

УДК 340.12

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313.2019.7.44>**Анастасія Сапарова,**

канд. юрид. наук,

завідувач кафедри теоретичних та приватно-правових дисциплін
Київського міжнародного університету

ПРАВОВІ ЗАПОЗИЧЕННЯ ЯК ДИСКУРС ІНТЕГРАТИВНОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ

Для філософії права традиційною є опозиція природно-правового і позитивістського типів праворозуміння. Однак ще у другій половині ХХ століття таке протиставлення було поставлене під сумнів. Для філософсько-правового дискурсу початку ХХІ століття характерні спроби концептуалізації інтегративного праворозуміння. Натомість в порівняльному правознавстві відсутні акцентовані спроби такої концептуалізації, що виступає суттєвим недоліком його теорії і філософії. Порівняльно-правова імплементація юридичного позитивізму свого найбільш концентрованого вигляду здобула в підході «правових трансплантантів» – ідеї, що правовий генезис і розвиток відбувається через переміщення правових норм між національними правовими системами. Природне право у порівняльному правознавстві представлено постулатами культуралізму – парадигми заперечення можливості правових запозичень. Інтегративне праворозуміння у порівняльному правознавстві передбачає переосмислення ідеї правових запозичень. Змістом інтегрування позитивного і природного виступає, з одного боку, відмова від розуміння правових трансферів як інструментів універсалізації права, а з іншого – заперечення парадигми бачення права як відображення суспільства. Інтегративний дискурс правових запозичень за допомогою тези фрагментації стверджує право як засіб зміни суспільства. Право створює спільноти і суспільства тією ж мірою, якою і само створюється ними. Дослідження правових запозичень може долати уніфіковане бачення правових культур і правопорядків, замінюючи його аналітичною, динамічною і реалістичною картиною національного права, яка також включає його взаємозв'язки з іншими правопорядками. Дискурс правових запозичень, за умови інтегрування ним природного і позитивного, може виступати досвідом розуміння власного права через розкриття його творчого і неповторного потенціалу смислотворення.

Ключові слова: порівняльне правознавство, дискурс правових запозичень, інтегративне праворозуміння, опозиція природного і позитивного в праві, фрагментація права.

Постановка проблеми. Праворозуміння, будучи процесом та результатом осмислення природи права, який здійснюється через визначення поняття та формування певної концепції права [1, с. 587], не просто завжди перебувало в епіцентрі правових дискусій. Будь-яке міркування про право, або дія, спрямована на втілення у життя його приписів, вже може розглядатися як праворозуміння. Останнє, взяте в концептуалізованому виді, виступає квінтесенцією правознавства, викладом ідеї права. Однак саме праворозуміння, не дивлячись на його статус наріжного каменя всієї споруди права, не є втіленням ідеалу метафізичної єдності, радше навпаки – в ньому самому закладена дуальна опозиція, діалектика протистояння, яке вже протягом тисячоліть виступає «вічним двигуном» розвитку права. Стан речей виглядає так, що «весь період існування цивілізації супроводжується суперництвом, протиставленням і навіть боротьбою двох основних типів праворозуміння – природно-правового і позитивістського» [2, с. 100].

При цьому, на наше переконання, опозицію природного і позитивного в праві вже не можна розглядати як рушійну силу розвитку методології порівняльного правознавства, й саме у цьому полягає епістемологічна специфіка сучасності. Порівняльне правознавство має долучитися до вирішення фундаментальних проблем філософії права, а це неможливо без здійснення ним власного інтегрування природного і позитивного в праві.

Основним правовим питанням ХХ століття, яке минуло під гаслом переосмислення та деконструкції самих основ мислення людини, стала проблематизація того, чи може опозиція «природного» і «позитивного» й надалі репрезентувати право як цивілізаційний каркас людства? Вирішення цього питання привертає увагу вчених й на початку нового тисячоліття.

Наразі оформилися дві стратегії. Згідно з першою жодні епістемологічні трансформації і революції неспроможні усунути опозицію «природного» і «позитивного» як фундаменту цивілізації, а отже й не сягають його, а лише

здійснюють маніпуляції на рівні надбудованих явищ. В українському правознавстві таку позицію найбільш аргументовано і послідовно відстоює П.М. Рабінович, який говорить про «неусуваність паралельного функціонування (як у часі, так і в просторі) двох фундаментальних, можна сказати, класичних різновидів право розуміння – легістсько-позитивістського (етапистського) та природного (соціально-природного, загальносоціального)» [3, с. 65].

Друга стратегія відмовляється від протиставлення природного і позитивного в праві, проголошуючи їх нерозривну єдність. Послідовним прихильником такого інтегративного підходу в праворозумінні є С.І. Максимов, на думку якого, «право не може бути зведено ні до моральної належності, ні до примусовості. Воно є єдністю відображених зазначеними концепціями сторін, які, дотримуючись традиції, називають «природне право» і «позитивне право»» [4, с. 36]. На інтегративній платформі стоїть також О.В. Петришин, який природне і позитивне розглядає двома змістовними компонентами права, іменуючи їх, відповідно, правами людини та правилами поведінки (нормами права) [5, с. 11]. З указанного можна зробити висновок, що інтегративне праворозуміння, для якого «тільки між крайніми позиціями з приводу того, що є право, може перебувати це складне суспільне явище» [6, с. 10], здобуває дедалі більше прихильників у філософії права, поступово перетворюючись на домінуючу парадигму.

На відміну від філософії права, в такій перспективній науковій дисципліні, якою виступає порівняльне правознавство, інтегративне праворозуміння й досі не концептуалізоване, що цілком може визнаватися недоліком її сучасних теорій і філософії. Натомість представлена позиція протиставлення природного і позитивного в праві. Так, один з найвідоміших на пострадянському просторі правознавців В.С. Нерсесянц прямо вказував на універсальністський статус правового позитивізму і природного права відносно проблематики порівняльного правознавства. За його словами, «будь-яка порівняльно-правова робота, який би метод вона не використовувала, належить до одного з типів право розуміння – легістського (юридичного позитивізму) чи юридичного (куди належать, зокрема, природно-правові трактування права)» [7, с. 32].

З огляду на це концептуалізація інтегративного підходу в порівняльному правознавстві є нагальним і перспективним науковим завданням.

Метою статті є характеристика правових запозичень як порівняльно-правового дискурсу інтегративного праворозуміння.

Виклад основного матеріалу. Найбільш поширений спосіб тлумачення природного права передбачає його ствердження як такого, що вкорінене в природі людської особистості, в її духові, субстанцією якої є свобода. Саме це торує шлях ствердженню права в якості «елементу людського буття в його цілісності й граничності, атрибуту людського духу, вказує на підставу більш глибокого розуміння предмета, ніж в позитивно-аналітичній юриспруденції» [2, с. 101]. Однак для порівняльного правознавства більш важливими є акценти на епістемологічні, а не морально-етичні підґрунтя ідеї природного в праві. В світлі цього заслуговує на увагу міркування англійського філософа права Н. Сіммондза, що «наші форми правової аргументації допускають, що рішення та постанови можуть створити право лише за умови, що вони наділені правотворчим ефектом самим правом. Якщо ми також припустимо, що всі закони створюються діями людей, ми начебто зіткнемося з нескінченим регресом. Ми можемо відчутти, що повинні погодитися з Кантом у тому, що навіть система виключно встановлених законів повинна містити принаймні одне природне право (тобто право не створюється діями людей), що надає повноваження найвищому законодавцеві» [8, с. 17].

Таким чином, необхідність серйозного відношення до ідеї природного права впливає з відомої проблеми «герменевтичного кола» – для того, щоб ми могли раціонально міркувати про право, воно само певною мірою має випереджати наші міркування, міститися у передрозумінні. В порівняльному правознавстві поширеною стратегією вирішення проблеми герменевтичного кола є культуралізм, який повною мірою втілює основні постулати некласичних інтерпретацій природного права другої половини ХХ століття.

Природно-правова парадигма осмислення порівняльно-правової проблематики втілюється у визнанні основним постулатом тези, що «норма не наділена жодним емпіричним існуванням, яке б можна було змістовно відокремити від світу значень, що характеризують правову культуру; частина є виразом і синтезом цілого: вона резонує» [9, с. 116].

Порівняльно-правова методологія актуалізує природне право за допомогою двох тез: контекстуалізму і онтологічної відносності. Теза контекстуалізму полягає у ствердженні, що «немає правових явищ (законів, індивідуальних актів, правовідносин), які водночас не були б психічними (як писав свого часу Л. Петражицький), економічними, політичними, у широкому сенсі – соціокультурними

феноменами» [10, с. 185]. Тезою онтологічної відносності виступає твердження, що «смісл мовного виразу неможливо розглядати поза визначеною аналітичною гіпотезою, як і істинність положень наукової теорії поза самою теорією, поза визначеною концептуальною системою» [11, с. 292].

Своє джерело природно-правові концептуалізації порівняльного правознавства вбачають у творчості Ш.Л. Монтеск'є, у працях якого «відображено усвідомлення об'єктивного характеру матерії, яка існує поза і незалежно від свідомості та має внутрішні закономірності, які людина може досягнути завдяки відчуттям та розуму» [12, с. 70]. Американський вчений У. Евальд з ім'ям Ш.-Л. Монтеск'є пов'язує також появу контекстуалістської спрямованості правових досліджень, тобто парадигми ствердження того, що «право змінюється у відповідь на зовнішні чинники, воно відображає владні відносини у суспільстві, функціонування ринку, ідеологію приватновласницького індивідуалізму, спонуки суддівської підсвідомості, особливості національного духу, власні інтереси пануючого класу, політичну ідеологію епохи» [13, с. 60–61].

Таким чином, на відміну від класичного природного права, згідно з постулатами якого завдяки глибинній єдності людської природи, необхідним проявом якої і є право, універсальні правові принципи колись будуть управляти всім людством [14], основною тезою сучасної природно-правової методології у порівняльному правознавстві є така: «право як явище національної культури не можна повторити в іншій країні» [15, с. 14].

У філософії права позитивістське праворозуміння зазвичай характеризується через такі атрибути: загальна обов'язковість та нормативність, формальна визначеність як підстава визначення меж свободи, державна гарантованість як основа підтримання законності та правового порядку [2, с. 101].

При цьому, як і у випадку з природним правом, позитивістське бачення права наповнюється в порівняльному правознавстві додатковими конотаціями. Порівняльно-правовим виміром позитивізму є ідея переміщення норм, не зважаючи на контексти національних правових систем, оскільки «чинність права визначається винятково юридичними нормами і не потребує додаткової легітимації шляхом посилань на метаюридичні цінності етичного, релігійного чи іншого характеру» [16, с. 13]. Відомий франко-канадський компаративіст П. Легран щодо порівняльно-правового позитивізму зазначає: «Оскільки норми не є пов'язаними з суспільством в жодному змістовному розумінні, відмінності у

історичних факторах і традиціях мислення не перешкоджають і не наділяють їх здатністю до переміщення. Дана конкретна норма потенційно всюди рівною мірою є вдома» [9, с. 113].

За такої інтерпретації порівняльно-правового позитивізму його квінтесенцією виявляється відомий підхід «правових трансплантантів», запропонований шотландським вченим А. Ватсоном. Працюючи над визначенням того, якою мірою може бути пояснене право в поняттях неправових факторів, вчений дійшов висновку, що лише відхід від дослідницької схеми «своє право – суспільство – іноземне право» дозволить створити універсальну (наднаціональну і ненаціональну) конструкцію пояснення правового розвитку і правових змін. Такою конструкцією, на його думку, може бути лише схема «своє право – іноземне право», тобто така конструкція, яка не апелює до суспільства. Відповідно, виокремлення ексклюзивного відношення права і суспільства перестає розглядатися як значуще для розуміння правового розвитку, а отже, і для порівняльного правознавства [17, с. 21].

Вказане дозволяє стверджувати, що з точки зору порівняльно-правового позитивізму справою правового порівняння є винятково вивчення взаємовідносин між однією правовою системою і її нормами з іншими. Зміни у праві є незалежними від дії будь-якої, соціальної, історичної, чи культурної основи – вони є функцією норм, імпортованих з іншої правової системи.

Як вже було зазначено вище, сьогодні ані природне, ані позитивне право не є адекватними методологічними інструментами, в тому числі і в сфері порівняльного правознавства. Їх співвідношення можна розглядати за правилами діалектичної тріади, й основним завданням є синтез (інтегрування) протилежностей природного і позитивного. Оскільки ж правовий позитивізм міцно пов'язаний з тезою транскордонної трансплантації правових норм, а природно-правова методологія – з тезою неможливості таких правових запозичень, інтегративне праворозуміння у порівняльному правознавстві можливе лише як результат переосмислення сутності правових запозичень.

Основним акцентом в такому переосмисленні є усвідомлення неможливості використання парадигми юридичного позитивізму для представлення сутності концепту правових запозичень. Дійсний зміст правових запозичень не просто виявляється ширшим за концепцію юридичного позитивізму, але й суперечить останньому. Правові запозичення, якщо їх розуміти у світлі інтегративного праворозуміння, кидають виклик твердженню, що винятково влада суверена визначає пра-

вові зміни. У межах дослідження правових запозичень релевантним є питання, яке підживляє засадниче припущення правового позитивізму – якою мірою державна влада дійсно визначає зміст права?

Розрив з традицією юридичного позитивізму відбувається шляхом інкорпорації до концептуальної структури правових запозичень твердження, що влада обмежена в своєму контролі над тим, чим є право. За словами італійського компаративіста М. Гражде, «якщо позитивізм вимагає того, щоб змістом права було лише те, що йому приписує суверенна влада, тоді трансплантанти доводять протилежне» [18, с. 473]. Сучасний дискурс правових запозичень може протистояти юридичному позитивізму шляхом переструктурування предмету правознавства, необхідність якого полягає у визнанні того, що традиційний предмет позитивізму – норми, правовідносини, акти застосування права, механізм правового регулювання тощо – не відображає всієї складності і глибини процесу генезису і дії права.

Власним, відмінним від позитивістського, предметом дослідження правових запозичень може виступати значення правових трансферів для зміни права. Ми погоджуємось з міркуваннями італійського вченого, що таке значення полягає в тому, що правові запозичення виступають «основним моментом розриву між трансплантуванням формальних правових джерел і трансляцією мовчазних, не висловлюваних припущень про право» [18, с. 465]. З огляду на це правові запозичення стають вивченням здатності місцевих дискурсів впливати на семантику правових текстів, яка є основою їх самоідентифікації, вирізнення себе з-поміж інших.

Разом з тим, виводячи себе за межі юридичного позитивізму, дискурс правових запозичень не асоціює себе з природно-правовою концепцією порівняльного правознавства. Ідея належного розглядатися такою, що вимагає дискурсу, на противагу світу природного права, «який тожодний самому собі, і в якому людина не залучена до постійного обміну думками» [19, с. 174]. Це означає, що дискурс правових запозичень не розчиняє себе у традиції правового культуралізму, а здійснює самоідентифікацію в якості інструменту трансформації і осучаснення ідеї правової взаємодії і взаємозалежності національних правових систем.

Інтегративність сучасного порівняльно-правового дискурсу правових запозичень виявляється у його здатності поєднати в одному концептуальному просторі й позитивістську тезу правової трансплантації, й природно-правову тезу неможливості правових

запозичень. Методологією інтегрування природного і позитивного в порівняльному правознавстві виступає системний підхід.

У світлі цього викликає особливий інтерес підхід дихотомії права як відкритої / закритої системи української вченої О.М. Балинської. Природно-правовій тезі неможливості правових запозичень відповідає розуміння права як відкритої (дисипативної) системи, яка «постійно перебуває у стані взаємодії (взаємообміну) з оточенням: бере звідти інформацію про прийнятну й заборонену поведінку і на основі цього творить норми, що встановлюють зміст правомірності та протиправності» [20, с. 422]. Натомість позитивістська теза правових трансплантантів артикулює право як консервативну систему, для якої пріоритетним є закон збереження енергії. Можливість трансферу нормативного смислу крізь кордони національних правових систем неминуче передбачає ствердження того, що «правова термінологія, за законом збереження енергії, є тим вербальним відповідником, що ввібрав у себе зміст того явища, дії, події чи факту, який розуміють за називанням цього терміна» [20, с. 423].

Оскільки, за словами О.М. Балинської, «право є одночасно відкритою системою, бо базується на реальних діях і подіях та адресує свої вимоги назовні, а також закритою системою, бо має свою внутрішню структуру і чітку регламентацію, вихід за межі яких означає вже сферу “не права”» [20, с. 423], такий неминучий дуалізм, на наш погляд, підтверджує інтегративну тезу, що позитивістське і природно-правове є двома сторонами однієї сутності, а не опозиційними концептуалізаціями феномену правових запозичень.

Інтегративність дискурсу правових запозичень означає також його здатність виходити за межі метафізичного простору опозиції природного і позитивного у сферу невизначеності права. Акцент робиться на тому, що значення права не є повністю і вичерпно визначеним, і кожен інтерпретатор може впливати на те, як його розуміти. Значення права, так само як і будь-якого іншого культурного елементу, може бути предметом маніпуляції, перебудови, трансформацій і викривлень.

При цьому дискурс правових запозичень обґрунтовує неможливість трансляції нормативності (правового значення) з однієї правової системи до іншої не сталою відмінністю позаправових контекстів цих систем, а здатністю на основі текстуального матеріалу, що запозичується, трансформувати смисл вітчизняного права у спосіб, відмінний від тих правових змін, який цей текстуальний матеріал ініціював у іншій правовій системі. Основною тезою, з якою має асоціюватися

інтегративний підхід правових запозичень, є теза правової фрагментації.

Висновки

Сучасність правового мислення означає його здатність серйозного, відповідального і відповідного вимогам контексту епохи ставлення до права як сфери власних зусиль і особливого мислення. Запорукою цього виступає усвідомлення того, що правові запозичення не лише не суперечать вимозі заохочувати лише самостійний розвиток права, але й виступають інструментальним забезпеченням такого самостійного розвитку. Концептуалізацією такого усвідомлення виступає дискурс правових запозичень, який інтегрує природно-правові і позитивістські концепції порівняльного правознавства.

Традиційна для правознавства дихотомія природно-правового і позитивного вичерпала свій ресурс методологічного смислотворення. Перспективним методологічним інструментом виступає інтегративний дискурс правових запозичень, який за допомогою тези фрагментації стверджує право як засіб зміни суспільства. Право створює спільноти і суспільства тією ж мірою, якою і само створюється ними. Матерія правових інститутів і традицій також створюється, а не віднаходиться. Завдячуючи цьому, дослідження правових запозичень може долати уніфіковане бачення правових культур і правопорядків, яке виступає безумовним імперативом природно-правової концепції порівняльного правознавства, замінюючи його аналітичною, динамічною і реалістичною картиною національного права, яка також включає його взаємозв'язки з іншими правопорядками. Дискурс правових запозичень, за умови інтегрування ним природного і позитивного, може виступати досвідом розуміння власного права через розкриття його творчого і неповторного потенціалу смислотворення.

Список використаних джерел:

1. Максимов С.І. Праворозуміння. *Велика українська юридична енциклопедія*: у 20 т. / редкол.: О.В. Петришин (голова) та ін. Т. 3 : Загальна теорія права. Харків : Право, 2016. С. 587–593.
2. Романюк Є.О. Праворозуміння як спосіб осмислення правової реальності. *Молодий вчений*. 2014. № 9. С. 99–102.

3. Рабінович П. Праворозуміння «природне» та «легістське»: неминучість співіснування. *Право України*. 2009. № 3. С. 65–70.

4. Максимов С.І. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков : Право, 2002. 328 с.

5. Петришин О. Праворозуміння у вітчизняній юриспруденції: на шляху до інтегративного підходу. *Публічне право*. 2017. № 3. С. 9–17.

6. Слюсаренко О.Л. Праворозуміння в епоху постмодерну. *Юридична наука*. 2011. № 2. С. 7–11.

7. Нерсесянц В.С. Философия права : учебник. Москва : НОРМА, 1997. 662 с.

8. Симмондз Н. Рефлексивність та ідея права. *Філософія права і загальна теорія права*. 2012. № 1. С. 13–26.

9. Legrand P. The impossibility of legal transplants. *Maastricht journal of European and Comparative law*. 1995. Vol. 4. P. 111–124.

10. Честнов І. Універсальність права в контексті культурного релятивізму. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 183–190.

11. Честнов И.Л. Постклассическая теория права. Монография. Санкт-Петербург : «Алеф-Пресс», 2012. 650 с.

12. Кресін О.В. Порівняльне правознавство у ХІХ–ХХ століттях: проблеми становлення : монографія. Київ : Логос, 2011. 294 с.

13. Евальд У. Порівняльне правознавство: логіка правових трансплантантів. *Порівняльне правознавство*. 2013. № 1–2. С. 60–76.

14. Del Vecchio G. Science of universal Comparative law. *Primitive and ancient legal institution* / ed. by A. Kocourek, J. Wigmore. Boston: Little, Brown, 1915. P. 61–70.

15. Слыщенко В.А. Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву. *Ежегодник сравнительного права*. Москва : Статут, 2011. С. 12–26.

16. Дудченко В.В. Концепт позитивізму в юриспруденції: генезис та обґрунтування. *Актуальні проблеми держави і права*. 2005. Вип. 25. С. 6–14.

17. Watson A. Legal transplants. An approach to comparative law. 2 ed. Athens, 1993. 121 p.

18. Graziadei M. Comparative law as the study of transplants and receptions. *The Oxford handbook of comparative law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 441–475.

19. Сатохіна Н. Правова герменевтика між універсалізмом і контекстуалізмом. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 169–179.

20. Балинська О.М. Право як відкрита і закрита система: філософсько-правовий аналіз. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2011. № 2. С. 417–427.

The opposition of the natural and positivist types of legal thinking is the traditional for the Philosophy of law. However, in the second half of the twentieth century, such opposition was questioned. For the discourse of Legal philosophy of the early twenty-first century, attempts are being made to conceptualize integrative legal thinking. In contrast, in Comparative law, there are no accentuated attempts at such conceptualization, which is a significant disadvantage of its theory and philosophy. Comparative law implemented of legal positivism in its most concentrated form in the approach of "legal transplants" – the idea that legal genesis

and development occurs through the movement of legal rules between national legal systems. Natural law in Comparative law is represented by the postulates of culturalism – the paradigm of denying the possibility of legal borrowing. Integrative legal thinking in Comparative jurisprudence involves rethinking the idea of legal borrowing. The content of the integration of positive and natural advocates, on the one hand, the refusal to understand legal transmissions as instruments of universalization of law, and, on the other hand, the negation of the paradigm of the vision of law as a reflection of society. Integrative discourse of legal borrowing with the help of fragmentation thesis confirms the law as a means of changing society. Law creates communities and societies to the same extent as they themselves create. A study of legal borrowing can overcome the unified vision of legal cultures and the rule of law, replacing it with an analytical, dynamic, and realistic picture of national law, which also includes its interrelations with other law. The discourse of legal borrowing, provided that it integrates natural and positive, can serve as an experience in understanding its own law through the disclosure of its creative and unique potential for creation of meaning.

Key words: Comparative jurisprudence, discourse of legal borrowings, integrative legal thinking, opposition of natural and positive in the law, fragmentation of law.