

УДК 340.5

**О. В. ТКАЧЕНКО**  
**А. О. САПАРОВА**

## **ОНТОЛОГІЧНЕ ПИТАННЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства**

*За допомогою протиставлення контекстуалізації і автономізації права, розкривається основний зміст предметного поля порівняльного правознавства. Обґрунтовується недостатність виключно методологічного сприйняття природи правового порівняння. Пропонується інтерпретація «онтологічного питання» природи права в якості правових відмінностей. Останні стверджуються основною проблемою сучасного порівняльного правознавства.*

**Ключові слова:** порівняльне правознавство, контекстуальність vs. автономність права, право-як-посередник, право-як-відмінність, онтологія правового порівняння, скасовуваність права.

### **Tkachenko Oleksandr, Saparova Anastasiia. Ontological issue of comparative law**

*In the article, the main content of the subject field of comparative law is revealed by means of contrasting of the law contextualization and law autonomy. The failure of exclusively methodological perception of the nature of legal comparison is substantiated. The interpretation of the nature of law «ontological question» as a legal differences is proposed. The ones argue as the main problem of modern comparative law.*

**Key words:** comparative law, contextuality of law vs. autonomy of law, law-as-intermediary, law-as-difference, legal comparison ontology, law cancellability.

---

© **ТКАЧЕНКО** Олександр Валерійович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теоретичних та приватно-правових дисциплін Київського міжнародного університету

© **САПАРОВА** Анастасія Олександрівна – кандидат юридичних наук, завідувач кафедри теоретичних та приватно-правових дисциплін Київського міжнародного університету

Початок нового тисячоліття ознаменувався таким ступенем інтелектуального напруження, інтенціональність якого сягає найглибінніших питань упорядкування і розкриття буттєвості людського існування, що його повною мірою можна назвати періодом філософсько-методологічного самовизначення правознавства. Транзит від референції до конституації в сфері правової філософії легітимується остаточним усвідомленням того, що облаштування власної дисциплінарної території можливе лише за рахунок експлікації і концептуалізації інтелектуальності *sui generis* (тобто властивої лише праву як особливому світу), а не шляхом імпорту вже готових методологічних схем ззовні.

При цьому вказане філософсько-методологічне самовизначення, а по суті – самотворення правознавства здійснюється шляхом рефлексії адекватності відомої дуальності природного і позитивного права горизонту викликів, які пропонує сучасність. Іншими словами, основним питанням виступає таке – чи дійсно революційні і трансформаційні процеси європейської раціональності не в змозі поставити під сумнів методологічну адекватність правового позитивізму та природного права окремо, і їх разом у вимірі опозиційності один одному? І, відповідно, чи дійсно міркування, побудовані на концептуалізаціях доктрин позитивного і природного права залишаються методологічно і епістемологічно несумірними?

Один із авторів цієї статті у своєму дисертаційному дослідженні обґрунтовувала фундаментальну помилковість припущення про адекватність і застосовність будь-якого існуючого і розробленого методологічного інструментарію<sup>1</sup>. Припускаємо, що нагальним стає конституювання нової методології, з огляду на «неметодологічність», неінструментальність існуючих схем мислення у сучасних умовах.

Дане дослідження присвячене: по-перше, екстраполяції на сферу онтології права тези про неможливість представ-

лення позитивного і природного права як бінарної опозиції сучасності, по-друге, розгляд цієї тези як передумови філософсько-правової дискурсивізації в порівняльному правознавстві.

З одного боку, обсяг, складність та дискусійність проблематики онтології правового порівняння, та, з другого боку, вимогливий формат даного дослідження, неминуче обумовили редукцію онтологічного питання порівняльного правознавства. Такою редукцією є представлення цього питання в якості системи координат, утвореної двома тезами відомого угорського вченого Чаби Варги, в працях якого чи не найбільше переплітаються питання філософії права і порівняльного правознавства. При цьому окремо застережемо — ці тези ми беремо ізольовано від системи поглядів вченого, й для нашого дослідження сприймаємо інструментально — як максими, що в умовах стислого обсягу роблять керованим виклад заявленої нами теми й дозволяють мінімізувати неминучу елімінацію її комплексності й багатовимірності.

Першою тезою — «межовим знаком» є твердження Ч. Варги, що «право як мова є не більше за опосередковуваний елемент посередницької діяльності, тобто виключно тим, що існує лише остільки, оскільки воно вказує на дещо інше, являє ще дещо, іншими словами, за відсутності кращого заміщує дещо оригінальне й таким чином слугує його символом»<sup>2</sup>. Другою тезою є таке міркування: «що стосується соціального способу існування людей, то є очевидним, що окремі люди, чи цілі групи людей, можуть піддавати трансформації те, що запозичується. І це цілком природно. Врешті, ми не живемо задля того, аби відтворювати повну «чисту» ідентичність як автомати самовідтворення, однак живемо у спосіб постійної відповіді на виклики пануючого (у нашому випадку — нового) середовища, взятого у вузькому чи широкому розумінні. Така наша здатність до відповідей буде зростати завдяки різноманіттю і внутрішній дифе-

ренціяції як порівняно з попереднім станом речей, так і з нашими очікуваннями»<sup>3</sup>.

Акцентуючи на їх онтологічних конотаціях, при подальшому викладі першу тезу ми позначимо формулою «право-як-посередник», а другу, для посилення ефекту якісної відмінності модусів відтворення і відповіді в структурі екзистенції, формулою «право-як-відмінність».

Співвідношення формул «право-як-посередник» і «право-як-відмінність» з дихотомією «природне право – позитивне право», й значення такого співвідношення для коректної постановки онтологічного питання порівняльного правознавства обумовили структуру подальшого викладу в межах даної статті. Спочатку ми розглянемо формулу «право-як-посередник» в якості тези контекстуалізму (I); потім ми ствердимо цю формулу як тезу автономної природи права (II); після цього ми обґрунтуємо онтологічну сумірність контекстуалізації і автономізації права (III) в аспектах того, що контекстуалізм не виключає універсалізацію (III.1), наявний дискурс автономної природи права передбачає універсалізацію права (III.2), нарешті, концептуалізація права в якості посередника принципово сумісна з ідеєю скасовуваності права (III.3); обґрунтуємо відмінність в якості онтологічної сфери права (IV); зробимо **висновок**, в якому ствердимо порівняльне правознавство як дискурс правової онтології.

### *I. Право-як-посередник: теза контекстуалізму*

Контекстуальна оптика бачення права експліцитно заперечує його самоцінність, первинність для нього власної логіки дискурсу – «єдина власна цінність права визначається цінністю інструментів, які гарантують його спроможність – за відсутності якого-небудь самостійного цільовизначення – надійно й ефективно грати роль посередника у справі реалізації цінностей, встановлених для нього ззовні»<sup>4</sup>.

Отже, право підпорядковується іншій системі цінностей, пояснюється причинами зовнішнього відносно нього характеру. Стверджується, що право не має власного оригінального змісту, а є лише відображенням деякого не-(поза) правового феномену: «право не є царством зсередини, набором норм і понять, провінцією одних юристів, а виступає дзеркалом суспільства. В ньому немає нічого історично випадкового, нічого власного»<sup>5</sup>. Відсутність власного змісту автоматично означає відсутність власного існування, власного буття. Отже, не є легітимним розгляд права у онтологічній площині, не існує онтології права. Це твердження послідовно відстоює І. Честнов: «виокремити юридичний момент, наприклад, у договорі купівлі-продажу, перевезення або у голосуванні на виборчій дільниці, у поданні скарги і т.д. можна тільки аналітично. Таким чином, немає правових явищ (законів, індивідуальних актів, правовідносин), які водночас не були б психічними, економічними, політичними і т.д. — у широкому сенсі — соціокультурними феноменами»<sup>6</sup>.

Відсутність власної онтології означає, що формула «право-як-посередник» набуває виключно методологічного звучання. Право актуалізується виключно у модусі «між» чимось, що не є правом. Отже, і правового порівняння не існує, оскільки порівнюється не право, а те, що воно опосередковує. Тому формула «право-як-відмінність» є логічно помилковою, адже в самому праві немає нічого, що б виступало джерелом відмінностей. Таке джерело знаходиться поза ним. Для Ч. Варги це виступає аргументом сприймати контекстуалізм як концептуалізацію природного права: «право [ius] ніколи не буде й не може бути зведене до lex [закону], оскільки право завжди вказує на явище, більше за нього самого»<sup>7</sup>.

## *II. Право-як-посередник: теза автономної природи права*

Дискурс автономної природи права ґрунтується на діаметрально протилежному постулаті — виокремлення ексклюзивного відношення права і якогось позаправового феномена не є значущим для розуміння права. Автономізація права майже завжди асоціюється з правовим позитивізмом, оскільки під незалежністю права вбачають «розподільчу тезу» — інваріант позитивістського канону, згідно з якою «не існує необхідного (тобто понятійного чи логічного) зв'язку між правом і мораллю. З цього випливає, що зміст правопорядку може бути досліджений і встановлений безвідносно до моральних і політичних цінностей»<sup>8</sup>.

Однак змістовна протилежність контекстуалізму і автономізації не виключає тотожності їх концептуалізацій. Формула «право-як-посередник» не меншою мірою може використовуватись для обґрунтування дискурсу автономної природи права. Позитивістські конотації тут не будуть перешкодою. Оскільки в порівняльному правознавстві незалежність права від зовнішнього контексту передусім ілюструється практикою правових запозичень — достатньо згадати один з найвідоміших концептів «правових трансплантатів», — посередницька місія права також стає цілком очевидною. Для А. Ватсона, автора згаданого концепту, фундаментальним є припущення про відображення в правових запозиченнях універсальних властивостей права. Він запитує: «Якщо право в одній державі значною мірою є результатом запозичень з іншої країни, то про який характерний зв'язок між людьми і їхньою землею з одного боку, і з їхнім правом, з іншого, можна вести мову?»<sup>9</sup>

У цьому і полягає логіка посередництва права — долати національну обмеженість і пов'язувати людей, незважаючи на різні контексти їх існування. «Право-як-посередник» цілковито може тлумачитися як свідчення того, що «правові

норми не є особливо розробленими саме для цього окремого суспільства, в якому вони зараз діють»<sup>10</sup>.

### *III. Онтологічна сумірність контекстуалізації і автономізації права*

Таким чином, формула «право-як-посередник» однаковою мірою застосовна як до контекстуалізму, так і до автономізації, будучи неспроможною методологічно специфікувати їх відносно один одного. Більше того, ця формула покриває собою дуалізм природного і позитивного права. Це підтверджує поширену в сучасній методологічній літературі позицію про їх принципову ідентичність. Однак, на нашу думку, методологічною тотожністю справа не обмежується. Контекстуалізм і автономізація не розрізняються також щодо формули «право-як-відмінність». Іншими словами, йдеться про їх принципову онтологічну сумірність.

#### *III.1. Контекстуалізм не виключає універсалізацію*

Контекстуалізм, якщо для нього парадигмальними є обидві формули: і «право-як-посередник», і «право-як-відмінність» є концепцією того, що джерелом відмінностей у праві виступає зовнішнє середовище його існування, й взаємозв'язок з іншими явищами. Однак контекстуалізм не може обґрунтувати необхідний логічний зв'язок між ідеями посередництва і відмінності.

Навпаки, більш імовірною і послідовною є стратегія заперечення відмінностей через посилання на значення контексту. Особливо якщо зважати на згадане вище віднесення контекстуалізму до природно-правової традиції. Адже ідея природного права повністю узгоджується з постулюванням універсальності правових смислів, що виступають дійсною причиною, існують об'єктивно, й для яких національне право є лише формою зовнішнього вияву. Квінтесенцією і апогеєм формули «право-як-посередник»

насправді є не розчинення права у своєрідності місцевої культури, побуту і звичаїв, а ствердження його дотичності математиці, «залежності права не від досвіду, а від визначень, не від фактів, а від строго логічних доказів»<sup>11</sup>.

Складно знайти більш послідовну доктрину контекстуалізму в порівняльному правознавстві, аніж функціоналізм, який змістовне наповнення своєї відомої презумпції ідентичності якраз і виводив з економічного детермінізму – впливу економіки (контексту) на право. Ніхто ж не забороняє розглядати в якості контексту не лише мову і культуру, тим більше, що економіка значно більшою мірою демонструє міць контексту!

Таким чином, побудова контекстуалізму на фундаменті формально-логічного закону тотожності слугує підвищенню наукової респектабельності. Домінуючою є позиція, що саме інтернаціоналізація економіки, розвиток міжнародних відносин, торговельних зв'язків, збільшення експорту капіталу і експансії колоніалізму справили вирішальний вплив на становлення порівняльного правознавства. Якщо під контекстом розуміти метаюрідичний критерій, який вказує на неопозитивні, не створені людиною феномени дійсності, що фіксуються математичною мовою понять, зміст яких залишається інваріантним, тоді справжнім тріумфом контекстуалізму є універсалістські постулати функціоналізму про те, що «всі суспільства сприймають життя як сукупність більш чи менш тотожних соціальних проблем»<sup>12</sup>, і якщо навіть правові системи функціонують індивідуально і незалежно одна від одної, «всі вони призначені для дачі відповідей і рішень на ті ж самі проблеми і ті ж самі конфлікти між людьми»<sup>13</sup>.

Вказане дає підстави поставити під сумнів послідовність міркувань Ч. Варги і, відповідно, узгодженість формул посередництва і відмінності. Якщо право потрапляє під владу контексту, яким би він не був, й стає просто посередником



між ним і людиною, остання втрачає здатність до екзистування — замість творчих і унікальних відповідей (відмінностей) вона стає приреченою на відтворення ідентичності (тотожності).

### *III.2 Наявний дискурс автономної природи права передбачає його універсалізацію*

Дисоціація формул «право-як-представник» і «право-як-відмінність» для наявного у порівняльному правознавстві дискурсу автономної природи права є навіть більш виразною. Ще на Першому міжнародному конгресі порівняльного правознавства позитивізм був проголошений інструментом пошуку «універсальної мови права, яка б об'єднала все людство»<sup>14</sup>. Саме в позитивістському характері концепції «правових трансплантантів» вбачає її універсалізуючий потенціал також П. Легран: «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 вдома»<sup>15</sup>.

Автономність права в порівняльному правознавстві виявляється лише в зміні, порівняно з контекстуалізмом, локалізації універсального. Іншими словами, заперечується не універсальне, а лише його метаюридична (економічна, соціологічна чи культурна) природа. Універсальні смисли розуміються не як зовнішні, а як внутрішні відносно самого правознавства. Сама ж універсальність виступає наслідком «руху норми права з однієї країни до іншої»<sup>16</sup>, «перенесення правових норм і інститутів з одного середовища в інше»<sup>17</sup>. Універсалізація виявляється питанням встановлення і балансування взаємозалежності між правовими системами, їх постійної взаємодії, яка утворює спільний для них (і гіпотетично універсальний) семантичний простір. Ідея універ-

салізації права як переміщення норм незважаючи на контексти національних правових систем, є ідейно близькою позитивістській тезі, що «дійсність і дієвість або чинність права визначається виключно юридичними нормами і не потребує додаткової легітимації шляхом посилення на метаюридичні цінності етичного, релігійного чи іншого характеру»<sup>18</sup>.

### *III.3 Концептуалізація права в якості посередника є ідеєю скасовуваності права*

Наведений вище аналіз дає змогу припустити, що формули «право-як-посередник» і «право-як-відмінність» є несумірними. Всі наявні у порівняльному правознавстві змістовні варіації (контекстуальність *vs.* автономізація; природне право *vs.* позитивне право) знімаються в інструменталізмі формули «право-як-посередник». При цьому формула «право-як-відмінність» значною мірою залишається декларцією, позбавленою концептуального забезпечення.

Настав час запитати, що саме криється в змісті формули «право-як-посередник», якщо вона робить непотрібними всі наявні методологічні й онтологічні диференціації, позбавляючи їх діалектики зіткнення і прирощення смислів? Яка метафізична ідея застиглою тінню нависла над успадкованим традицією розумінням права?

Оскільки формула «право-як-посередник» неминуче призводить до ідеї універсальності права, здійснимо акцентуацію на самому словосполученні *універсальність права*. Чи це означає, що право є цінним лише якщо воно сприяє універсалізації? А якщо між правом і універсальним виникне конфлікт, чи, більш ймовірно, ми більше не потребуватимемо права як інструменту творення універсальної семантики, чому ми віддамо перевагу – праву чи універсальному порядку?

Порівняльне правознавство протягом всього ХХ століття обґрунтовувало свої претензії на науковість тим, що воно

здатне зробити право ефективним посередником у справі творення універсального – «формування глобальної юриспруденції і створення глобального судового співтовариства, універсалізації прав людини»<sup>19</sup>. Ідея правової трансплантації – яка, нагадаємо, на перший погляд, стверджує автономність, самоцінність права – саме тому і здобула популярність, що ототожнює процес поширення (трансплантації) права з процесом правових змін в еру глобалізації. Начебто саме концепція «правових трансплантантів» «характеризується як здатністю проникнення в сутність правової теорії, так і адаптації цієї теорії до вимог сьогоденішнього світу, який дедалі більше стає глобалізованим»<sup>20</sup>.

Порівняльне правознавство визначає себе як таке, що «намагається зрозуміти глобалізацію і її вплив на право і розвинути стратегію поводження з нею»<sup>21</sup>. А якщо ми прив'язуємо долю права до глобалізації, то будь-які відтінки смислів, що відмежовують контекстуалізм і автономізацію, втрачають смисл. Значимим стає лише наступне: «Наш час підтримується свого роду узагальненим атомізмом, оскільки жодна символічна санкція на зв'язок нездатна чинити супротив абстрактній могутності капіталу»<sup>22</sup>.

Смисл цього висловлювання А. Бадью полягає в тому, що право (як одна із символічних систем) може існувати лише допоки задовольняє потребам економіки. Якщо капітал більше не потребуватиме права, останнє підлягатиме скасуванню, оскільки воно є лише інструментом – посередником. Ідея можливості скасування права лише на перший погляд видається фантазмагоричною – насправді вона завжди була іманентною серцевиною як природного, так і позитивного права, виступаючи неминучим атрибутом ствердження права як посередництва, його онтологічної неповноцінності. Для природного права все очевидно – право є відображенням контексту і займає підпорядковане

місце в ієрархії цінностей. Тому воно залежить від цієї ієрархії — якщо революційним чином зміниться зовнішнє буття людини, то і право позбудеться фундаменту і легітимної основи свого існування. Тому з абсолютною серйозністю слід ставитися до категоричного твердження Ч. Варги: «Право не несе жодного власного послання»<sup>23</sup>. Але і парадигма позитивного права розглядає право як принципово скасоване — логіка постійного повернення до норми і звільнення права від необхідності жодних виправдань з огляду на зміст контексту ґрунтується лише на тому, що прив'язка права до контексту може завадити його скасуванню, позбавленню його буття й тим самим зруйнує основу позитивізму — постулат про те, що закон має смисл допоки він не скасований. Тому для позитивізму незалежність права — це не свідчення його цінності, а лише запорука можливості утилітарного поводження з ним.

Скасованість права була знята з порядку денного у другій половині минулого століття, передусім у зв'язку з розквітом герменевтичної (у широкому розумінні) парадигми, пронизаної розчаруванням в ідеї, що право є справою математичної дедукції з кодифікованих аксіом. Однак, як з'ясовується сьогодні, на початку нового тисячоліття, таке розчарування було лише вельми тимчасовим відхиленням від заданої ще Платоном траєкторії руху. Причаївшись, знов набирає силу світогляд, згідно з яким лише асоціація з математикою може дати праву науковий авторитет. Приголомшливий, вже мало керований та ще менш усвідомлений процес технологічного розвитку знов вивів на авансцену мрію про право, «яке б мало таке саме значення, як і дарвінівська таксономія світу природи»<sup>24</sup>.

При цьому наше сьогоднішнє демонструє якісно новий зміст епохи — місце безперспективних спроб надати праву технічних рис займає стратегія скасування права і заміни його технікою. Причому ця стратегія має всі шанси на успіх.

Провісником такого скасування права є децентралізовані криптографічні алгоритми, які отримали назву «блокчейн».

Правдивою й одночасно такою, що викликає відразу в більшості «користувачів» правової системи, іманентною рисою права є принципова єдність правотворчості й правозастосування. Найбільш повно ця риса виражена у формулі Г. Кельзена: норма функціонує як схема тлумачення. Це означає, що «нормативні тексти (закони і т. ін.) не мають наперед заданого, зафіксованого значення, яке належить судді логічно вивести із норми та застосувати до конкретної справи. Конструювання індивідуальних норм не є результатом знання про деякий об'єктивний зміст більш високих правових норм; воно також не є результатом логічних операцій»<sup>25</sup>. Іншими словами, «на кожному ступені правозастосування продовжується творче конструювання норм права, причому ті, хто застосовує право, залишаються вільними у рішеннях щодо конкретизації змісту норм»<sup>26</sup>.

Якщо раніше вказане «прокляття полісемії» обґрунтовувалося тим, що право оперує словами природної мови, не здатної цементувати значення, ір нині з'явилася альтернатива. Блокчейн виводить людство з «платонівської печери», пропонуючи технологічне вирішення проблеми полісемії. Таким вирішенням виступає хеш (hash) – унікальний код, який змінюється при зміні навіть одного символу в тексті, розраховується за складною математичною формулою і завжди буде однаковим для однієї і тієї ж інформації<sup>27</sup>. Отже, не може бути два різних хеши для абсолютно однакової інформації<sup>28</sup>.

Найбільш яскраво технологія усунення полісемії у відносинах між людьми втілюється у смарт-контракті, який являє собою «електронний протокол передачі інформації, що забезпечує виконання сторонами умов контракту»<sup>29</sup>. Будучи «криптографічно захищеним програмним кодом»<sup>30</sup>, смарт-контракти забезпечують «автоматичне виконання

умов договору з мінімальними витратами на їх супровід і без необхідності залучення третіх осіб для забезпечення довіри»<sup>31</sup>.

Останнє твердження дозволяє припустити, що ідея права, втілена в формулі «право-як-посередник» близька до свого вичерпання — якщо право є лише посередництвом, позбавленим власного буття, тоді воно стає непотрібним; якщо право є лише технологією посередництва, тоді найближче майбутнє вже готове продемонструвати технологічну нікчемність права, замінивши його більш ефективними технологіями посередництва, першою з яких і є смарт-контракт. При цьому неможливо погодитися з І. В. Давидовою, яка у своїй докторській дисертації стверджує, що «смарт-контракт може розглядатися з двох позицій: правової (у якості правочину) і технічної (у якості комп'ютерної програми)»<sup>32</sup>.

Ми наполягаємо на принциповій несумісності права і техніки, конфліктності засад, на яких вони побудовані. Така несумісність якраз і висвічує те, що право є значно більшим за методологію, воно окреслює окремий світ буття і сущого, існування якого добігає кінця перед очікуванням скорого тріумфу техніки над дискурсом.

До речі, висновок щодо несумісності правового і технічного опосередкування людського співжиття можна зробити і на підставі міркувань самої І. В. Давидової. Так, вчена цілком слушно зазначає, що самовиконання умов договору самою комп'ютерною програмою позбавляє значення саме поняття зобов'язання, оскільки у «смарт-контракті має значення прописана програма, а не поведінка боржника»<sup>33</sup>. Дійсний масштаб цієї сентенції заслуговує самостійного дослідження. Тому тут обмежимося лише тезою — зобов'язання не лише є одним з найвитонченіших й найзагадковіших творінь римського генію, воно виступає дійсним генератором гравітаційного поля права. Позбавлення його смислу запустить незворотній процес ентропії правової

матерії. Тому цілком послідовною і чесною є позиція, що для функціонування смарт-контрактів і подібних до них технологій не потрібне право, «оскільки вони можуть існувати і поза правом, як децентралізовані альтернативи цілісній правовій системі»<sup>34</sup>.

Саме через це для порівняльного правознавства набуває найважливішого значення пересторога, сформульована Д. Самуелем: «Небезпечним є припущення, що процес мислення в праві засновується на чіткому розмежуванні між правовими нормами і позаправовими феноменами»<sup>35</sup>. Ми розуміємо це застереження так: небезпечним є сприйняття права лише як методу («посередника»), оскільки обмеженість сферою методологічного в підсумку легітимує скасування права. Формула «право-як-посередник» – це формула знищення права. Підґрунтям права, що легітимує його існування, може бути лише власна правова онтологія.

#### *IV. Відмінність як онтологічна сфера права*

Чи може порівняльне правознавство запропонувати якусь альтернативу наведеному вище сценарію скасування права з причин його технологічної неефективності? Якщо така альтернатива і можлива, то вона повинна полягати в експансії самого права за вузькі межі методології (правової норми) у сферу фактичності світу – ствердження права не лише як регулюючої системи, але і як того, що врегульовується. Право – не лише відношення до світу, право саме створює окремих світ. Тому скасування права є значно більшим за відмову від чергової застарілої технології – це знищення цілого світу, того світу, який дозволяв людині бути екзистенцією. Вказане означає не що інше, як ствердження права в якості окремої онтології.

За словами А. Кауфмана, «ідея онтології закорінена в емпірично заснованій гіпотезі, що все, що засноване в бутті, некероване»<sup>36</sup>. Причетність онтології права передбачає

пошук «некерованого елемента» (*Unverfügares* – не наявний у розпорядженні), який міг бути одночасно конкретним і історичним<sup>37</sup>. На нашу думку, на такий некерований (онтологічний) елемент права вказує М. Гражде, коли він говорить про неминучий розрив між спробою буквальної трансплантації зарубіжної правової норми й семантикою місцевих правових дискурсів<sup>38</sup>. «Провал трансплантації» висвічує здатність місцевих дискурсів впливати на семантику права. Така здатність і є основою їх самоідентифікації, вирізнення себе з-поміж інших.

Іншими словами, гідність і дійсне значення права містяться у формулі «право-як-відмінність». Більше того, саме її концептуалізація здатна перетворити порівняльне правознавство на онтологічний дискурс, призначенням якого буде обґрунтування того, що відмінність є формою існування права, й без здатності вирізнення право неможливе.

Стратегією можливої відповіді права на загрозу його існуванню, що кидає йому техніка, є концентрація зусиль порівняльного правознавства на осмисленні того, що Ж. Дерріда назвав «темним витком диференціації» – силі розрізнення суцього<sup>39</sup>. Надзвичайно важливо спробувати знайти цей виток у самій серцевині права, мислити право онтологічно, тобто розглядати його як створене буквально з «Ніщо», чогось, що є некерованим у своїй здатності завжди бути відмінним. Лише мислячи таким чином, можна зрозуміти як дійсний зміст сентенції О. Тихомирова про те, що правова реальність має у своїй сутності компаративну природу<sup>40</sup>, так і те, що їй повністю відповідає чудове міркування П. Леграна – створюючи правову норму, наприклад, французи, роблять не лише це: вони також роблять щось особливе французьке<sup>41</sup>. Лише самоствердження порівняльним правознавством себе в якості дискурсу правової онтології, тобто запитування про «правове ніщо», дозволить зрозуміти і ствердно відповісти на заклик Д. Самуеля: «Необхідні ком-



паративісти, які постійно мислять у поняттях діалектики, в якій немає прогресу в напрямку деякого уніфікованого чи вищого стану. Існує лише один і інший. І тому компаративіст ніколи не може бути уніфікатором, й ті, хто пропонує уніфікацію права, протистоять компаративістам»<sup>42</sup>.

Формула «право-як-відмінність» дозволяє стверджувати право як самостійну, підпорядковану власним законам цінність, а не як посередника для досягнення чогось іншого. Право, будучи фундаментом культури, завжди є кінцевою метою, а не засобом.

У свою чергу, формула «право-як-посередник» є небезпечно помилковою. Така помилковість має подвійне джерело. По-перше, принципове невірне тлумачення Ч. Варгою мови як інструмента, що не має власної мети, а лише призначений для комутації сукупностей, що нею обслуговуються, посередництва між ними<sup>43</sup>. Саме невідповідність статусу інструмента / посередника дійсній онтології мови обґрунтовує власну гідність права, як самостійної дискурсивності – відповідального мовлення. По-друге, більш ніж сумнівним є розуміння економіки як мети, для якої право начебто виступає засобом. Зараз лише процитуємо міркування Ф. Гайека, яке ми цілковито підтримуємо: економіка має справу лише із засобами, але не цілями – «у кінцевому підсумку економічних цілей зовсім не існує. Економічні зусилля полягають у розподілі засобів поміж кінцевими цілями, що сперечаються між собою, й які завжди мають неекономічний характер»<sup>44</sup>.

### *Висновок*

Розглянуті нами формули «право-як-посередник» і «право-як-відмінність», як маркери можливої онтологічної проблематизації в порівняльному правознавстві, не можуть, на відміну від позиції їх автора, Ч. Варги, одночасно позитивно стверджуватись. Ці формули не являють собою диптих, а

натомість створюють поміж собою антиномічне напруження. Ствердження однієї автоматично означає заперечення іншої. Однак це не антиномія всередині права, це протиборство між правом як самостійним світом смислів культури («право-як-відмінність») і його пригніченням, зведенням до статусу інструмента, який може бути замінений іншим і кращим за нього («право-як-посередник»).

Характер завдань, які стоять перед сучасним порівняльним правознавством, можна влучно передати відомим висловом Р. Іеринга «боротьба за право». Цього призначення порівняльного правознавства не скасовує та обставина, що шанси не лише на виграш, а й навіть на конкурентне протиборство майже дорівнюють нулю. На щастя, порівняльне правознавство просто не зможе пристати на бік переможця. Занадто високі ставки у цій грі. Поразкою порівняльного правознавства стане зникнення, а точніше, відміна права. Й тоді реальним стане майбутнє, яке ще два століття тому передбачав Е. Лермін'є, й настанню якого має всіляко перешкоджати порівняльне правознавство, як, напевно, єдиний можливий онтологічний дискурс права: «культури, в тому числі філософські ідеї народів, поступово стають за своєю сутністю космополітичними, що з часом призведе до зникнення народів, втрати людством його духовного багатства і краси... це веде до утвердження одноманітності та системності світу й матиме наслідком формування єдиного механізму пригнічення людської особистості: скрізь правила і дух системи, яка брутальною силою керує діяльністю людини, ув'язнюючи і калічаючи. Метод душить життя»<sup>45</sup>.

1. Сапарова А. О. Запозичення в праві: філософсько-методологічні засади: дис. ... канд. юрид. наук. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2015. С. 31. 2. Варга Ч. Право и язык? Право как язык? Об окончательном единстве онтологии и

эпистемологии. *Загадка права и правового мышления* / под ред. М. Антонова. Санкт Петербург: ИД Алеф-Пресс, 2015. С. 201.

**3.** Varga C. Transfers of law: a conceptual analysis. Hungary's legal assistance experiences in the age of globalization. Nagoya: Center for Asian legal exchange graduate school of law, 2006. P. 25. **4.** Варга Ч. Цит. работа. С. 200–201. **5.** Ewald W. Comparative Jurisprudence (II): The logic of legal transplants. *American journal of Comparative law*. 1995. Vol. 43. № 4. P. 492. **6.** Честнов І. Універсальність права в контексті культурного релятивізму. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 185. **7.** Варга Ч. Цит. работа С. 201. **8.** Бульгин Е. К проблеме объективности права. *Проблемы философии права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 7. **9.** Watson A. Society and legal change. 2-ed. Philadelphia, 2001. P. 98. **10.** Ibid. **11.** Кассирер Э. Философия Просвещения. Пер. с нем. Москва, 2004. С. 262–263. **12.** Whitman J. Q. The neo-Romantic turn. *Comparative legal studies: traditions and transitions*. Ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 313. **13.** Kjaer A. N. A common legal language in Europe? *Epistemology and methodology of Comparative law*. Ed. by M. V. Hoeske. Portland: Hart Publishing, 2004. P. 385–386. **14.** Curran V. G. Comparative law and language. *The Oxford handbook of Comparative law*. Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 691. **15.** Legrand P. The impossibility of legal transplants. *Maastricht journal of European and Comparative law*. 1995. Vol. 4. P. 113. **16.** Legrand P. What legal transplants. Adapting legal cultures, Ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford: Portland Oregon, 2001. P. 56. **17.** Introduction. Histories of legal transplantations. *Theoretical inquires in law*. 2008. Vol. 10. № 2. P. 299. **18.** Дудченко В. В. Концепт позитивізму в юриспруденції: генезис та обґрунтування. *Актуальні проблеми держави і права*. 2005. Вип. 25. С. 13. **19.** Марченко М. Н. Теоретико-методологическая и практическая значимость сравнительного правоведения. *Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку*: зб. наук. статей / за ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2006. С. 63. **20.** Introduction ... P. 299. **21.** Gerber D. J. Globalization and legal knowledge: implications for comparative law. *Tulane law review*. 2001. Vol. 75. P. 950. **22.** Бадью А. Манифест философии. Санкт Петербург: Machina, 2003. С. 30. **23.** Варга Ч. Цит. работа. ...

С. 207–208. **24.** Samuel G. Taking method seriously (part two). *The Journal of Comparative Law*. 2007. Vol. II. Issue II. P. 225. **25.** Антонов М. Творчий шлях та правове вчення Ганса Кельзена. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 350. **26.** Антонов М. Цит. праця. С. 351. **27.** Хэширование: просто и наглядно. URL: [http://www.20khvylyn.com/life/education/story\\_20700.html](http://www.20khvylyn.com/life/education/story_20700.html). **28.** Давидова І. В. Правочини та їх недійсність в інформаційному суспільстві: дис. ... докт. юрид. наук. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2018. С. 149. **29.** Немного истории: что такое умные контракты и зачем они нужны. URL: <http://forklog.com/nemnogo-istorii-chno-takoe-umnye-kontrakty-i-zachem-oni-nuzhny>. **30.** Давидова І. В. Цит. праця. С. 162. **31.** Там само. С. 160. **32.** Там само. С. 161. **33.** Давидова І. В. Там само. С. 173. **34.** Там само. С. 174. **35.** Samuel G. Taking method seriously (part two). *The Journal of Comparative Law*. 2007. Vol. II. Issue II. P. 221. **36.** Кауфман А. Попередні зауваження щодо правової логіки та онтології відносин. Засади правової теорії, заснованої на понятті персони. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 330. **37.** Там само. **38.** 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. 465. **39.** Неретина С., Огурцов А. Пути к универсалиям. Санкт Петербург: РХГА, 2006. С. 951. **40.** Тихомиров О. Проблеми компаративної саморефлексії порівняльного правознавства як юридичної компаративістики. *Право України*. 2019. № 3. С. 42. **41.** Legrand P. What legal transplants. *Adapting legal cultures*. Ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford: Portland Oregon, 2001. P. 59. **42.** Samuel G. Op. cit. P. 229. **43.** Варга Ч. Цит. работа. С. 200. **44.** Хайек Ф. А. ф. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. Москва, 2006. С. 281. **45.** Кресін О. В. Порівняльне правознавство у ХІХ–ХХ століттях: проблеми становлення: монографія. Київ: Логос, 2011. С. 145.

***Tkachenko Oleksandr, Saparova Anastasiia. Ontological issue of comparative law***

European rationality transformational processes of the twentieth century gained their echo at the beginning of the new millennium, in

particular, as the necessity to realization by jurisprudence the philosophy and methodological self-determination.

In view of this, in order to correctly determine the place and importance of comparative law for such philosophical and methodological self-determination, one of the main issues of modernity is the actualization of the fundamental foundations of comparative legal knowledge.

Actualization of the scientific status of comparative law requires a kind of «inventory» of the conceptualizations available within it. Schematics of such conceptualizations can be represented by the opposition of a contextualist view of a legal phenomenon and the assertion of an autonomous (independent) the existence and development of law from any external factors. In order to find out the actual content and epistemological potential of the opposition to law contextualism and law autonomy it is considered in the light of the formulas «law-as-intermediary» and «law-as-difference».

Deconstruction of the formula «law-as-intermediary» allows us to assert the principal identity of contextualist and autonomist concepts in comparative law.

They are both inclined to universalize the law, and they have an instrumentalist approach – law has value only as a means of different societies human coexistence forms unification. Instrumentalism also reveals another fundamental identity – both of these concepts are compatible with the idea of a possible abolition of law, its replacement with a more technological resource.

The rapid development of technological civilization provides a thesis of the law cancellability of qualitatively new sound. In particular, such technological tools as blockchain and smart contract are already considered by many as a more effective and operationally attractive alternative to institutes of the legal system (first of all, the civil obligation institute).

In comparative law, an alternative to the idea of cancellation of law may be the conceptualization of its own ontological issues. As an ontology of legal comparison, it is proposed to consider the discourse of legal differences.

**Key words:** comparative law, contextuality of law vs. autonomy of law, law-as-intermediary, law-as-difference, legal comparison ontology, law cancellability.