загалом всеохоплюючого аналізу його проголошеною метою було осмислення сили традицій, що лежать в основі правових конструкцій як складових інтелектуальної скарбниці й соціального досвіду людства, їх здатності до змін, оновлення і об'єднання з іншими традиціями, з одного боку, й стійкості їх відмінностей і синергії традицій, сформованих різними видами логіки в їх розвитку і функціонуванні, з іншого.

Цій праці було присуджено приз Міжнародної академії порівняльного права у 1998 р., вона полонить багатством ідей, незчисленними повчальними дискурсами і концептуальними розробками, що стосуються також окремих питань (не лише обробки великої кількості літератури та фактологічної інформації щодо права, розвитку ідей, різноманіття культур тощо, але також і їх аналітичної обробки), а також пропонує надзвичайно захоплююче читання. Читач може знайти найбільш інтегративну презентацію видів права і правового мислення в оглядах хтонічної, талмудичної, романо-германської, мусульманської традицій, традиції загального права, індуїстської й азійської. Все це здійснене у відповідний предмету спосіб, але читається як есе і справляє глибоке враження, сповнене чарівною філософією, так що

¹ Див.: Glenn H. P. Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. — Oxford, New York: Oxford University Press, 2000. — XXIV + 371 p.

читач насолоджується зустріччю з найкращими рисами англійського стилю історико-правового письма, що демонструє не лише нередукований культурно-історичний контекст, але також й колективний вплив інтелектуальних і моральних традицій на доктринальні й практичні, наповнений вірою і орієнтований на цінність вирішення проблем.

У той самий час можуть виникати підозри, що насамперед за допомогою есеїстичності авторського викладу і незвичного способу відкриття, що заохочує нові перспективи, старий позитивістський опис правових сімей поширюється на дослідження правових традицій. Висновки автора об'єднано в одному уніфікованому погляді. Починаючи з аналізу традиції як такої, взятої як вихідне джерело натхнення і межі уяви, книга знайомить з традиціями, що лежать в основі різноманітних правових установлень, шляхом тематичного розгляду конкретних ситуацій (case studies) (які за змістом фактично є окремими дослідженнями), задля того, щоб дійти до ґрунтовних міркувань про співмірність відмінностей і стійкість різноманіття. Дослідження в цілому є новаційним, однак воно не може переконати нас, що автор дійсно перевершив культуралістсько обґрунтований історико-порівняльний ідеал, творячи поза стилем позитивістського опису, пов'язаного з працею Рене Давида. Вступна та заключна глави визначають силу традицій за допомогою переконливих роздумів. Однак, спроба автора окреслити панораму, яка б представляла все різноманіття правових установлень у нашому сучасному світі як похідну від визначених правових традицій, не розкриває характеристики традицій, які б не могли бути простежені за допомогою того, що ми звичайно називаємо правовими сім'ями. В підсумку, його *captatio benevolentiae* зацікавлене у виявленні правових культур як традицій, а категоризація різноманіття правових установлень в якості різних традицій хоча й може бути багатообіцяючою з огляду на дійсно дивовижні нововведення, на питання про те, як і в якому відношенні, чому і з якими результатами запроваджуються нові концепти, не містить. Точніше, праця без пояснень обмежується нарисом мапи поступового урізноманітнення правового розвитку, зберігає мовчання навіть щодо критики (більш імпліцитної, аніж очевидної) категорії «правова сім'я». Більше того, питання про те, є чи ні правова традиція синонімом правової культури, і як вони пов'язані, залишаються без відповідей.

2. «Система», «сім'я», «культура» і «традиція» в класифікації права

Врешті-решт, до яких концептуалізацій ми звертаємось, коли говоримо про правові системи світу загалом і їх різноманітні групи зокрема¹?

Відмежування «системи права» і «правової системи» поширилося (передусім в англomовній літературі) після рішучого розмежування позитивістського і соціологічного підходів. «Система права» видається скоріше співвідносною з нормативним матеріалом, сприйнятим в його взаємних кореляціях (в основному як текстуальна сукупність, чи принаймні, як те, що виводиться з текстуальності, позитивації, регулювання і офіційних очікувань), в той час як «правова система» зосереджується на функціонуванні цілого (насправді оцінюваного як звичайний примус). Варто зазначити, що загалом це не передбачає іншого теоретичного змісту окрім концептуального дуалізму «права в книгах» і «права в дії», колись запропонованого американською прагматичною юридичною соціологією². Завдяки поняттю системи, як «система права», так і «правова система» обидві відрізняються від «права» [«*droit*» чи «*Recht*», але не «*a law*» чи «*the law*»] в тому, що вони акцентують увагу на праві як цілому в одній організованій єдності. Іншими словами, ці категорії звичайно не використовуються для опису фрагментів чи окремих проявів права. Однак, категоріальне відмежування між цими присвоювальними і атрибутивними виразами не одержало широкого поширення за межами професійного вживання англійської мови. В угорській мові «*jogi rendszer*» (усталений вираз для «правової системи») звучить доволі штучно і тому вживається рідше аніж «*jogrendszer*» («система права») і «*jog*» («право»), які сприймаються майже як синоніми). Це може бути причиною того, чому «*des grands systèmes de droit*» («великі системи права») та «*the major legal systems*» («великі правові системи») могли з'явитися в найбільш поширеному загальному значенні, без вказівки у підручниках

¹ Це вказує на загальну невизначеність методологічних основ, оскільки класифікуюча характеристика явища є стовпом, який може обґрунтовуватися як нове здійснення, як, наприклад, в *Husa J. Legal Families and Research in Comparative Law // Global Jurist Advances*. — 2001. — Vol. I. — No. 3. — Article 4. — 12 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss3/art4/> на с. 4, якщо ми сприймаємо це як те, що розгортається з даної реальності й сприймається в різноманітних формах суспільних конструцій, послідовно концептуалізованих як взаємно пов'язані складові того ж цілого, що впливають з тисячолітнього співіснування і взаємного впливу лише історичних випадковостей — це виявляється не більшим за пропозицію прийняти веберіанський ідеальний тип.

² *Pound R. Law in Books and Law in Action // American Law Review*. — 1910. — Vol. 44. — No. 1. — P. 12-36.

на конкретну мотивацію вибору одного чи іншого виразу в якості правильного найменування.

Поняття «**правова сім'я**» [*«Rechtskreis»*] випадково інтегрувалося до нашої наукової мови¹, позначаючи різновид подібності й пов'язаності (хоча і не визначених у деталях), які в основному (хоча і не виключно) засновані на спільності походження. Не є випадковим, що «правова сім'я» є нейтральним описовим поняттям, що не має на увазі особливу динаміку чи діяльність щодо його предмету. Воно виникло як ключове слово порівняльно-правового руху, який шукав проміжну класифікаційну категорію між окремими (внутрішньодержавними) установленнями та їх загальною сукупністю для складення картини світових правопорядків (що існували колись чи збереглися досі). Таким чином, сама по собі ця категорія навряд чи пропонує щось більше, аніж поняття «сімейна подібність» дає для лінгво-філософського аналізу²: певні подібності є фактично спільними для різних явищ, взаємопов'язаних в той чи інший спосіб. Відповідно, «правова сім'я» є категорією права до тієї міри, до якої надається значення конкретним відмінним рисам (*differentia specifica*), придатним для класифікації (*classificatio*) різних правопорядків³.

На противагу цьому, поняття «**правових культур**» (*«cultures juridiques»*, *«Rechtskulturen»*) наголошує на дієвому і творчому внеску, який через суспільну діяльність укорінений в домінуючій суспільній культурі — аби висловити те, як люди сприймають феномен права, який розуміється як свого роду об'єктивована потенціальність; як і у що вони формують його через свою взаємодію; як і в який спосіб вони концептуалізують його, і в якому дусі, межах і з якою метою вони роблять його предметом теоретичного представлення і розробки. Спочатку інтерес до соціології уможливив таке зацікавлення у межах юридичного мислення. В якості першого кроку соціологічна юриспруденція описала весь процес через «право в дії» як відмінне від «права в книгах»⁴, потім правовий аналіз виявив «зачарованість» і

¹ Наприклад, *Kötz H. Abschied von der Rechtskreislehre? // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. — 1988. — Vol. 6. — P. 493–505.*

² Див., наприклад: *Bambrough R. Universals and Family Resemblances // Proceedings of the Aristotelian Society. New Series. — Vol. LXI. — London: Harrison, 1961. — P. 207–222.*

³ Більш докладно див. таку працю автора цієї статті: *Theatrum legale mundi avagy a jogrendszer osztályozása // Ius unum, lex multiplex. Liber Amicorum: Studia Z. Péteri dedicata (Studies in Comparative Law, Theory of State and Legal Philosophy) / Ed. by I.H. Szilágyi, M. Paksy. — Budapest: Szent István Társulat, 2005. — P. 219–244 (Jogfilozófiák / Philosophiae Iuris // Bibliotheca Iuridica: Libri amicorum 13).*

⁴ Визначення Марка ван Хойке і Мартіна Варрінгтона. Див.: *Van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model for Comparative Law // The International and Comparative Law Quarterly. — 1998. — Vol. 47. — No. 3. — P. 498. Take*

«перетворення» між такими крайніми полюсами, як характеристика права як чинника і засобу здійснення впливу з точки зору його операційного механізму, з одного боку, та розуміння його особливого складу і способу функціонування, образно висловлюючись, його «мислення» і «логіки»¹. Відповідно, у виключно описовому смислі, обмеженому ціннісно-нейтральною фактологічністю соціології, воно може містити будь-яку загальну чи особливу (наприклад, професійну) ідеологію і концептуальну культуру (припущення, чутливість і відмінність), а також детермінованість, навиків і професійну соціалізацію в межах свого «світогляду». Таким чином, віддане простому опису основоположних умов, концептуально поняття позбавлене будь-якої еволюційної чи дери́ваційної перспективи, виключає порівняння і оцінювання, навіть у випадку максимально можливого занепаду чи виродження. На відміну від такого **соціологічного** розуміння, **культурно-антропологічне** виходить з ідеї певного спільного соціального походження; і поступово (історично і професійно, тобто в диференціюючому розумінні Луманна) звужуючи його — сприймаючи правову культуру як загальний спосіб мислення, домінуючий світогляд, мотивацію і цілеспрямованість, а також навички, — вона входить до наявної професійної культури. В той самий час, таке сприйняття передбачає певну динаміку та механізм впливу на взаємні відносини у зворотних напрямках. З одного боку, так само як частина завжди залишається складовою більшого цілого, правова культура також неминуче вбудована в загальну суспільну культуру, формуючись у взаємодії з нею. З іншого боку, частини і ціле, яке їх об'єднує, є елементами комплексного всезагального руху з різними потенційними можливостями виникнення нових утворень і поєднань, і як такі можуть оцінюватися в світлі їхніх оригінальних визначальних властивостей, що демонструють за певних обставин виродження і занепад. Існує спільна для всіх них риса, а саме, те, що «правова культура» відсилає не стільки до права, скільки до соціальної інтелектуальності, що лежить в основі (від неї це очікують) права, в її дусі правовий феномен виникає і реалізується як в теорії, так і на практиці. Іншими словами, «культура» будує міст між дисантропоморфічними об'єк-

визначення є недостатнім, оскільки характеристика права як культури шляхом простого посилання на суспільну практику правової спільноти є просто нереспівом концептуалізації Роско Паунда.

¹ Одне з перших формулювань «когнітивної структури» див у: *Legrand P. European Systems are not Converging // The International and Comparative Law Quarterly. — 1996. — Vol. 45. — No. 1. — P. 52–81*, особливо на с. 60, а також у наступних працях цього вченого, де все більше і більше вона визначається як цілісність існуючого «менталітету».

тиваціями людини й ідеологією її дедалі більшої соціалізації, супроводжуючи перші назад, до сфери виключно людського¹.

«Правова традиція» в якості поняття може тлумачитися виключно в межах правової культури². Традиція є усвідомленням успадкованого модусу культури, що виконує роль джерела натхнення для ідентифікації з спільнотою, вона вимагає тяглості як заохочувальної чи пояснювальної сили. Таким чином, «правова традиція» сама є концептом відношення, проблемою є конкретне відношення. Для традиції ним не може бути ані частина, ані аспект минулого. Більше того, вона сама не прагне зовнішньої чи внутрішньої точності, не шукає підтверджень, не показує шляхів. Вона є лише зустріччю двох сторін, вибором сегменту минулого чи оцінкою приписаних йому явищ задля того, щоб сучасність, розглянута з перспективи майбутнього, могла бути пов'язана з минулим як його гідне продовження, з огляду на успадковані цінності. До речі, як факт, який може бути тільки «встановлено»³, традицію може бути лише стверджено, забезпечуючи те, що нам потрібно, і в тому числі усвідомлення її значного впливу і ціннісної тяглості. Відповідно, є небагато користі в ствердженні того, що, наприклад, «хтонічні суспільства не функціонували у поняттях культури. Вони функціонували в поняттях традиції»⁴. Дійсно, на додаток до логічної включеності, два полюси презентують сумісність у взаємності, яка просто виключає будь-яку роз'єднаність. Або, кажучи більш витончено, все, що ми можемо стверджувати, це те, що в певних суспільствах дійсно наявна (чи колись була) культура пле-

¹ Про його суперечливе розуміння див. праці автора цієї статті: [Коментар до поняття правової культури] // *Changing Legal Cultures* / Ed. by J. Feest, E. Blankenburg. — Oñati: International Institute for the Sociology of Law, 1997. — P. 207–217 (Oñati Pre-publications–2), те ж саме: *Comparative Legal Cultures: Attempts at Conceptualization* // *Acta Juridica Hungarica*. — 1997. — Vol. 38. No. 1–2. — P. 53–63; *Összehasonlító jogi kultúrák?* [Порівняльно-правові культури?] // *Jogtudományi Közlöny*. — 2001. — Vol. LVI. — No. 10. — P. 409–416. Обидві праці відображають дисциплінарний вибір, представлений різними підходами двох книг: *Comparative Legal Cultures* / Ed. by Cs. Varga. — Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth; New York: The New York University Press 1992. — XXIV + 614 pp. (The International Library of Essays in Law & Legal Theory: Legal Cultures 1) та *European Legal Cultures* / Ed. by V. Gessner, A. Hoeland, Cs. Varga. — Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1996. — XVIII + 567 pp. (Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures I).

² На концептуальному рівні це вже було зображено Джоном Генрі Мерріменом: Merryman J.H. *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. — Stanford: Stanford University Press, 1969. — IX + 172 p. На с. 2 він стверджує, що «правова традиція пов'язує правову систему з культурою, частковим виразом якої вона є. Це вводить правову систему в межі культурної перспективи».

³ Див. нашу працю: *Theory of the Judicial Process. The Establishment of Facts*. — Budapest: Akadémiai Kiadó, 1995. — VII + 249 pp.

⁴ *Glenn H. P. Legal Traditions...* — P. 66.

кання традиції, в той час як в інших — можливо — практикується чи практикувалося щось інше.

Відповідно, самий лише факт того, що компаративіст здійснює ґрунтовне дослідження, в «Правових традиціях світу» навряд чи означає щось більше чи інше аніж коректно визначену типову рису права, особливу вірність минулим зразкам (шляхом радикальної матеріалізації і створення цілковито штучних артефактних формалізмів й автоматизмів, час від часу гарантованих механізмами прямого відчуження). Та обставина, що через введення поняття культури в такий спосіб ми «не можемо виявити будь-які конкретні чинники, які могли б розглядатися як такі, що утворюють відмінність»¹, може означати лише, що поняття культури й традиції показують право в контексті й перспективі свідомої соціальної поведінки людей.

У таких загальних рисах культура розгляду традицій є безперервним творчим процесом, у ході якого, виходячи з людських потреб, їх обирають із запасу (мертвого самого по собі) уроків минулого і надають їм нормативної сили для всього суспільства². І це говорить нам про витoki мислення, а не про його можливі наслідки, так само як в принципі це також охоплює чинники змін у тягlostі³. Іншими словами, традиція є не пасивним середовищем, але соціальною конструкцією людини (постійно створюється як її друга природа), в якій вона контекстуалізує власну безперервну творчу присутність на території своєї самоідентифікації в межах кордонів її власної самодисципліни, перебуваючи під подвійним тиском тягlostі й змін⁴. Саме з цієї при-

¹ *Cotterrell R. The Concept of Legal Culture // Comparing Legal Cultures / Ed. by D. Nelken. — Aldershot, Brookfield (Vt.), Singapore, Sydney: Dartmouth, 1997. — P. 20 (Glenn H. P. Op. Cit. — P. 143, note 99).*

² «Речі [...] не говорять [...], тому для вивчення минулого потрібне таке сприйняття, яке охоплює речі». *Glenn H.P. Legal Traditions... — P. 7. «Традиція ніколи не є набутою, вона завжди набувається». Wieseltier L. Kaddish. — New York: Knopf, 1998. — P. 259 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 9, note 28). «Право сутнісно є традицією, тобто чимось таким, що приходить до нас з минулого». Simpson A.W.B. Invitation to Law. — Oxford: Blackwell, 1988. — P. 23 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 12, note 35). «Традиції не створюють самі себе; вони є свідомо обраними [...]. Ми тяжіємо, відповідно, до вибору того, що відповідає нашим наявним потребам». Thapar R. Tradition / Cultural Transaction and Early India. Tradition and Patronage. — Delhi, Oxford: Oxford University Press, 1994 (Oxford India Paperbacks). — P. 23 (Glenn H.P. — P. 13, note 38).*

³ Це є «породженням змін». *Friedrich C.J. Tradition and Authority. — London, Basingstoke: Macmillan 1972. (Key Concepts in Political Science). — P. 39. «Правова традиція в принципі не є консервативною». Atias C. Présence de la tradition juridique // Revue de la recherche juridique. — 1997. — Vol. 22. — P. 387 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 22).*

⁴ Закономірно тому описувати її як проектування в минуле, оскільки в традиції «ми обираємо те, що вважаємо таким, що визначає нас, і ми представляємо себе як наступників тих, кого ми зробили нашими предками». *Muñoz L. The Rationality of Tradition // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. — 1981. — Vol. 67. — No. 2. — P. 203. Відповідно, «минуле мобілізується для уявлення майбутнього». Touraine A. Pourrions-nous vivre ensemble? Égaux*

чини вона слугує кінцевою основою будь-якого порівняння і судження. Тому не потрібно іншого фундаменту. Що би не розглядалося в якості критерію, його прийняття можливе лише на основі культури традиції¹.

3. Різні традиції — різні способи мислення

Праця П. Гленна запропонувала більш повну картину різних правових сімей і правових культур, що лежать в їх основі, завдячуючи тій обставині, що автор був насамперед зацікавлений у дослідженні способів мислення, які скеровують правові механізми. Як же сила традиції проявляє себе в цих різних правових культурах?

У **хтонічних** режимах пріоритет колективних інтересів над індивідуальними з акцентом на консенсус (замість примусу) розвинув модель мислення, яке діє в конкретних умовах, прив'язаних до ситуацій². Воно не для використання в якості зброї ким-небудь³, тим більше, що «влада» керівника є навряд чи більшою за його здатність досягати консенсусу, хоча б тому, що його «влада» може зберігатися лише доти, доки вона успішно виконує саме цей обов'язок.

На противагу цьому, правові механізми з таким само давнім корінням, але які надихалися **божественним одкровенням**, постали перед дилемою, як подолати розрив між історично унікальним і закритим джерелом права і його використанням, що продовжується крізь мінливі виклики кількох тисячоліть і цивілізацій. Тому основне питання стосується того, чи «закриті ворота»⁴, тобто, чи існують тех-

et différents. — Paris: Fayard, 1997. — P. 49. Це пояснює його близькість до **суспільної само-свідомості**. Відповідно до класичних основ соціології, «найважливішою є ідея себе», яка є конститутивною для суспільства. *Durkheim É. The Elementary Forms of the Religious Life. A Study in Religious Sociology / Trans. J. W. Swain. — London: Allen and Unwin, 1915 (5th impr., 1964).* — P. 422. Вона, в сучасному сприйнятті, вкорінена передусім у взаємозв'язках, придатних для порівняння. *Glenn H.P. Legal Traditions...* — P. 31–33.

¹ «Немає точки зору з нічого, не може бути суджень поза традицією, з опорою на граничні нетрадиційні критерії». *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 43.

² *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 67, note 43. Поп.: *Ong W.J. Orality and Literacy. The Technologizing of the World. — London, New York: Methuen, 1982 (New Accents).* — P. 51–52.

³ *M'Baye K. African Conception of Law // International Encyclopedia of Comparative Law / Ed. by K. Zweigert, U. Drobnig. — Tübingen, The Hague, Paris: Mohr, Mouton, 1975. — P. 138–139 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 67, note 44).*

⁴ «Талмуд ніколи не був дописаний» — пише Едін Штейнзельц. Див.: *Steinsaltz A. The Essential Talmud / Trans. Ch. Galai. — New York: Basic Books, 1976. — P. 47.* Тому він охоплює як минуле, так і майбутнє загалом. Або, «звичайно, кожне тлумачення, яке колись могло би бути відомим на Синаї, було замислене Богом». *Back to the Sources. Reading the Classic Jewish Texts / Ed. by B.W. Holz. — New York: Summit Books, 1984. — P. 15 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 96, note 42).* Щодо подібних вихідних тверджень у мусульманському праві див., напр., *Hallaq W.B. Was the Gate of Ijtihad Closed? // International Journal of Middle East Studies. — 1984. — Vol. 16. — No. 1. — P. 3–41.* Це виразно підтверджується у матеріалах справи *Rahman v. Begum ((1995) 15 BLD 34)* у Бангладеші (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 187,

ніки, здатні забезпечувати певний ступінь відкритості, вивільнення і переосмислення, задля відповіді на нові виклики. Ось чому постає питання: яку роль може, якщо взагалі може, відігравати в цьому логіка? Може вона чи ні конкретизувати різні ситуації (на противагу абстрагуванню, характерному для будь-якого теоретичного мислення), що виникають в праві такого релігійного режиму? Чи допускає вона вагання людей, які міркують над особливостями ситуації, так само як зіткнення думок, момент відповідального рішення, нормативно проєктованого з особистої позиції судді, як господаря справи? І, задля того щоб почати з початку, чи може якась ідея персоніфікованого бога-творця (законодавця) стати єдиною в таких законах, воля яких мала б досліджуватися і виконуватися як єдине джерело права?

На європейському континенті ця модель правового мислення, спираючись в своїх витоках на божественне натхнення, починаючи з Римської імперії й до сучасних екзегез, досягає право як договірну форму (слідуючи відкрито постульованому філософсько-політичному концепту суспільного договору, який презюмується як уявне встановлення політичного зв'язку), тобто як вираження чиеїсь волі, яка виводиться (чи логічно слідує) з офіційного джерела. Адже, з одного боку, наявні культури здійснення логіцизму (засновані на аксіоматичному ідеалі *mos geometricus*), як, наприклад, романо-германське право. З іншого боку, існують культури, обережні щодо логіки, іншими словами, щодо обробки текстових репрезентацій права як теоретичних положень в межах епістемологічного контексту як передумови висновків, що слідують з логічною необхідністю. В культурах з релігійними традиціями і розвиненою логіфікацією як основоположним науковим ідеалом (наприклад, в іудейській та мусульманській культурі) сфера логіки може виявитися менш відповідною сфері правового мислення, яке не дає розробленим людиною визначенням з логічно обґрунтованими узагальненнями через індивідуальне застосування замінити первісну божественну детермінацію. Тому що можна лише намагатися досягнути божественні наміри, не будучи вправі локалізувати їх в межах категоріальної визначеності, вирішення моральних і правових питань необхідно залишається в таких культурах людською дилемою, а тому зовсім не виключається сприйняття можливості існування відмінних позицій. В світських культурах, в яких право сприймається або як частина природного світового

pote 157). Індуське правове мислення навіть не піднімає ті питання, вирішення яких залежить від всезагальної культурної практики спільноти, засвідчуючи тяглість, на відміну від абстрагованих і відверто людських формалізацій. *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 270.

порядку (наприклад, на Далекому Сході), або як цінніше за сутністю узгодження виправданих людських реакцій (як наприклад, в загальному праві), наголос робиться не на повному і всеосяжному передбаченні, а на оптимальності рішення конфліктних ситуацій в повсякденному житті. Саме через дар вирішення сконцентрованої у судовій справі проблеми людини вони пізнають таємницю порядку і презумпцію людської доброчесності, а також довіру до ретельного вивчення минулих справ (сприймаючи їх як завершений набір або оцінюючи їх актуальність у світлі історичної особливості минулих думок суддів), які дійсно можуть сприяти формуванню майбутнього, без передвизначеності та передчуттів, через моделі минулого, сучасний та майбутній напрям руху та випадкові риси.

Ці часом відмінні культури мислення — на додаток до традицій, що лежать в їх основах — без звернення до особливих релігійних, географічних чи кліматичних умов, рівнів розвитку чи організації виробництва тощо, є основою пояснення їх дійсних відмінностей. В той же час, їх результати загалом співставні чи (як у випадку співставлення романо-германського і загального права) навіть подібні, хоча, незважаючи на те, що рушієм обох є нормативні конструкції і подібний набір операцій при розгляді справ, поєднані з офіційними очікуваннями, прийнятими в даній культурі (що стверджене в пануючій в правничій професії ідеології), можуть відрізнятися один від другого, засвідчуючи рух у різних напрямках.

Як все це можливе? І що насправді має місце в праві незалежно від будь-якого зовнішнього вираження і уявних формальних визначень? Як справджуються наші очікування однозначності, безпеки, передбачуваності й розрахованості? Або, допускаючи деяке перебільшення, врешті-решт, чи є правом все те, що діє під його ім'ям через діяльність його представників? Або, можливо, ми просто послабшали й відмовилися від вольового моменту нашої нередукованої кінцевої влади для досягнення, за допомогою різних посередників, сумісного з життям мірила (названого «правом» через всеохоплюючу суспільну інституціоналізацію), прикладаючи його до певних напрямів і траєкторій руху?

4. Різні очікування — різні інституціоналізації права

Отже, як ми можемо підсумувати й узагальнити все сказане у контексті дослідження різних правових традицій?

По-перше, внесок, що його зробило право, є різним у різних цивілізаціях. Де право є частиною життя спільноти, воно служить на благо спільноти. Де воно інтегрується до історії спасіння, що цементує єдність суспільства, воно навіть не виокремлюється як щось осо-

бливе. Таким чином, дискусії, формалізації і внутрішній поділ, як правові «ритуали», навряд чи мають значення більше за те, яким вони володіють у теології чи моральній філософії. Іншими словами, право не є диференційованим: те, що воно вимагає, є вимогами загальної нормативності, й те, що виконується, не є простою зовнішньою відповідністю (що вичерпується простим утриманням від порушень), але справжнім спонуканням людини, реалізацією її духу, заохоченням її внутрішньої активності. Первісно це було рисою всіх правових режимів, що ніколи не ставилася під сумнів хтонічним і азійським правом, і яка продовжилася в індуському, іудейському й ісламському праві аж до сьогодні¹, з якою в певний історичний період порвали лише романо-германське, а згодом і загальне право, які в різний спосіб відроджують спільну римську традицію. Відзначимо, що весь час таке подолання співвідносилось з поширенням індивідуалістичного погляду на суспільство і, в пізніші часи, зі зростанням фетишизації і ствердженням дедукції прав з системи права — яка, варто зазначити, в англійському праві вперше з'явилася у двадцятому столітті².

Класична іудейська юрисдикція з самого свого початку будувалася на підкоренні сторін майбутньому рішенню, що завчасно декларувалося. Саме тому не було розроблено доктрину правового примусу, оскільки сторони, в разі своєї незгоди, могли знову йти до суду. В той же час, рішення адресувалось лише їм, тому жодне рішення не публікувалось і не зберігалось. Як наслідок, ані правові огляди, ані прецедентне звернення до більш ранніх рішень цій системі невідомі. Тому суддівський розгляд здебільшого повністю пристосований до конфліктної ситуації, конкретних фактів справи³.

В мусульманському праві задля надання сили історично обмеженим висловлюванням Пророка була розвинута особлива культура ланцюга посилення, що забезпечують орієнтування в мінливих умовах і юрисдикціях⁴. Хоча мусульмани мають високорозвинену логіку

¹ На санскриті немає слова «право», і те, що називається Законами Ману, стосується лише незначної частини індуського життя, сформованого внутрішньою етичною мотивацією [*a'tma tushti*]. В іудейському праві, *halakhah* [не діяти поза правом] неодмінно доповнюється очікуванням *aggadah* [дії в межах права]. В ісламі дії, визнані як обов'язкові, належні, нейтральні, гідні осуду, прямо заборонені, є завжди наперед визначеними. Див.: *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 26, 96, 185–186.

² «*Das subjektive Recht*» in the English Law of Torts / Lawson F.H. Selected Essays. — Vol. I. — Amsterdam, New York: North-Holland, 1977. — P. 176, 179–182. Див. також: *Samuel G. «Le droit subjectif» and English Law* // Cambridge Law Journal. — 1987. — Vol. 46. — No. 2. — P. 264–286. (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 220, note 50).

³ *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 92–93, так само як і *Jackson B. Jewish Law or Jewish Laws?* // *Jewish Law Annual.* — 1988. — Vol. 8. — P. 25.

⁴ Захищуємо типовий ланцюг хадисів (*hadith*): «Відповідно до Бухарі (Розділ 30, звичай 26) «Абдан звертається до нас [говорячи]: Хішам звертається до нас, говорячи: Ібн Сірін звер-

філософської і наукової реконструкції, вони здатні лише до визнання канонів суддівської аргументації, що не дає праву розвиватися далі через людські узагальнення, і є небезпека, що простий прийменник логічного узагальнення стане відхиленням від божественних відкриттів Пророка, що очевидно неприпустиме з огляду на те, що це Боже Слово¹.

Щодо коріння континентального права — «*siamo tutti Bartolisti*»², зрештою, ми всі звикли вдосконалювати і адаптувати єдине його розуміння (організоване як школа) з майже безмежного запасу технік і можливостей, сконструйованих римлянами, — дуже важливо це усвідомити — як пише П. Гленн: «протягом століть ті, хто писав глоси до римського права, здавалися більше талмудистами, аніж цивілістами. Вони були більш зацікавлені питаннями [*quaestiones*], аніж відповідями; більше цікавилися накопиченням думок, аніж вибором між ними; більше цікавилися дискусією, аніж дією». «Питання важливіші за відповіді (які можуть змінюватися); розуміння важливіше за узгодженість; суспільні зв'язки важливіші за точність»³.

Однак, саме в цьому колі повинно було одного разу виникнути середовище обмеженого практикою раціоналізованого протистояння щодо визначених правових проблем, тобто культура, корені якої — у визнанні того, що «форма є посланням»⁴, поширюючись по всьому Європейському континенту й потім на південноамериканські (й, певною мірою, навіть на далекосхідні) культури, що у Новий час було

тається до нас від Абу Хураїра від Пророка [...], який говорить [...]. *Rahmān A. I. Doi Shaḥīḥ. The Islamic Law.* — London: Ta Ha Publishers, 1984. — P. 24 et seq. (Glenn H.P. Op. cit. — P. 161, note 18).

¹ Не приймається навіть мислення за аналогією, що розглядається як таке, що веде до більш загальних норм і категорій, що уможливають наступну дедукцію чи категоризацію. Це є «вираженням людської ініціативи», що варте осуду. *Weiss B.G. The Spirit of Islamic Law.* — Athens, Ga., London: University of Georgia Press, 1998. (The Spirit of the Laws). — P. 67–68. Див. також: *Makdisi J. Formal Rationality in Islamic Law and the Common Law* // *Cleveland State Law Review.* — 1985–1986. — Vol. 34. — No. 1. — P. 97–112 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 176, note 99).

² *Rattigan W. Bartolus* // *Great Jurists of the World* / Ed. by Sir J. MacDonell, E. Manson. — London: John Murray, 1913. (The Continental Legal History Series 2). — P. 45 (Glenn H.P. — P. 123). «Ми всі бартолісти» (італ.) — тобто, ми всі є послідовниками італійського вченого Бартолуса (Бартоло да Сассоферрато, 1313 — 1357), лідера школи постглосаторів. автора «Коментаря до Кодифікації Юстиніана. — Прим. наук. ред.

³ *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 123, 128. Цей підхід у багатьох відношеннях мав бути поширений, на що вказує історія англійського права: «Яким було судження, ніхто не знав, і ніхто не турбувався про це». *Plucknett T.F.T. Early English Legal Literature.* — Cambridge: Cambridge University Press, 1958. (Cambridge Studies in English Legal History). — P. 104 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 219, note 48).

⁴ *The Form is the Message* / Daube D. *Ancient Jewish Law. Three Inaugural Lectures.* — Leiden: Brill, 1981. (Glenn H.P. Op. cit. — P. 127, note 41).

обмежене через вплив латинської й німецькомовної цивілізацій. Століття шліфувальної роботи глосаторів і їх наступників сформували — незважаючи на властивий їм брак будь-якої ідеї системності й навіть концептуалізації римського права¹ — жорстку концептуальну систему з фактично пустими поняттями, але необхідними через виконання ними технічних функцій, такими як принцип рівності, який визначає, що вважати «подібним» до того, що береться як «подібне», однак не забезпечує нас фактичним чи правовим критерієм «подібності» (хоча якщо б право й надало його, саме таке положення очевидно — концептуально — відобразило б цей принцип як безглуздий і цілковито зайвий)².

Звичайно там, де право визначається з додержанням Божих заповідей (як в іудейському чи мусульманському праві), чи виступає як заснована на судових справах декларація того, чим є право (як в англо-саксонському праві), неможливе його оскарження³. **Англо-саксонське право** переносить античне застосування римської традиції на Британські острови: журі присяжних замість непрофесійного судді, суддя замість наказуючого претора, судовий наказ замість едикту, що уможливорює процес; більше того, інни⁴ близькі до церкви, так само як мазхаби⁵ (madhahib) близькі до мечеті. Все є лише процедурою: судовий наказ сконструйований як бездоганно споруджений голубник з отворами, що забезпечує форму поведінки, яка уможливорює початок певного виду процесу. Цим пояснюється те, що кожна і будь-яка проблема в праві має пристосовуватися до одного з (загалом) 50 судових наказів, починаючи з приблизно 1250 р., і до 75 судових наказів після (приблизно) 1850 р. (до їх скасування в 1932 р.), і виключно в поняттях обраного судового наказу⁶. *Немає засобу судового захисту, немає правопорушення*: юридична кваліфікація, тобто кваліфікація дії в поняттях права, здійснюється (якщо взагалі здійснюється) лише за умови, що вчинок можна розглядати в контексті закритого переліку раніше кодифікованих судових наказів.

¹ Arango A.C. El Derecho Romano se formo a base de realidades objetivas no por teorías o sistemas // Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz III. — Napoli: Jovene, 1953. — P. 31–35 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 136, note 72).

² Westen P. The Empty Idea of Equality // Harvard Law Review. — 1982. — Vol. 95. — No. 3. — P. 537–596.

³ Див.: Glenn H.P. Op. cit. — P. 92.

⁴ Судові інни — адвокатські об'єднання в Англії, Уельсі та Ірландії, до одного з яких має належати юрист, щоби мати право займатися адвокатською практикою. — Примітка наук. ред.

⁵ Мазхаби — школи-напрями мусульмансько-правової думки. — Примітка наук. ред.

⁶ Maitland F.W. The Forms of Action at Common Law. A Course of Lectures. — Cambridge: Cambridge University Press 1954. — P. 5 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 211, note 20).

Таким чином, матеріальне право навіть не фігурує¹; рішення буде винесене непрофесійним журі присяжних; а суддя — з його «неприродним розумом»² (уособлюючи доктрину, розвинену в межах правничої професії) — єдиний, хто уповноважений досліджувати, чи всі процесуальні дії відповідають усталеному порядку. Отже, право обмежене до процедури такою мірою, що навіть основоположні поняття, такі як формалізм, казуїстика і логіка, набувають додаткового значення в класичному англійському праві. З одного боку, «в загальному праві ніхто не знає, яке право використовує журі, хоча журі й діє в надзвичайно формалізованому порядку». З іншого, «процес є неминуче казуїстичним, через те, що хоча він і використовує попередні судові рішення, однак вони не створюють право, а отже не суперечать одне іншому». Іншими словами, дійсне рішення неминуче залишиться поза правом, воно сприймається як просто факт, і його достоїнства залишаються поза логікою. Саме тому загальне право є «плаваючим» аж донині³, в усній культурі якого питання, навіть такі як, чи є «правило» у рішенні притягнутим, і якщо так, чи може «норма» бути сформована поза «правилом», ніколи не прояснюються⁴.

5. Різні «раціональності» — різні «логіки»

Ми можемо прийняти те, що раціональність сама по собі є не більше ніж однією з багатьох традицій⁵, більше того, що «помилкою є [...] припускати існування чи необхідність однієї (найкращої чи найвищої)

¹ «Будь-яке чинне матеріальне право закривається ним, „ховасться» між ним» — писав Генрі Джеймс Самнер Мейн в своїх „Дисертаціях про раннє право та звичай». *Maine H.J.S. Dissertations on Early Law and Custom. Lectures delivered at Oxford.* — London: John Murray, 1883. — P. 389 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 211, note 21).

² «Справедливість і право, неприродний розум і воля». *Hobbes T. Leviathan...* — London: Andrew Crooke, 1651 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://oll.Libertyfund.org/Texts/Hobbes>

³ Лише рішення журі присяжних має юридичну силу, без того, однак, щоб впливати на право чи незмінно викладати його. *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 60, note 17, p. 235, 233, 219.

⁴ Див. наступні праці автора цієї статті: *Codification on the Threshold of the Third Millennium* // *Acta Juridica Hungarica.* — 2006. — Vol. 47. — No. 2. — P. 89–119 (те ж саме: *Codification à l'aune de troisième millénaire* // *Mélanges pour l'hommage de Monsieur le Professeur Paul Amselek* / Dir. P. Wachsmann et al. — Bruxelles: Émile Bruylant, 2004. — P. 745–766); *Rule and/or Norm, or the Conceptualisability and Logifiability of Law* // *Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft* // *Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik* (Tagungsband der 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposions, IRIS 2005) / Hrsg. E. Schweighofer, D. Liebwald, S. Angeneder, T. Menzel. — Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Richard Boorberg Verlag, 2005. — P. 58–65 (у розширеному варіанті: *Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law* // *Acta Juridica Hungarica.* — 2007. — Vol. 48. — No. 4. — P. 401–410).

⁵ *Toward a Rational Theory of Tradition* / Popper K. *Conjectures and Refutations.* — 3rd rev. ed. — London: Routledge & Kegan Paul, 1969. — XIII + 431 p.

точки зору для визначення ідеальної раціональності»¹ і, відповідно, в підсумку ми також повинні визнати, що «різні типи логіки і семантики можуть бути придатними в різних контекстах і для різних теорій»². Якщо ми це приймаємо, то ми повинні — засновуючись на нормативних підвалинах досліджуваного порядку й умовах, що нас зв'язують — або припустити їх регуляторну **завершеність** (беручи до уваги неформальність рішення, прийнятого в результаті розгляду справи, зваженість, врівноваженість, осмислюючи його переваги, визнаючи його неповторну складність), або звернутися до **процедури редукції** (сподіваючись на надійність права і гарантованість повторення складності справ). Перше припущення використовує нерозрізному і відкрити різноманітність джерел і підходів (з різноманітністю аспектів і методологій, нормативних критеріїв і типів аргументації, прийнятих у судовій оцінці), в той час як друге передбачає попередній вибір з них всіх — офіційно кодифікує, а отже закриває те, що можна вивести в якості логічного висновку з них, і аксіоматизує цей вибір як висновок з них. Процедура редукції передбачає дедуктивну логіку, яка, у випадку своєї практичної неспроможності, може просто перейти у свою протилежність, а саме, у стохастичну (випадкову), статистичну чи, можливо, засновану на правдоподібності заміну якоюсь непевною логікою, не більше. У випадку презюмування завершеності логіка (взята згідно її математичному ідеалу) або просто буде вважатися незастосовною, або приймати полівалентні форми, які не можуть тлумачитися з аксіоматичної точки зору, оскільки вони оперують більш ніж двома значеннями і у зв'язку з цим долають дихотомію істини і помилковості, правомірності і протиправності, зависаючи у проміжних значеннях, які викликають невизначеність (породжуючи здригання і непередбачуваність) у логіці.

Окрім цього, слід відзначити, що погляд на судову аргументацію як частину сфери «практичного мислення» перетворився на зразок для витіснення ухвалення рішень у праві зі смислової сфери «застосування» (з основоположною ідеєю логічної «дедукції») в сучасній англо-американській теоретичній реконструкції, що, так само як теорія «аргументації», запропонована Хаїмом Перельманом в континентальному праві декілька десятиліть тому, переносить весь процес у простір, який не може логічно тлумачитися³.

¹ *Dennett D.C. Darwin's Dangerous Idea. Evolution and the Meanings of Life.* — New York: Simon and Schuster, 1995. — P. 502–505 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 44, note 39).

² *Pearce D.A. Roads to Commensurability.* — Dordrecht: Reidel, 1987. [Synthese Library 187]. — P. 9 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 333, note 40).

³ «**Практичне мислення** [...] є перехідним мисленням. Воно має на меті встановлення не того, чи певна позиція є цілковито правильною, а скоріше того, що певна позиція є кращою

Яким же чином такі відмінні рішення виникли у різних давніх правопорядках?

Наприклад, в **іудейському праві** одночасне визнання відмінних (і, зрештою, несумісних) точок зору виключає будь-яку системність і вичерпує всю культуру практики мислення до тієї міри, що сам Талмуд видається таким, ніби «багато текстів і багато авторів [...] говорять [...] одночасно», але невиразно. «Це просто тут — там». Критично можна навіть характеризувати його як «книгу, що дуже розчаровує [...] в ній все захоплює [...], однак [...] нічому не можна довіряти»¹. Відповідно, «надання переваги конкретній, а не абстрактній термінології» пронизує його, «договір» позбавлений загальних типових рис² і категорії використовуються скоріше в переносному смислі, а не для визначення меж концептуального характеру. Це подібне до втілення призабутої мудрості: аксіоматична думка без звернення до реальності, з її само-пропонуванням як виключного предмету, не може бути придатною для чогось поза ним самим³.

У **мусульманському праві** «доктрина різноманітності» [ikhtilaf] виходить на передній план з прийняттям хадисів [hadith], які можуть визнати обидві частини логічної суперечності як такі, що одночасно натхненні Богом, оскільки «відмінність думок [...] є знаком щедрості Бога»⁴.

В **індуському праві** «немає точного визначення», чи можна віднайти в ньому дедукцію чи схильність до систематизації. Адже якщо все і всі є частиною Брахмана як творця світу, тоді спільність у межах навічно даної тотальності не може бути сегментована шляхом про-

за інші. Воно стосується, приховано чи відкрито, імпліцитно чи артикульовано, порівняльних тверджень» — пише Чарльз Тейлор. *Taylor C. Sources of the Self. The Making of the Modern Identity.* — Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989. — P. 72. Воно також визначається Альбертом Йонсеном і Стефаном Тулміном (див.: *Jonsen A.R., Toulmin S. The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning.* — Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1988. — P. 341) наступним чином: «Практичне мислення в етиці є не справою здійснення формальних дедукцій з незмінних аксіом, а постійною вправою в розсудливості — тобто, зваженням міркувань одне щодо іншого». (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 43, note 37).

¹ *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 98, остання цитата з: *Goldenberg R. Talmud // Back to the Sources...* — P. 157.

² *Elon M. Contract // Principles of Jewish Law / Ed. M. Elon.* — Jerusalem: Keter Publishing House, 1975. — P. 247 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 94, note 35).

³ «Велика перевага використання цих моделей, як протилежних абстрактним концептам, полягає, *inter alia*, в здатності постійно контролювати дієвість методів демонстрації [...]. Абстрактне мислення [...] може бути визначене лише за допомогою використання так само абстрактних понять, тому ми ніколи не можемо знати, чи вони конституюють відхід від предмету чи продовжують бути відповідними.» *Steinsaltz A. The Essential Talmud...* — P. 147 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 99, note 53).

⁴ *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 325.

стого відокремлення; більше того, навіть очевидність будь-якої завершеності зміни може виявитися нічим більшим за чисту ілюзію¹.

Нарешті, давні культури (в межах Далекого Сходу) припускають полівалентну логіку в людських справах, що, таким чином, дозволяє розглядати будь-яку диференціацію, крайнє формулювання, поляризацію чи дискретність предметів та ідей виключно як результат штучного втручання людини.

6. Менталітет в основі права

Зміна акцентів порівняльних досліджень у цій царині просто вражає, адже більшість відомостей, пояснень і міркувань, якими рясніє вказаний чудовий огляд (праця П. Гленна — пер.), зосереджені скоріше навколо способів мислення, а не інститутів. **Ментальності**, які задіяні в межах даного контексту, відкривають дива (досвіду) світу, а також забезпечують інституціональні відповіді як реакцію на виклики його існуванню. Так от, інституціоналізація — це вже півдороги до формалізації. Її остаточне досягнення забезпечується аксіоматизмом кодифікації — або позитивного права, або доктрини (взятої як ментально структуроване представлення, що криється за нею), — коли право проектується як системна сукупність логічно впорядкованих абстрактних концептуалізацій. В систематичній перспективі навіть сам інститут як такий не може більше сприйматися лише як принагідний чи шаблонний продукт практичного вирішення проблем, як абстрактна формула. Він є одночасно ментально конкретизованою репрезентацією подальших концептуальних абстракцій. Таким чином, порівняльне право в його класичному розумінні було продуктом саме такої схеми, воно народилося для прищиплювання різноманітних винятково логічних концептуальних абстракцій права до своєї мапи з вимогами таксономії, первісно створеної для класифікації природи в природничій історії².

Отже, всі питання, які ми обговорювали в межах стислого огляду «Правових традицій світу», насправді зосереджені навколо людської дилеми практичного розв'язання проблем у межах різноманітних культур порядку, в інтересах виживання суспільства. Це здійснюється в манері порушення питань щодо порядку (*ordo*), реакції на них, пошуку можливих і придатних для цього технік, створення інститутів через тривалість практики і планування, винайдення і використання

¹ *Diwan P. Modern Hindu Law. Codified and Uncodified.* — 7th ed. — Allahabad: Allahabad Law Agency, 1958. — Р. 1. Див.: *Glenn H.P. Op. cit.* — Р. 253–268.

² Вперше така класифікація була застосована до дійсних (живих) об'єктів природи Карлом фон Ліннеєм в його «Системі природи» *von Linnæus C. Systema naturæ*. [reprint of 1735] / Pref. B. Strandell. — Stockholm: Bokförlaget Rediviva, 1977 [Suecica rediviva 70].

інструментарію, волею-неволею відриваючись від історичної ідеї, вираженої в праві, але з бажанням залишитися в межах її етосу — до такої міри, що ми можемо навіть казати, з деяким перебільшенням, що це є двигуном, а все інше є лише клубом пилу...

Звичайно, ми знаємо, що цивілізаційний розвиток продукує поділи, структури і диференціації у формалізації, але він успішно запускає механізми з ефектом дегуманізації до такої міри, що ми можемо відчувати як навіть наше творче мислення стало здебільшого реагуючим, значною мірою існуючим лише як просте заповнення каркасу вже встановлених форм.

Осмислюючи самих себе й ті сади, що їх ми культивуємо, необхідно розуміти, що збереження, збирання і оприлюднення судових рішень, використання і посилення на аргументи, які сприяють обґрунтуванню їх авторитетності, створюють офіційне очікування того, що судді будуть приймати рішення (з такою організацією здійснення правосуддя, що воно стане вільно доступною державною послугою) з можливістю повторного розгляду справи шляхом апеляції — все це є відносно новим і особливим розвитком подій, загалом характерним для Західної культури. Досягнення правової доктрини, що абстрагує загальні вимоги від імені індивідів, що випливають із сукупності законів, з яких загальний статус може виникнути через визначені громадянські права [*subjektive Rechte*] певних груп осіб, також є продуктом сучасного Західного світу. Англійська правова культура тільки-но почала асимілюватися (більшою чи меншою мірою та з відповідними суперечностями) до континентальної культури логіфікованого права, принаймні через розуміння континентальних вимог ідентифікації концептуалізацій в праві, до яких можна звертатися як до джерела та носія права, на основі якого можлива редукція (тобто окрема гомогенізація, взята як дедукція для обґрунтування) судового рішення в праві до формальної операції. Іншими словами, ми можемо спостерігати, що хоча утопія формальної раціоналізації Декарта і Лейбніца може продукувати рух і зусилля, вона не може привести ані до всебічного розвитку, ані до усунення інших традицій, заснованих на не-формальній раціоналізації, що виключає протиріччя. Як висновок, ми навряд чи можемо сказати більше за наступне: хоча чийсь проблеми можуть видаватися нам новими, більшість з них, тим не менш, зберігає давнє коріння.

При цьому ми повертаємося назад до людини, яка олюднює своє існування, створюючи культуру як другу природу для і навколо неї, і до того, як вона черпає сили з своєї традиції. Це включає, поміж іншим, пошук джерела права через його складну глибинну структуру.

Усвідомлення цього і того, що найкращим варіантом є збереження різноманітності його цивілізаційних форм права, є нескінченим завданням для нас, незамінним для будь-якої орієнтації загалом й зокрема для найважливіших рішень, які приймаються на перехрестях історії.

7. Визначення предмету теоретичних досліджень права

Ті, хто здійснює порівняльні історичні дослідження, звичайно підходять до потенційних предметів свого аналізу з певним досвідом за плечима і відкриті до сприйняття нових ідей, водночас осмислюючи класифікаційні схеми лише як результат власних досліджень — тобто, відповідаючи на питання, що (і в якому розумінні) може (чи варте, обгрунтоване або прийнятне в межах аналітичної структури, або самозрозуміле) може бути розглянуте як право в певній культурно-антропологічній ситуації чи в судочинстві. Однак, в межах цілковито штучної побудови теорії (заснованої на підході до права, який вона пропонує запровадити) певні концепти передбачаються (уявляються чи презюмуються), а потім розглядаються як аксіоматична основа — тобто, сприймаються без емпіричного доказування — через виключно теоретичну конструкцію.

Ми знаємо, що в нашому слововжитку і особливо в концептуальному мисленні превалює нормативність, слабша чи сильніша; ми реконструюємо й цим також конструємо лише те, що ми хотіли пізнати з оточуючих речей. Але є різниця між **результатами аналізу, спрямованого на окреслення порівняльно-історичних досвідів**, з одного боку, й просто **концептуального аналізу**, обмеженого до раціоналізації конвенціоналізацій відповідно до завчасно прийнятих ідей (догм і упереджень), з іншого. Вона особливо проявляється як при відмежуванні цих двох підходів і їх результатів, які зазвичай виключають можливість будь-якої взаємодії, так і в настільки ж відмінних способах існування в їх межах критичних позицій. Перший підхід передбачає спостереження, оцінку і групування **фактів**, використовуючи дані польових досліджень або звертаючись до наявної багатой літератури. І навпаки, другий підхід доходить, практично без звернення до джерел, від певних філософських узагальнень до інших (глибших) філософських узагальнень. Будь-які фактичні аргументи чи свідчення першого підходу уникаються другим відразу як ефемерні (виняткові й незначні), або як невідповідні. Все, чого може досягти перший підхід — це певний вплив на суспільну думку, яка формує в довготривалій перспективі домінуючу парадигму як загальний підсумок; другий підхід переважно озвучує це чи рефлексує над цим (чи, інколи, пропонує теорію, спрямовану на заміщення чи зміну цього).

Внутрішня полеміка в першому підході зазвичай спрямована на обговорення фактів і їх можливих інтерпретацій (наприклад, який критерій може привести до відчутних результатів, якщо відокремити різновиди права в системах, культурах і традиціях). І навпаки, другий підхід — задіюючи настільки, наскільки він може, **аксіоматичний ідеал** — пропонує доповнення чи перегляд пануючої системи, або відхиляє її з позиції (іншої системи) зовнішньої (і негаційної) щодо досліджуваної системи. Це може включати, наприклад, минулий ідеологічний критицизм між соціалістичною і несоціалістичною («буржуазною» чи «реформістською») правовими теоріями, що заперечують одна іншу, чи сучасний так званий деконструкціонізм, що викриває — або в дусі радикальної герменевтики з її анархічним екстремізмом, або в якомусь іншому (феміністичному, білому тощо) варіанті, спрямованому на історичну реабілітацію — тисячолітні явища як личини звичного чи витонченого соціального пригнічення.

Сучасні тенденції глобалізації, ймовірно, мають нерівномірний ефект у різних сферах. У будь-якому випадку, незважаючи на декілька спроб посередництва, ці два підходи, як нам видається, й надалі посилюються і — як не дивно — зразки теоретичної конструкції, спрямовані лише на концептуальну (пере-)конвенціоналізацію, можуть нині трансформуватися в незалежно блукаючі сили; можливо, колись виниклі в англійській аналітичній традиції й потім організовані в концептуальну конструкцію американської політичної філософії, вони можуть тепер досягти континентальної Європи як структура теоретичного пояснення. У межах нового відліку вони напевно отримають нові значення, оскільки їх концептуальне вихідне припущення тим часом змінилося — від англійського передрозуміння, яке ідентифікує право як засноване на прецедентах анонсування про те, які норми діють, — до концепції романо-германського права, яке сприймає право як систему норм, з граничною їх концептуалізацією в логічному узагальненні.

Шлях наукових досліджень очевидно є вільним. Однак, для того щоб бути здатним визначити застосовність і співмірність різноманітних напрямів і закликів учених, й досі важливо бути уважним до мовчки сприйнятих основ їх концепцій права.

Наукове видання

ВАРГА Чаба

ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ?

У пошуках правових сімей і культур

Редактор А. В. Корж

Коректор В. Г. Волоха

Підп. до друку 20.04.2012

Формат 60х84/16. Папір офсетний. Друк офсетний.

Наклад 300 прим.

Віддруковано у ЗУКЦ (ТЗОВ)

Україна, 79005, м. Львів, вул. М. Драгоманова, 18

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи

до Державного реєстру видавців, виготівників

і розповсюджувачів видавничої продукції

серія ДК № 408 від 09.04.2001 р.

