

Фігель М. В.

ДУХ І БУКВА У ПРАВОТВОРЧОСТІ В КОНТЕКСТІ ІСТОРИЧНОЇ ШКОЛИ ПРАВА

У статті викладено погляди на право ідеологів та творців історичної правової школи, зокрема Ш. Л. Монтеस्क'є, Савіньї, М. Ф. Владимирського-Буданова, Ф. І. Леонтовича та ін. Зроблено спробу надати характеристики українській правовій традиції, яка за своєю суттю є певною межею між західною і східною правовими традиціями.

Розглядаючи питання духу і букви у правотворчості, доцільно в першу чергу звернутися до праці Шарля Луї Монтеस्क'є (1689-1755) «Про дух законів». Важливим досягненням його праворозуміння був принцип історизму, порівняльно-історичного вивчення і трактування правових явищ. Монтеस्क'є відзначав, що позитивні закони держав - це не результат довільної діяльності законодавців, не проста проекція природних законів, що впливає з розумної і вічної природи людини, на законодавство, а результат законмірного впливу різних факторів суспільного розвитку на законотворчий процес, які мають враховуватися законодавцем і проявляються в тому, що він назвав «дух законів» [1].

Власне, як зазначає Г. Радбрух, Монтеस्क'є у сфері вчення про державу і право змінив дедукцію попередньо встановлених принципів на індукцію історичної та національної багатоманітності державних і правових порядків і цим підготував історичну школу права та порівняльне правознавство. На протипагу однобічному фанатизму політичних ідеологів, він представляв обумовленість політики через природні та історичні факти, політику як мистецтво можливого, мудре зрівняння консерватизму і поступу [2].

«Державою, - як зазначає сам Монтеस्क'є, - керують п'ять різноманітних факторів: релігія, максимуми правління, закони, моральні засади і звичаї. Ці фактори перебувають у взаємозв'язку один з одним. Якщо ви зміните один із них, інші безперечно ітимуть за ним» [3]. Фактори суспільного розвитку формують у державі «загальний дух» нації, що складає певний тип мислення і поведінки людини в суспільстві. «Загальний дух» нації визначає історичні долі того чи іншого суспільства і є результатом взаємодії факторів суспільного розвитку не лише в даний час, але і у процесі історичного розвитку нації. Для законодавця визначення «загального духу»

пов'язане з визначенням «духу законів» як співвідношення факторів суспільного розвитку (клімату, принципів правління, моральних засад, звичаїв, релігії та ін.) з позитивними законами держави.

Монтеस्क'є у своїй праці «Про дух законів» створює виразну картину різнобічної зумовленості законів природними, господарськими та культурними даностями, «природою речей» - це головна думка його праці. Перший розділ твору починається словами: «Закони, за найбільш припустимим визначенням, - це необхідні відношення, які впливають із природи речей» [4].

Закони мають точно відповідати народові, для якого вони створені, вони мають відповідати природі країни, її клімату, особливостям ґрунту, розташуванню та розмірам держави. Монтеस्क'є встановлював зв'язок права також з іншими соціальними чинниками: воно має пристосовуватися до релігії мешканців, їхніх звичаїв та традицій, їхніх схильностей та добробуту, їх кількості, а також відповідати природі та принципам існуючого правління або правління, яке слід сформулювати [5].

Власне вчення про виникнення права і про право як результат творчої діяльності не законодавця, а цілого народу було розвинуто історичною школою права. Засновником історичної школи права вважають Густава Гуго (1768-1844). У нього можна знайти всі характерні риси вчення історичної школи. Саме в нього ми знаходимо порівняння права з мовою, улюблене порівняння представників історичної школи права.

Але повне своє вираження це вчення знайшло у працях Савіньї (1778-1861), якого визнавали навіть за межами Німеччини визначним юристом XIX століття. Савіньї не був учнем Гуго. Але, як він сам зазначає, праці Гуго мали на нього великий вплив. Відповідно до вчення Савіньї, не

можна вважати, що право встановлюється волею окремих осіб, що входять до складу народу. Навпаки, воно має визнаватися продуктом народного духу, що живе і проявляється в усіх членів народу, а отже, веде їх до однієї правосвідомості. «Право не штучний продукт винахідливого законодавця, а результат поступового процесу виразу народного духу», - писав Савіньї.

Об'єктивізацію й уособлення народного духу як першоджерела права знаходимо у творах послідовника Савіньї - Пухти. Народний дух, наче душа в організмі, все виводить із себе в народному житті, зокрема і право, так що окремі особистості не беруть жодної активної участі в утворенні; не їхньою свідомістю зумовлюється той чи інший розвиток права, а властивостями народного духу. Таким чином, у Пухти народний дух є самостійно діючою силою. Він не утворюється історичним життям народу, а існує з самого початку, обумовлюючи весь склад народного життя і народної історії. Народний дух містить у собі і народну правосвідомість, що також проявляється у свідомості кожного окремого представника народу [6].

Представники історичної школи права, які походження права пов'язували з «народним духом», були також серед українських дослідників. Зокрема, це М. Д. Іванішев, М. Ф. Владимирський-Буданов, Ф. І. Леонтович та ін.

Щоб розуміти погляди М. Ф. Владимирського-Буданова (1836-1916), слід ознайомитися із теорією правотворення, викладеною ним в «Обзоре истории русского права» та низці інших праць. Він чітко розрізняв поняття «право» і «закон», зіставляючи їх як ціле і частину. Глибинна основа права - народна правосвідомість. Першоосновою права є природа людини - фізична і моральна, що підлягає таким самим законам, як і природа органічна. На першому ступені розвитку право - це почуття, інстинкти (помста, захист дітей, володіння); усі чинять однаково не тому, що наслідують один одного, атому, що підвладні однаковим почуттям.

У подальшому право стикається зі знанням: те, що існує, обертається на те, що має бути; знання ж підлягає тотожним законам розвитку. Виникає звичай, який не створює норм права, а лише надає їм чинності. Звичай тривалий час залишається панівною формою права. Отже, питання про походження права є питанням про зародження звичаєвого права. Але загальнолюдського звичаєвого права немає, мова може йти лише про розвиток і вдосконалення загальнолюдських елементів кожною окремою нацією.

Характерними рисами звичаєвого права вчений вважав його обов'язковість (внутрішню і зовнішню), релігійне освячення, консерватизм чи стародавність, але водночас здатність пристосовуватись до життя. Епоха панування звичаєвого права тривала і після того, як з'явилися перші пам'ятки писаного права (збірники звичаєвого права). Закони як акти волі законодавця виникають у випадках, коли бракує звичаїв, або під впливом чужого права.

«Словом "право" не можна зловживати безкарно. Закон може бути виявом правосвідомості, а може і не бути (при підкоренні одного народу іншим). Поки він існує, він є обов'язковим для підкореного народу, але зовсім не є виразом права цього народу» [7]. В умовах державного розчленування право є виразом національної єдності, а закон, у свою чергу, - втіленням "єдності державної" за національного розмежування; за М. Ф. Владимирським-Будановим, є правосвідомість нації, закон же може збігатися з поняттям «право», коли він є виразом «правосвідомості того чи іншого народу» [8].

Ф. І. Леонтович (1833-1910) теж вважав першоджерелом права природу людини: не рабський початок, не право сильного створили «первісну» народну правду, а закон необхідності, продиктований самою природою людини [9]. Праці вченого ґрунтувались на ідеї єдності слов'янського права.

Варто зазначити, що право дійсно є соціальною умовою існування особистості. А особистістю є лише та особа, яка має відповідні права і кореспондуючі їм обов'язки. Зміст права відповідає рівню розвитку суспільства і є частиною його культури. Право як цілісне явище має значення соціокультурної цінності. Право - необхідна, природна умова життя суспільства. Це не означає, що соціальна цінність права завжди була однаковою. В одних суспільствах це вища соціальна цінність, в інших - воно відтісняється на другий план і відіграє допоміжну роль.

Враховуючи ідеї історичної школи права щодо існування «народного духу», варто тепер звернутися до питання можливості існування особливостей українського (національного, традиційного) права, що були б пов'язані з менталітетом народу, історією, національними особливостями.

Але, враховуючи сучасні глобалізаційні процеси, варто почати не з пошуку «національного духу», а звернутися до ширшої категорії - виокремлення і розмежування правових традицій - і розпочати з існуючих відмінностей між змістом права у західних і східних цивілізаціях.

Насамперед потрібно дати визначення терміну «традиція». Термін «традиція» походить від латинського *traditio* - 1) передача, 2) видача, 3) викладання, навчання, 4) легенди, повісті, 5) встановлені здавна переконання і звички [10].

«Традиція» - 1) такі, що історично склались і передавались від покоління до покоління, звички, порядки, правила поведінки; 2) звичай, встановлений порядок у поведінці, в побуті, 3) усна розповідь, що передавалась із покоління в покоління, повість [11].

У суспільствознавстві «традиція - елементи соціальної і культурної спадщини, що передається від покоління до покоління і зберігається в певних суспільствах, класах і соціальних групах упродовж тривалого часу. Як традиція виступають певні суспільні установи, норми поведінки, цінності, ідеї, обряди і т. д.» [12]. Отже, у праві теж доцільно говорити про існування певних правових традицій.

Власне, процес формування та розвитку західної правової традиції досліджувався та продовжує досліджуватися досить ґрунтовно. Свідченням цього є, зокрема, дослідження професора Г. Д. Бермана [13]. Натомість до вивчення особливостей східної правової традиції (до якої часто досить хибно зараховують і Україну) дослідники майже не зверталися.

Основні відмінності між колективістськими й індивідуалістичними суспільствами запропоновано в дослідженні різних культур Гірта Хофстеда:

- у колективістичних суспільствах думки та переконання визначаються групою, в індивідуалістичних - очікується, що кожен має власні переконання;

- у колективістичних суспільствах колективні інтереси домінують над індивідуальними інтересами, в індивідуалістичних - навпаки;

- у колективістичних суспільствах держава відіграє домінуюче значення в економічній системі, в індивідуалістичних суспільствах роль держави стримана;

- у колективістичних суспільствах валовий національний продукт на душу населення має тенденцію зменшуватись, в індивідуалістичних - він збільшується;

- у колективістичних суспільствах підприємства належать сім'ям або колективам, в індивідуалістичних - акціонерними товариствами опікуються інвестори;

- у колективістичних суспільствах приватне життя захоплене групою, в індивідуалістичних - кожен має право на приватність;

- у колективістичних суспільствах права і закони різняться залежно від групи, в інди-

видуалістичних - права і закони є однаковими для всіх;

- у колективістичних суспільствах так званий рейтинг дотримання прав нижчий, ніж в індивідуалістичних;

- у колективістичних суспільствах ідеологія рівності домінує над ідеологією особистих свобод, у той час як в індивідуалістичних суспільствах навпаки;

- у колективістичних суспільствах запозичені економічні теорії не можуть співіснувати з колективізмом та інтересами окремих груп, в індивідуалістичних суспільствах природні економічні теорії ґрунтуються на прагненні до особистої вигоди;

- кінцевою метою в колективістичних суспільствах є досягнення гармонії і консенсусу, в індивідуалістичних суспільствах - самоактуалізація кожного індивіда;

- у колективістичних суспільствах ідеалом виступає патріотизм, в індивідуалістичних суспільствах - автономія;

- у колективістичних суспільствах результатом правового експерименту є розбіжності між «нами і ними» (ми - вони), в індивідуалістичних - розбіжності між «мною та іншими» (я - інші) [14].

Дуже часто на заході термін «колективізм» використовується для опису комуністичних політичних систем. Однак хибно пов'язувати таку відмінність із політичною системою. Відмінність полягає швидше в типі мислення населення, переконаннях, цінностях.

Цікавим відкриттям, яке знаходимо у Хофстеда, є те, що так званий рівень індивідуалізму в країні статистично корелює з рівнем благоутрою населення в цій країні. Отже, багаті країни, за Хофстедом, багаті тому, що їм притаманна індивідуалістична культура.

Враховуючи зазначене вище, а саме аналіз поглядів попередників та представників історичної школи права, а також характеристику колективістичних та індивідуалістичних суспільств, запропоновану Хофстедом, можна зауважити наступне. Через те що в різні історичні періоди різні частини України перебували під впливом різних правових традицій (Східна Україна - під впливом Російської імперії, Західна Україна - під впливом Речі Посполитої й Австро-Угорської імперії), для України притаманний як європейський індивідуалізм, так і східний колективізм. Адже українці завжди прагнули до індивідуалізму (ідея незалежної держави присутня як у політиків, істориків - В. Винниченка, М. Грушевського, так і в письменників - Т. Шевченка,

І. Франка), але, через те що Україну переслідували і Голодомор, і постійне нищення еліти (яка саме й підтримувала та розвивала європейські цінності), українське суспільство втратило частково своє прагнення до індивідуалізму і вдалося до переймання досвіду сильнішого, зокрема і в праві, що не відповідало національному духу

держави. Це в дечому може пояснити той рівень правового нігілізму, що існує на сьогодні у правовій культурі України. Однак саме зараз відбувається відродження природного прагнення українського народу до самостійності, що має також віднайти своє відображення у праві.

1. *Азаркин Н. М.* Монтестьє. - М.: Юрид. лит., 1988. - С. 77.
2. *Радбрух Г.* Філософія права / Пер. з нім. - К.: Тандем, 2006. - С. 262.
3. *Montesquieu.* Oeuvres completes, t. II, p. 184. (Цит. за: *Азаркин Н. М.* Монтестьє. - М.: Юрид. лит., 1988. - С. 83.)
4. Цит. за: *Радбрух Г.* Філософія права / Пер. з нім. - К.: Тандем, 2006. - С. 263.
5. *Ципеліус Р.* Філософія права: Підручник / Пер. з нім. - К.: Тандем, 2000. - С. 50.
6. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права / Предисловие д-ра юр. наук, проф. И. Ю. Козлихина. - 2-е изд. - СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. - С. 146.
7. *Владимирский-Буданов М. Ф.* Отчет о годичной командировке 1880-1881 // Университетские известия. - 1881.- № 2 - С. 38.
8. Див. детальніше: *Бондарук Т. І.* Західноруське право: дослідження і дослідники / Відп. ред. І. Б. Усенко. - К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2000. - С. 33-34.
9. *Леонтович Ф. И.* Старый земский обычай. - Одесса, 1889. - С. 22.
10. *Дворецкий И. Х.* Латинско-русский словарь. - М., 1986. - С. 778.
11. Словарь иностранных слов. - М., 1982. - С. 502.
12. Большая советская энциклопедия. - Т. 26. - М., 1977. - С. 135.
13. *Берман Г. Д.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. - 2-е изд. - М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М - НОРМА, 1998. - 624 с.
14. *Gert Hofstede, Gert Jan Hofstede.* Cultural and organization: software the mind. - McGraw-Hill, 2005. - P. 103-114.

M. Figel

THE SPIRIT AND THE LETTER OF LAW IN THE PROCESS OF LAW-MAKING AS APPROACHED BY HISTORICAL SCHOOL OF LAW

The article is devoted to the views on law of the ideologists and founders of the Historical School of Law, in particular Montesquieu, Savigny, Vladimirskiy-Budanov, Leontovych and others. The attempt is made to provide the characteristics of Ukrainian legal tradition, which, in its essence, is a kind of borderline between Western and Eastern legal traditions.