

УДК 340.12

В. В. Дудченко,
канд. юрид. наук, доцент

ПРАВОВА РЕАЛЬНІСТЬ: ДО ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМИ

Трансформація методології сучасного вітчизняного правознавства спонукає по-іншому розв'язувати, здавалося б, давно вже вирішені проблеми. Нові методологічні підходи дозволяють розглядати право як найважливіший елемент людського буття, що має власну основу існування та розвитку.

Йдеться, зокрема, про проблему правової реальності.

Проблеми правової реальності розглянуті в працях О. О. Бандури, Є. В. Бурлая, О. Л. Копиленка, А. М. Колодія, А. А. Козловського, М. І. Козюбри, С. І. Максимова, Л. В. Петрової, П. М. Рабіновича, С. С. Сливки. Проте слід зазначити, що в умовах становлення в Україні ліберально-демократичної та соціально-правової держави виникають нові потреби в осмисленні права.

Метою даного дослідження є обґрунтування існуючих та нових тенденцій розвитку права, яке набуває рис основного ціннісного орієнтиру.

Дослідники, які зорієнтовані на матеріалістичну методологію, ототожнюють правову реальність з позитивністю (позитивний /від лат. *positivus* — позитивний/ — стверджуючий; дійсно наявний, фактичний).

Позитивізм філософський — напрямок у філософії і науці (з часу Канта), який виходить з «позитивного», тобто з даного, фактичного, стійкого, безперечного, і обмежує ним своє дослідження і виклад, а метафізичні пояснення вважає теоретично нездійсненними і практично не потрібними і питання, відповідь на яке не в змозі проконтролювати, верифікувати дослідом, позитивізм називав «псевдо-питанням». Система позитивізму була створена Кантом, але до Канта вона вже була представлена Юмом, Даламбером і Тюрго. Основним поняттям позитивізму є поняття «факт». Усі позитивісти одностайні в тому, що позитивізм тісно пов'язаний з картиною світу і методами, притаманними природничим наукам. Звідси антифілософська реакція позитивізму проти ідеалізму і звернення до матеріалізму.

Під кутом зору нематеріалістичної методології, проблема реальності взагалі і правової, зокрема, здобуває іншого розв'язання.

Так, західні онтологи, починаючи з елеатів, виокремлювали два види реальності, а саме реальність фізичну, або позитивну, і реальність думки. Парменід поєднав обидві реальності і одержаний синтез назвав «єдиний». Це було знаменним відкриттям «буття в цілому». Парменіду, з цього приводу, належить відоме висловлювання: «Одне й теж: думати і бути функцією того, що думаєш» [1]. Цікаво відзначити, що, услід за Парменідом, Рене Декарт у XVII столітті проголосить відоме: «*Cogito ergo sum*» («Мислю, тож існую»).

Парменід вчив, що необхідно стерегтися чуттів тіла, бо вони задовольняються лише поверхнею речей. Таким же чином треба стерегтися і гадок людей, теж поверхових. Істинне знання досягається розумом (логосом) по той бік чуттів [2].

Услід за Парменідом, Платон і Арістотель теж вважали, що «буття в цілому» означає синтез обох видів реальності, а саме реальності фізичної або матеріальної і реальності мислимої. «Думка — це найкраще з сущого», — наголошував Арістотель [3]. Думку Арістотель назвав Богом. Якою є реальність по той бік фізичної реальності? — ось головне питання Платонової і Арістотелевої метафізики. Мислима реальність, за Платоном і Арістотелем, є першопричиною сущого. Цю мислиму реальність вони назвали Ідеями або Духом. Класики метафізики тлумачили свої ідеї як мету або цілі, які людина ставить перед собою і їх досягає. Їхня філософія є прагненням підкорити всю емпірію ідеям речей. Ідея мусить адекватно втілитися у факт.

Отже, з самого початку перед грецькою філософією виникла дилема «єдиного» і «множинного». Перші грецькі філософи бачили, що їхнім чуттям відкривається розмаїтний, множинний, минулий світ речей, явищ. Однак вони були переконані, що повинна існувати можливість якимось чином звести цей світ до єдиного начала, принципа, єдиної причини. Характерною особливістю давньогрецького мислення було те, що перші філософи шукали матеріальну або фізичну причину всіх речей (вода Фалеса, повітря Анаксімена, вогонь Геракліта). Мета цього пошуку і полягала в тому, щоб вказати шлях від «множинного» до «єдиного», сформулювати основоположний принцип, матеріальну причину, виходячи з якої можливо було б зрозуміти усі явища.

Суттєво, якщо для мілетських філософів доконечне усіх речей було видимим, матеріальним, емпіричним (вода Фалеса, повітря Анаксімена, вогонь Геракліта), то для Платона і Арістотеля таке доконечне було мислимим. Услід за Платоном і Арістотелем, й сучасні нові онтологи вважають, що «суще є те, що є; воно не ідентичне даному, оскільки охоплює також і недане, тобто мислиму реальність» [4].

Зважаючи на викладені міркування, суттєво зазначити, що спільними ознаками усіх природно-правових вчень є: метафізика права, реальність ідеї чи то духу права, тотожність права з ідеєю трансцендентної справедливості. І, навпаки, спільними ознаками усіх юридико-позитивістських вчень є: заперечення будь-якої метафізики права, заперечення будь-якої трансцендентної справедливості, заперечення будь-якої ідеї природного права, пізнається лише позитивна реальність.

Зі згаданого випливає, що під кутом зору матеріалістичної онтології право є позитивною реальністю. Ця онтологія обмежує сферу реального лише матеріальним. Нематеріалістична ж онтологія опрацювала широке поняття реальності, визнавши цілковиту реальність ідей чи то духу і прагнучи з цієї позиції визначити автономне буття духу, закономірності його виникнення, розвитку і функціонування.

То ж що таке ідея чи то дух права? Виразно відповідали на це запитання класики української юриспруденції і філософії права П. Юркевич і Б. Кістяківський.

П. Юркевич, що найперше, зазначав, що особливі труднощі при вивченні філософії права полягають у тому, що вона є наукою, незрозумілою без мета-

фізики, з якою вона перебуває в тісному зв'язку [5]. Український мислитель наголошував, що під впливом історичної освіти складається сліпа звичка посилатися на авторитет факту; відомо, що в юридичній сфері є ціла школа, яка перебуває під цим впливом, але факт не завжди заслуговує впливу на нас у значенні норми і не може служити для нас ідеалом. Другий недолік історичної освіти залежить від постійного споглядання історичної тривоги, при погляді на яку мимоволі нав'язується переконання, що все непостійне і нема нічого стійкого. Це — шкідливий скептицизм. Як наслідок виникає думка, що всі принципи минуці, твердих начал нема; що було правдою вчора, завтра стає неправдою. Протилежне цим двом недолікам ми можемо знайти в теоретичній або філософській освіті, яка прояснює те, що є як сутність речі і що повинно бути нормою діяльності. Аби побачити необхідність поєднання історії з філософією, пригадаймо думку Платона, що людина зі своєю освітою перебуває серед плінного потоку явищ і їх стійкою основою, або серед чуттєвого світу та ідеальним світом, отож необхідно вивчати і той, і другий світ.

Вивчення права з цих двох боків вимагає особливих практичних знань юриста. Багатотомними законодавчими кодексами, надзвичайною різноманітністю визначень права можна оволодіти, якщо, з одного боку, ми знаходимо для них найвищу єдність у філософському вченні про право і якщо, з іншого, знаємо історичні умови, які в єдності розвинули фактичну розмаїтість. Проста ідея права повинна бути виражена у простих формах. Необхідно, щоб юридична освіта не складалася з випадкових елементів, і цю випадковість може усунути лише послідовне історичне й філософське вивчення права. Отож, треба вивчати правомірні стосунки, що їх зазнало і пережило людство. Це предмет загальної історії. Які правомірні стосунки людство вважало за найкращі норми життя — це предмет історії філософії права. Нарешті, які правомірні стосунки треба визнати за постійний ідеал — це власне і є предметом філософії права [6].

П. Юркевич зазначав: «...державна, яка спирається лише на закон, не є нормальною. Закон не в змозі містити ідею права, справжнє джерело якої затаєне в духові людини, непідвладному ніякому формалізму» [7].

Аналогічно міркував й Б. Кістяківський. На його думку, нині є загальновизнаним, що дійсне існування права не в статтях та параграфах законів, надрукованих в кодексах, а в свідомості як всього суспільства, так і кожного його громадянина [9]. Услід за Кантом і Гегелем Б. Кістяківський нотував: «Головне і найбільш суттєве в змісті права утворює свобода... Право лише там, де є свобода особистості.... Ми мусимо звернутися до поняття права в його чистому вигляді, тобто з його справжнім змістом, який не запозичений з економічних і соціальних відносин... Це азбучні для європейців істини» [9].

У своїй відомій праці «На захист права» український мислитель зазначав: «І нині в тій сукупності ідей, з яких складається світогляд нашої інтелігенції, ідея права не відіграє ніякої ролі. Як не схожий з цього приводу наш розвиток на розвиток інших цивілізованих народів» [10]. Б. Кістяківський наголошував, що зумовлюючи зовнішню поведінку, правові норми самі, однак, не є чимось зовнішнім, бо вони живуть передусім в нашій свідомості і є такими ж внутрішніми елементами

тами нашого духу, як і етичні норми. Лише будучи вираженими в статтях законів або застосованими в житті, вони здобувають і зовнішнє існування. Між тим, ігноруючи все внутрішнє або, як нині висловлюються, інтуїтивне право, наша інтелігенція вважала правом лише ті зовнішні, позбавлені життя норми, які так легко вміщуються в статті і параграфи писаного закону або якого-небудь уставу. Тут ми маємо один з типових виявів низького рівня правосвідомості [11]. Як відомо, тенденція до регламентації в подробицях і регулювання усіх суспільних відносин статтями писаних законів властива поліцейській державі, і вона утворює розпізнавальну ознаку її в протилежність державі правовій [12].

Б. Кістяківський наголошував, що історично першими творцями права були судді. Пізніше правотворча діяльність суду і суддів була — почасти затінена правотворчою діяльністю держави. Проте навіть такий перебіг подій не зміг завадити суду бути творцем нового права [13]. Говорячи про право, створене судовими рішеннями, Б. Кістяківський звертає увагу на те, що сам законодавець приписує суддям правотворчу функцію. «Швейцарський цивільний кодекс, одностайно затверджений обома палатами народних представників, своєю першою статтею приписує, що в тих випадках, коли правова норма відсутня, суддя мусить винести рішення на підставі правила, яке він встановив би, «коли б був законодавцем». Тож, в найбільш демократичного і передового європейського народу суддя визнається таким же виразником народної правосвідомості, як і народний представник, покликаний законодавствувати... Все це засвідчує, що народ з розвиненою правосвідомістю мусить цікавитися і дорожити судом як охоронцем свого правоустрою... У народів з розвиненою правосвідомістю, як наприклад, в римлян і англійців, за тих же умов, що і у нас, розвивалася гармонійна система неписаного права, а у нас правопорядок перебуває все в тому ж незадовільному стані. Яка правосвідомість нашого суспільства, такий і наш суд» [14].

У сучасній західній юридичній літературі ідея права продовжує посідати першочергове місце. На думку Ж.-Л. Бержеля, юридичний чи то етатичний позитивізм, заперечуючи на підставі розмаїття систем позитивного права будь-яку ідею перманентної і універсальної справедливості, ототожнює право з законом і, відповідно, з волею держави. Це вчення витікає з теорії абсолютної влади правителя. Проте, ототожнення права з однією лише волею держави, незалежно від усіх глибинних мотивів цієї ідеї, здебільшого неточне і надзвичайно небезпечне. Момент влади недостатній для визначення права, бо неминуче виникає запитання: на чому ґрунтується зобов'язуюча сила державних наказів? Віднині більше не йдеться просто про право, яке запроваджується законодавцем, але про компроміс між цим правом і тим, що розглядається як справедливе чи розумне [15]. «Сучасні концепції права, сформульовані після Другої світової війни ... характерні відродженням тенденцій, близьких до теорії природного права» [16]. Природне ж право є метафізикою права. За зовнішніми видимими виявленнями права, якими є закони, судження, юридичні факти, затаєні абсолютні концепції права, сфера юридичної метафізики, яка може бути вічною і всезагальною» [17].

Французький правник наголошує, що формальне визначення права, якщо до нього підходити як до сукупності юридичних приписів, в змозі викликати уяву занадто вузького бачення предмета, оскільки обмежується в такому випадку рамками позитивного права і обмежує його уявленням про законслухняність, яка виникає лише навколо поняття держави, яка видає юридичну норму і санкціонує її дію. Однак, право не можна зводити до формальної сукупності правил, які постають не більше як його вираженням в дану мить і в даному суспільстві. Ці правила ще не все право. «Дух права є вищим за букву права» [18].

Аналогічними є й міркування Г. Бермана. Американський правник зазначає, що західна традиція права завжди, навіть в епоху розквіту національної держави, ґрунтувалася на вірі в існування закону, який є вищим навіть за закон політичної влади. Цей закон називали колись божественним правом, потім природним правом, а тепер правами людини [19]. Г. Берман наголошує: «Право виводилося з і укорінювалося в реальності, яка виходила за межі існуючої структури політичної влади. В більш пізній час ця трансцендентна реальність вбачалася в правах людини, демократичних цінностях і інших пов'язаних з ними уявленнях. В більш ранній час її вбачали в божій і природній справедливості» [20]. І далі: «Існує напруга між ідеями і фактичністю, між динамічними властивостями і стабільністю, між трансцендентністю і іманентністю західної традиції права» [21].

На думку американського правника, право на Заході, постійно з часу Папської революції, мало сильний елемент традиційності. Традиція — це дещо більше, ніж історична спадковість. Вона являє собою змішання свідомих і несвідомих елементів. Говорячи словами Октавіо Паса, «це видимий бік суспільства — установи, пам'ятники, продукти праці, речі, але це і особливо схований від усіх поглядів невидимий бік: переконання, бажання, страхи, отримання почуттів, мрії». «Право звично асоціюється з видимим боком, з продуктами праці, але вивчення історії західного права, і особливо його витоків, свідчить про те, що воно укорінене в найбільш глибоких віруваннях і чуттях людей» [22]. «Право не лише факт, але також і ідея, поняття і, окрім того, певний ціннісний критерій. Воно неминуче має інтелектуальні і моральні виміри. На відміну від суто матеріальних явищ, воно складається з ідей і цінностей» [23].

З усього казаного випливає, що під кутом зору правової онтології новою для юристів реальністю стає ідея права. Під ідеєю права споконвіку розуміють право у його цілісності й доконечності. При цьому, якщо ми хочемо, щоб в майбутньому право повністю виконувало ті функції, які воно повинне виконувати і на виконання яких чекає суспільство, підхід до ідеї права повинен бути творчим.

Література

1. Рсале Дж., Аптисери Д. Западная философия от истоков до наших дней. Т. 1: Аптичность: Пер. с ит. — С.Пб.: Петрополис, 1994. — С. 37.
2. Там само. — С. 36–39.
3. Там само. — С. 144.
4. Краткая философская энциклопедия. — М.: Прогресс, 1994. — С. 444.
5. Юркевич П. Історія філософії права: Вступ // Український світ. — 1996. — № 1. — С. 8.

6. Там само.
7. Юркевич П. З рукописної спадщини. — К.: Університет. вид-во «Пулсари», 1999. — С. 189–190.
8. Кистяковский Б. А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. — М., 1916. — С. 354.
9. Кистяковский Б. А. В защиту права // Вехи. Из глубины. — М., 1991. — С. 122, 132–133.
10. Там само. — С. 123.
11. Там само. — С. 139.
12. Там само. — С. 139.
13. Там само. — С. 143–144.
14. Там само. — С. 143–145.
15. Бержель Ж.-Л. Общая теория права: Пер. с фр. — М.: Издат. дом NOTA bene, 2000. — С. 514–515.
16. Там само. — С. 456.
17. Там само. — С. 39.
18. Там само. — С. 446–447.
19. Бермап Г. Дж. Западная традиция права: Эпоха формирования. — 2-е изд. — М.: Изд-во МГУ, Инфра-М-Порма, 1998. — С. 58.
20. Там само. — С. 279–280.
21. Там само. — С. 27.
22. Там само. — С. 533.
23. Там само. — С. 532.

УДК 340.15(53)

Х. Бехруз,
канд. юрид. наук, доцент кафедри теорії держави і права ОНЮА

ПРАВОРОЗУМІННЯ В МУСУЛЬМАНСЬКИХ ДЕРЖАВАХ

Дослідження в області мусульманського права на сьогоднішній день представляють особливу актуальність, оскільки, з одного боку, недостатньо об'єктивних досліджень, що розглядають дане явище, а з іншого боку, міжнародна обстановка усе більш наполегливо повертає нас до розкриття сутності мусульманського права. Як відзначав А. В. Сурілов, «у праворозумінні практично фокусуються усі сторони правової дійсності. Відбиваються її системно-функціональні зв'язки і динаміка. Праворозуміння впливає на розвиток юридичної теорії. Свою прикладну завершеність праворозуміння знаходить у правотворчості і правореалізації. Воно є фундаментальною ідеєю, яка пронизує все правове життя суспільства» [1]. Розкриття суті мусульманського праворозуміння дозволяє розглядати основні проблеми мусульманського права, відбиває динаміку й еволюцію мусульманської правової системи в цілому. Цим і пояснюється актуальність обраної теми даної статті, у якій робиться спроба розкрити суть питання праворозуміння в мусульманських країнах.

Для розкриття мусульманського праворозуміння взагалі і праворозуміння в мусульманських державах зокрема, необхідно чітко розмежувати два поняття — шаріат і фікх.

Шаріат складається з двох частин: теології, чи принципів віри (акіда) і права (фікха). Фікх арабською мовою означає — «ясне уявлення знань» і є мусульманським правом. Таким чином, шаріат і фікх співвідносяться як ціле