

**Хірсін Андрій Васильович** –  
кандидат юридичних наук

# ДЖЕРЕЛА Й МЕХАНІЗМИ ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ НОРМАТИВНОСТІ “ВІДКРИТОГО СУСПІЛЬСТВА”

*Досліджено онтологічні витoki й механізми генерування правової нормативності, а також специфіку дії таких механізмів в умовах “відкритогосупільства”.*

**Ключові слова:** онтологія права; легітимність юридичних норм; джерела права; механізми нормоутворення; “відкрите суспільство”.

*Исследованы онтологические истоки и механизмы генерирования правовой нормативности, а также специфика действия таких механизмов в условиях “открытого общества”.*

**Ключевые слова:** онтология права; легитимность юридических норм; источники права; механизмы нормообразования; “открытое общество”.

*Ontological origins and mechanisms of generating legal norms, as well as the specifics of such mechanisms in an “open society”.*

**Keywords:** ontology law; the legitimacy of legal norms; sources of law; mechanisms normoutvorennya; “open” society.

Итання чинників дієвості юридичних законів можна розглядати у двох площинах: по-перше, з точки зору засобів забезпечення, зокрема примусового, їх дотримання, і, по-друге, з позиції тієї їх “внутрішньої” зобов’язальної сили, що асоціюється в сучасній науці з поняттям “легітимності”, тобто “виправданості” законодавчих положень в контексті обґрунтування їх правового характеру. В умовах соціально-демократичної спрямованості правового регулювання пріоритетним є саме другий із зазначених аспектів, оскільки здійснення законності, узгодженої із суб’єктивними та об’єктивними “вимірами належного”, потребуватиме значно меншої “силової підтримки”, ніж у випадку відсутності такої узгодженості.

Водночас прагнення того, щоб юридична нормативність була насправді правовою, передбачає розв’язання низки складних методологічних проблем, серед яких, насамперед, такі фундаментальні питання правознавства, що пов’язані з окресленням сутнісних ознак права, співвіднесенням права й закону, визначенням критеріїв розмежування “правових” та “неправових” норм тощо. Складність цих питань полягає, передусім, у культурно-просторовій варіативності й історичній мобільності як “об’єктивізованих” форм буття права, так і

суб'єктивно-ціннісних "категорій" його осмислення. Отже, не тільки змістовне наповнення нормативних положень права, а і його "критеріальні мірила" зазнають істотних змін при кардинальних структурних трансформаціях суспільства, у межах якого здійснюється правове регулювання міжсуб'єктних відносин.

Вирішення таких питань ускладнюється масштабними реорганізаціями сучасного суспільства в напрямі набуття ним форм структурно-функціональної "відкритості": адже при цьому утворюється надто розгалужена й багаторівнева система "нового світового порядку", що охоплює всі "ранги" соціально-політичних формувань – від локальних до глобальних; водночас динаміка такого суспільства (як і будь-якого іншого різновиду "відкритих" систем) є досить віддаленою від її однозначної передбачуваності й "стратегічної" керованості. Проте ці обставини навряд чи можна визнати за достатні аргументи для висновку про цілковиту недоречність вивчення тих конкретно-історичних "буттєвих контекстів", у яких генеруються смислові основи права кожного конкретного соціуму (інакше довелось б відмовитися від ідеї демаркації права та закону). А тому доцільним є дослідження джерел та механізмів формування правової нормативності "відкритого" суспільства, на підставі яких уможливилувалося б з'ясування умов її "своєчасності" й "доречності". Відповідно, метою статті є пропозиція авторського бачення концептуальних основ такого дослідження.

Проблематика, пов'язана з "витоками" й смисловими основами сучасного права, є предметом вивчення в рамках практично всіх існуючих напрямів та шкіл правознавства. При цьому, однак, у контексті перспектив її вирішення превалює своєрідний "методологічний скептицизм", спричинений дилемою метафізико-догматичних та релятивістських підходів: перші є іррелевантними відносно структурно-динамічних характеристик сучасного суспільства, а другі – не відповідають нормативному "духові" права. Отже, актуалізується пошук моделей, більш адекватних нинішнім тенденціям суспільно-правового розвитку та ефективних в аспекті можливостей узгодження нормативності юридичного закону з "буттєвими коренями" динаміки ціннісних підвалів права.

У загальній теорії права традиційно виділяють такі джерела права: правовий звичай, нормативно-правовий акт, судова практика (юридичний прецедент), нормативно-правовий договір, юридична наука (правові доктрини, ідеї, принципи тощо). Щоправда, чинність кожного з них визначається офіційним їх визнанням чи встановленням компетентними органами держави (або уповноваженими нею органами місцевого самоврядування чи громадського об'єднання) [1, с. 126–127]. Отже, йдеться, насамперед, про юридичну нормативність, що може легітимуватися чи критикуватися з позиції певних "метаюридичних" критеріїв її відповідності інтегральним характеристикам права.

У філософсько-правовому розумінні (зорієнтованому на визначення, насамперед, сутнісних ознак права, а не лише форм його існування та вияву у світі правових явищ) під джерелами права розуміють не стільки його "носії", скільки онтологічні чинники, що впливають на механізми формування змісту й спрямованості його норм. До таких первинних чинників належать характеристики організації тих

суспільно-інтерактивних контекстів, у середовищі яких здійснюється і генеза культурно-правових звичаїв, і нормотворення, і судова практика, і договірні відносини тощо. Тобто для всіх відомих сучасній юридичній науці джерел права можна встановити пряму чи опосередковану кореляцію з вищезазначеними характеристиками. Адже сутність права неможливо (логічно несуперечливим чином) “замкнути” ні у сфері “поза межної” людській волі природної об’єктивності, ні в царині законодавчо-владного суб’єктивізму; воно генерується й розвивається в мережі еволюціонуючої системи людських комунікацій. Як зазначав І. О. Ільїн, “...будь-яка випадкова зустріч з іншою людиною, будь-яка розмова, будь-яке сусідство, не говорячи вже про угоди та про участь у будь-якій суспільній організації, – одразу ж ставить питання про *право* й *не-право*, про *моє* право і *твоє* право, про взаємні обов’язки, про закони тощо... Правосвідомість є, так би мовити, лезеннями, якими кожен з нас вдихає та видихає атмосферу взаємного спілкування” [2, с. 251].

У своїй онтологічній основі “...право являє собою відкриту систему, систему інтерсуб’єктивності, на відміну від закритих систем юснатуралізму та позитивізму” [3, с. 47]. Його нормативність не є однозначною детермінованою ні законами “зовнішньої” природної реальності (оскільки природа – це царство об’єктів, а право – сфера взаємодії суб’єктів [4, с. 151]), ні “внутрішніми” апіорними властивостями свідомості людини. Іншими словами, право загалом не можна обґрунтувати “субстанційно” (шляхом його “зведення” до будь-якої матеріальної чи духовної “першооснови”); воно “не являє собою певну субстанцію, абсолютну реальність права, а є реляційно-смысловим феноменом. Воно є тим змістом, що виявляється у стосунках між різними суб’єктами... принципом людського існування, без дії якого неможливі ні культурний, ні соціальний, ні технічний розвиток людини” [4, с. 171]. Таким чином, моральні, звичаєві, аксіологічні та інші основи правової нормативності формуються й розвиваються в контексті таких стосунків практично за тими самими механізмами, що спостерігаються при формуванні властивостей макросистем, утворюваних значною кількістю елементів: взаємодія останніх спричиняє взаємообмеження ступенів їх поведінкової свободи, а отже, до підвищення міри їх взаємозалежності та конституювання певних загальносистемних характеристик. Згідно з цим принципом, відомим під назвою “закону великих чисел”, сумарна дія значного числа випадкових факторів чи елементів призводить до результату, що виявляється у вигляді певних відносно стійких тенденцій, властивостей чи параметрів порядку, стабільність яких є пропорційною кількості взаємодіючих сторін, а тому (мірою збільшення цієї кількості) стає дедалі менш залежною від випадковостей.

Таким чином, принципів механізмів нормативізації суспільного життя онтологічно складаються разом із формуванням суспільства ще до виникнення державно-правового регулювання. Ці інтерактивні механізми є достатньо автономними відносно “випадкових флуктуацій” індивідуально-суб’єктивної волі (у тому числі й суб’єктів законодавчої влади); якщо офіційний закон не узгоджується з ними, то він набуває віддаленої від реальної констеляції суспільних інтересів “абстрактної форми”, дотримання якої можна забезпечити лише примусово. Водночас

урахування результатів дії таких механізмів у правотворчій діяльності істотно нівелюватиме потребу в "зовнішньому стимулюванні" правопорядку (подібно до того, як "у своїй самоорганізації природа не потребує певного "зовнішнього", "надприродного координатора" у вигляді "абсолютного розуму", який приводить би її до відповідного "раціонального порядку", оскільки саме матеріальне буття виявляє унаслідок взаємодії своїх підсистем та елементів "онтологічні схильності" (атракції) до такого упорядкування" [5, с. 43]). Тобто, незважаючи на суб'єктивний характер та різноспрямованість людських інтересів, унаслідок їх перманентного зіткнення та "взаємонакладання" конституюються ті інтерсуб'єктивні рамки, що визначають цільові орієнтири нормативного самообмеження (а згодом і інституційної регламентації) поведінки індивідів, не даючи їй перерости у сваволю. "Пересікаючись колом своїх життєвих інтересів з подібними інтересами інших осіб, ми опиняємося перед онтологічним вибором: чи знехтувати їхніми претензіями на таку саму міру свободи, на яку претендуємо ми самі (і, відповідно, силою відновити собі "право" на більш широкий діапазон такої свободи, порівняно з іншими претендентами), чи дещо самообмежитися у власних претензіях на користь іншого. У першому випадку таке "силове" збільшення міри суспільної свободи передбачає ризик аналогічної протидії з боку інших, а тому нівелює будь-які гарантії... навіть збереження наявного її рівня... нормативність права за своєю сутністю постає як узагальнене обмеження свободи для всіх, підпорядковане забезпеченню гарантованого діапазону суспільної свободи для кожного" [6, с. 149–150].

Ураховуючи викладене, доцільно розглядати виправданість юридичних норм або ж інших регулятивних цінностей з точки зору так званої "онтологічної раціональності". Вона визначається тим, наскільки реалізація таких регулятивів сприяє врівноваженню обсягів суб'єктивної свободи самовизначення та самореалізації; відповідно, діапазон свободи кожного має нормативно обмежуватися там, де він стає чинником звузнення рамок аналогічної свободи інших. Саме "...такий стан системи регуляції суспільної поведінки індивідів є атрактором еволюції цієї системи, оскільки йому притаманна стійка та "онтологічно доцільна" рівновага. Тому параметри зазначеного стану, що визначатимуть раціональність організації такої системи, слід шукати в контексті чинників упорядкування самого природно-суспільного буття, а не добирати нормативні цінності виключно за певними суб'єктивними схильностями, лише *post factum* визначаючи міру їх онтологічної релевантності" [7, с. 136].

Водночас, незважаючи на наявність таких "загальноонтологічних" основ та механізмів упорядкування реальності, зокрема суспільно-правової, первинні результати їх "природної" (некерованої зовні) дії істотно трансформуються залежно від структурно-організаційної типології соціуму (подібно до того, як одні й ті самі природні потреби людини можуть абсолютно по-різному задовольнятися у різних соціокультурних середовищах). "Соціально залежною" є також значущість таких результатів (виражених у стихійно сформованих традиціях, звичаях, нормативних ідеалах, правилах тощо) для оцінки легітимності юридичних законів. Це доволі чітко прослідковується при

переході від традиційних форм суспільної організації до форм її структурної "відкритості". Якщо для перших характерною є домінуюча роль усталених звичаїв, цінностей та ідеалів, відносно яких ці форми суспільства "замикають" свою нормативність і, водночас, роблять її доволі консервативною, то другі – "відкривають" її по відношенню до мінливих контекстів суспільного життя з метою її перетворення на засіб взаємоадаптації його структурно-функціональних компонентів. Традиціоналізм при цьому перетворюється з "бастіону", що стоїть на сторожі "абсолютних цінностей", на "першого супротивника вільного духу" [8, с. 80], а усталені звичаї, традиції та ідеологічні догми втрачають свою першорядну значущість як джерел унормування людських стосунків.

Такі переоцінки мають неоднозначний суспільний ефект, а тому супроводжуються доволі різноспрямованими їх науково-теоретичними інтерпретаціями (аж до взаємовиключних). Отже, поряд з відомими оптимістичними характеристиками (які викладено в працях Ф. фон Гайека, К. Поппера, Ю. Габермаса та багатьох інших дослідників), сучасні суспільно-культурні зміни викликають також серйозні занепокоєння. Зокрема, як зазначає П. Сорокін, вони призводять до кризи моральних ідеалів та права, девальвації випробуваних тисячоліттями етико-правових цінностей та норм на тлі суто егоїстичних матеріальних інтересів. Юридичні норми при цьому дедалі більше перетворюються на суто кланітарні знаряддя реалізації таких інтересів за рахунок інших, менш впливових груп населення. "Вони втратили свій моральний престиж, деградували та понизилися до статусу засобу, використовуваного кмітливими плутократами для шахрайства по відношенню до експлуатованих простаків. Із втратою престижу вони поступово втрачають і свою контролюючу й регулюючу силу – найважливіший фактор людської поведінки... Якщо ж ні релігійні, ні етичні, ні юридичні цінності не контролюють нашу поведінку, то що ж тоді залишається? Нічого, крім грубої сили та обману. Звірство – сучасне "право сильного". І у цьому полягає головна риса сучасної кризи в етиці та праві" [9, с. 499]. За таких умов відбувається своєрідне "подрібнення", "атомізація" системи цінностей, що призводить, на думку цитованого автора, до її самознищення. А вже наразі вже "...жодна логіка, філософія і жодна наука не можуть закликати на допомогу трансцендентальну цінність, щоб послабити боротьбу та відділити справедливий моральний релятивізм від несправедливого, правильні засоби досягнення щастя від неправильних, відділити моральні обов'язки від егоїстичних потреб, право від сили" [6, с. 500]. У новій "чуттєвій етиці" та нового "прагматичного права" немає "абсолютного арбітра" та будь-яких універсальних та об'єктивних критеріїв для розв'язання конфліктних проблем. Ці етика та право нівелюють споконвічні людські цінності "...до рівня утилітарних та гедоністичних конструкцій... проголошуючи їх чистими умовностями... Таким чином, у світ моральних цінностей було введено принцип безграничного релятивізму, свавілля якого породжує конфлікти... У хаосі конфліктуючих одна з одною норм моральні цінності... втрачають свою інтегруючу силу... а фізична сила стає ерзац-правом" [9, с. 501].

Стрімкий розвиток матеріального прогресу та розширення суб'єктивної свободи, що спостерігаються під час нинішніх

соціокультурних перетворень, супроводжується відчутною девальвацією тих аксіологічних основ, за якими традиційно вимірюється гуманістичний потенціал суспільства в цілому та людські якості кожного його представника зокрема. Але ж соціальна динаміка не може бути навіть "замкненою" в рамки тих чи інших "застиглих мірил", тому будь-який перехідний період у розвитку суспільства, протягом якого докорінно змінюються його структурно-організаційні характеристики, цілком закономірно супроводжується кризою сформованої й відносно усталеної на цей час системи цінностей.

Так само, як колись у своєму розвитку до цивілізованих форм буття людство пройшло стадії дикості й варварства, наразі воно вже має достатній досвід для того, щоб незрівнянно швидшими темпами на уламках попередніх традицій, генерованих у контексті доволі "жорсткої" культурно-національної обмеженості, створити в умовах глобальної "відкритості" принципово новий тип нормативності людських стосунків. Поставши перед дилемою: чи зберегти свій цивілізований стан, чи в непримиренному протистоянні скотитися назад до дикості та, урешті-решт, самознищення, людина, як розумна істота, обере саме перший варіант, який одночасно узгоджується не тільки з альтруїстичними, а й з егоїстичними її міркуваннями.

Щодо втрати морально-правовими цінностями своєї інтегруючої сили, то остання є пропорційною тому, наскільки такі цінності є "інтерактивним продуктом" не будь-якої окремої нації чи регіональної культури (європейської, азійської, американської тощо), а саме людства як цілісної спільноти. Адже поряд з культурно-національною специфікою кожного народу постійно виробляються деякі *загальнолюдські* цінності, які не лише "нав'язані" світові певною "нацією-лідером", а конституційовані в процесі розгортання глобальної системи відкритих комунікацій. Вони формуються за тими самими механізмами, що й локально-культурні норми; відмінність полягає лише в тому, що учасники комунікативно-мережевого простору, в середовищі якого вони формуються, належать не до однієї, а до різних культур. Такими спільно виробленими нормами, урешті-решт, і визначаються демаркаційні межі між "правильним" та "неправильним" (будь то юридичний закон, політика держави чи індивідуальна поведінка) з точки зору загальної критеріїв людяності. А те, що із "втратою пафосу об'єднуючої християнської любові" приходиться "ненависть людини до людини, класу до класу, нації до нації, держави до держави, раси до раси", оскільки "навіть чи є спільна етична цінність, яка б пов'язувала комуністів та капіталістів, фашистів та євреїв, італійців та ефіопів, католиків та атеїстів..." [9, с. 501], то цілком очевидно є неможливість зняття таких конфронтацій на основі самих лише традиційних цінностей християнства. Адже, по-перше, такі протистояння спостерігалися і в епоху домінування цих цінностей у Європі (наприклад, численні "хрестові походи" з метою насадження "єдино правильної" віри); по-друге, безглуздо, мабуть, сподіватися, що всі католики стануть мусульманами чи, навпаки, мусульмани – католиками; італійці – ефіопами (або ж ефіопи – італійцями) тощо. Людство завжди буде культурно диференційованим, а інтегруватися воно здатне тільки на основі цінностей та норм, які ним сумісно вироблені. І розмаїття (а інколи й протилежність) інтересів тут навряд чи виявиться

нездоланною перепорою. Наприклад, інтереси покупця та продавця в певному розумінні полярні: перший зацікавлений якомога знизити ціну на товар, а другий, навпаки, – підвищити її; проте взаємно нейтралізуючи та стримуючи прагнення одне одного, вони, урешті-решт, доходять компромісу в певній ціні, з якою погоджується кожен з них.

Крім таких ознак “відкритого” суспільства, як “незмкненість” свободи самовизначення й самореалізації його представників щодо певних ідеологічних, політичних та національно-культурних рамок, ця “відкритість” набуває ще й того сенсу, що полягає в подоланні непрохідних бар’єрів між нормами офіційного юридичного закону та згадуваними вище суспільно-буттєвими інтерактивними механізмами унормування людського життя, якими, власне, й визначаються основи побуття цим законом дійсно правового характеру. Йдеться про те, що “відкриті” для самовдосконалення суспільство має бути здатним реагувати (насамперед, своїми нормативно-регулятивними засобами) на “сумарні імпульси” динаміки людських потреб та інтересів. Однак цієї мети навряд чи можна досягти винятково на основі класичних інститутів представницької демократії. Останні базуються на таких поняттях, як “народна згода” та “правління від імені народу”, що, по суті, є “фікціями” [10, с. 107]. Адже зміст поняття “згода” передбачає, насамперед, особисте схвалення певного рішення; мається на увазі, що ніхто не може дати своєї реальної (а не фіктивної) згоди за когось іншого. Усезагальна згода практично не може бути досягнутою в масштабах цілої нації, що спонукає до диверсифікації у її межах численних відносно дрібних та “прозорих” структур локальної самоорганізації населення. Стосовно ж “правління від імені народу” через обрання його представників до органів законодавчої влади досить доречним вбачається зауваження відомого американського правознавця Дж. Реймана про “...відсутність у самому процесі виборів будь-яких підстав, здатних обґрунтувати легітимність. Крім того, виборчий процес лише ставить, а не вирішує питання... Норми, що встановлюються в результаті виборів, нав’язуються незгодній меншості проти її волі. І у такому випадку вибори не тільки не є підставою для визнання легітимності, а й піднімають питання про права цієї незгодної меншості. Чому правила, схвалені більшістю проти волі меншості (і, можливо, такі, що перешкоджають вияву її волі), мають бути обов’язковими для цієї меншості? Чому б не розглядати таке виявлення влади як тиранію більшості над меншістю?” [11, с. 127].

Згідно з аргументацією Р. Барнета, неспроможність виборців навіть теоретично впливати своїм волевиявленням (здійснюваним під час виборів) на зміст прийнятих парламентом “від імені народу” законів зумовлена таким: “...якщо ми голосуємо за кандидата, і він перемагає на виборах, ми тим самим виявляємо згоду із законами, за які він голосує, але ми також виявили свою згоду із законами, проти яких він голосує. Якщо ми голосуємо проти кандидата, і він перемагає, ми виявляємо згоду коритися законам, за і проти яких він голосуватиме. Якщо ми загалом не голосуємо, ми тим самим погоджуємося з наслідками голосування, якими б вони не були” [10, с. 119]. Відповідно, самі по собі інститути представницької

демократії жодним чином не забезпечують кореляції юридичних законів із “згодою електорату” (оскільки в будь-якому з можливих випадків зміст офіційної нормативності не залежить від голосування чи ігнорування участі в ньому). Отже, “...спроба обґрунтувати легітимність, засновуючи її на мажоритарній... згоді, є моральним еквівалентом квадратури круга” [10, с. 123], вирешення якої стає неможливим без звернення до реальних механізмів взаємоузгодження суб’єктивних запитів суспільної свободи.

Дія цих механізмів поширюється не лише на внутрішньонаціональні відносини; а тому в сучасному “відкритому” суспільстві зміст юридичних норм будь-якого рівня доречно узгоджувати з “параметрами” регіональної та глобальної політико-правової рівноваги, а не із самими тільки результатами “договірної уніфікації” права. При цьому, звичайно ж, крім констеляції суб’єктивних урядових інтересів, необхідно зважати на особливості та динаміку техногенного впливу на стан природного середовища, у якому ці інтереси передбачається реалізувати; урахувати умови дотримання невід’ємних прав і свобод людини й громадянина, а також принцип непорушності національного суверенітету кожної з країн.

Узагальнюючи наведені міркування, слід зазначити, що джерела нормативності насправді демократичного суспільства мають передбачати якнайбільшу міру “відкритості” офіційного законодавства для його коригувань згідно з результатами широкого громадського дискурсу, спрямованого на досягнення гармонійного балансу приватних, суспільних та державних інтересів. Оскільки “відкрите” суспільство не обмежується певними локальними чи національними рамками, нормативні основи його регулювання повинні орієнтуватися також на підтримання міжнародного правопорядку та ефективне розв’язання глобальних проблем сучасності (економічних, політичних, соціальних, правових, культурних, екологічних тощо), які за своєю масштабністю суттєво виходять за межі суверенітету окремо взятих держав. Тому національно-державну нормотворчу діяльність такого суспільства варто координувати як із джерелами права, що ґрунтуються на децентралізованих механізмах громадської самоорганізації, так і з умовами збереження миру й злагоди у світі загалом.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ**

1. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави / Рабінович П. М. – Л. : Край, 2008. – 224 с.
2. Ильин И. А. Путь к очевидности / Ильин И. А. – М. : Республика, 1993. – 431 с.
3. Kaufmann A. Rechtsphilosophie. 2. Aufl. / A. Kaufmann. – München, 1997. – 423 S.
4. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / Максимов С. И. – Х. : Право, 2002. – 328 с.
5. Цимбалюк М. М. Онтологія правосвідомості: теорія та реальність / Цимбалюк М. М. – К. : Атіка, 2008. – 288 с.
6. Тімуш І. С. Інтегральний погляд на право / Тімуш І. С. – К. : Атіка, 2009. – 284 с.



7. Гвоздік О. І. Онтологія розуму та раціональність філософського світогляду / О. І. Гвоздік // Філософські проблеми гуманітарних наук. – 2006. – № 8–9. – С. 134–141.

8. Вебер М. Избранные произведения / Макс Вебер. – М. : Прогресс, 1990. – 808 с.

9. Сорокин П. Человек. Цивилизация. Общество / Сорокин П. ; общ. ред., сост. и предисл. А. Ю. Соколова ; пер. с англ. – М. : Политиздат, 1992. – 543 с.

10. Barnett R. E. Constitutional Legitimacy / R. E. Barnett // The Columbia Law Review. – 2003. – V.103. – № 11. – P. 101–135.

11. Reiman J. The Constitution, Rights, and the Conditions of Legitimacy / J. Reiman // Constitutionalism: The Philosophical Dimension. – Westport : A. S. Rosenbaum ed., 1988. – P. 122–139.