

## КОНЦЕПТ ПРАВА: МЕЖІ МІНЛИВОСТІ

### I. Звідки така тема. Мінливість?

**Т**ема цієї статті обумовлена темою круглого столу «Право: мінливий концепт у мінливому світі», що відбувся у травні 2019 р. у м. Харкові (організатори – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Національна академія правових наук України). Фактично таке формулювання є твердженням про те, що зміни у соціальному середовищі, в якому діє правовий регулятор, обумовлюють зміни і в розумінні самого права як об'єкта пізнання (адже концепт – це мета і результат пізнавального процесу). Можливо, для подібної постановки питання й існують певні передумови. Ситуація у світі на сьогоднішній день дуже суперечлива, нестандартна, швидкоплинна; практика правового регулювання – часто непевна, нестабільна, відтак – малоефективна, особливо в країнах з неусталеною політичною та правовою системами (Україна, на жаль, є саме такою). З огляду на згадане мимоволі може виникнути думка, чи не змінюється разом з такою неоднозначною соціально-правовою практикою і сам концепт (поняття) права. І якщо змінюється, то як саме. І як, власне, концепт змінився на сьогоднішній день.

Згадані питання самі по собі є складними, багатоаспектними, вони можуть становити предмет ґрунтовних дискусій і обговорень у широкому спектрі питань (що і засвідчує, зокрема, добірка матеріалів, підготовлених за результатами роботи круглого столу).<sup>1</sup> Мета ж даної роботи – дещо звузити й уточнити ареал цих дискусій через доведення того, що мінливість концепту (у даному випадку – концепту права) – річ доволі відносна, а в певному розумінні – неможлива.

### II. Понятійний монізм

Я є прихильником «понятійного монізму» – старого і дуже простого когнітивного принципу, сутність якого можна визначити коротко: окремому явищу – окреме поняття (і відповідно – термін). Що означає: якщо згадане явище в тих чи інших зовніш-

---

\* Євген Володимирович Бурлай, кандидат юридичних наук, Конституційний Суд України. Evhen Burlay, Candidat of Legal Sciences, Constitutional Court of Ukraine. e-mail: eugnbr@gmail.com

<sup>1</sup> Див.: *Фундаментальні проблеми юриспруденції. Право: мінливий концепт у мінливому світі: Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу (19–20 квітня 2019 року, м. Харків)*, редкол. Сергій Максимов, Наталія Сагохіна, Катерина Буряковська (Харків, 2019).

ніх проявах спостерігається як факт, то при його описанні та вивченні є підґрунтя для застосування відповідного поняття (конкретного значення, зафіксованого у терміні). І навпаки: застосування поняття зобов'язує шукати відповідні прояви реальності, тобто виокремлювати належний ідентичний об'єкт пізнання (одне й те ж явище, що досліджується). Тобто, якщо поняття вживається, для цього має бути конкретна онтологічна основа, інакше процес застосування поняття (втіленого у відповідній термінології) ризикує стати словесною вправою, що не має особливого пізнавального значення. Якщо такої основи нема, а є щось інше, треба встановлювати і розвивати інше поняття і відповідно – іншу термінологію, далі – відповідну теорію (розгорнуте пояснення поняття). Дотримуватися такого підходу необхідно щонайменше: а) для належної локалізації об'єкта, що пізнається і досліджується; б) для розвитку самого концепту (концепт розвивається за рахунок того, що все більша кількість проявів та характеристик об'єкта відкривається і береться до уваги); в) для коректної трансляції знання. Практичний наслідок такого підходу полягає в тому, що він зобов'язує: 1) завжди бачити за поняттям одне й те ж явище у конкретному наборі об'єктивних проявів, які, власне, і дозволяють звернутися до поняття і застосувати його; 2) уникати використання одного й того ж поняття для позначення різних явищ; 3) уникати подвоєння значення одного й того ж поняття (наприклад, розрізнення «взького», «широкого», «загального», «конкретного» значення поняття, з чим, зокрема, нерідко доводилося зустрічатися в теорії права); 3) уникати невиправданого змішування різних значень навіть тоді, коли таке змішування конвенційно припускається і сприймається. Так, у тій же теорії права для позначення його характерних рис часто вживається вираз «моральне право» у значенні того, що особа має певні підстави для конкретних думок, оцінок, висновків і дій стосовно інших осіб, сформовані на основі наявного в даному соціумі комплексу моральних норм, принципів та цінностей. Зазвичай ми розуміємо, що мається на увазі під «моральним правом» і сприймаємо цей вислів, однак не зважаємо на те, що право і мораль – різні речі і різні поняття, які в змістовному плані не можуть бути сполучені.

Дотримання, наскільки це можливо, принципу «понятійного монізму» і, як наслідок, обережне, виважене застосування наявних у логічному арсеналі правової науки понять (лише за наявності необхідних підстав для цього) дає в результаті більш чітке і визначене розуміння об'єкта пізнання і вирішення основного завдання будь-якої науки – отримання більш-менш точного знання про світ, у якому ми живемо.

### III. Незмінність концепту

Звідси зрозуміло, що мінливість поняття (концепту) є вельми умовною, а у певному розумінні – неможливою. Адже за поняттям (і відповідно терміном) завжди стоїть якесь стабільне значення. Стабільне настільки, що можна говорити про певну смислову константу, незмінність. Якщо, наприклад, поняття «право» застосовується для характеристики певного типу соціального регулювання, воно у кожному випадку повинно

позначати одне й те ж сутнісно єдине явище – притому що зовнішньо це явище може виглядати по-різному. Дійсно, антропологічна та історична науки показують, що форми прояву права у різні часи й у різних народів є різними, хоча за функціональною спрямованістю вони цілком подібні. З цього потрібно виходити, говорячи і про «мінливе» правове регулювання в мінливому світі. Так, у технологічному, організаційному, культурному та інших планах воно може бути мінливим. Однак в усіх випадках «мінливості» йдеться про одне й те ж (правове регулювання), про прояви однієї й тієї ж сутності (прояви права), тому в «мінливому» так чи інакше потрібно вбачати незмінне.

#### IV. Що є незмінним?

1. Незмінною в даному випадку (втім, як і в інших випадках використання конкретних понять) є насамперед відповідна онтологічна основа, тобто унікальне (не подібне ні до чого іншого) явище соціального життя з конкретним набором ознак і проявів, що, як уже було зазначено, і дає підстави для формування і застосування як у пізнавальному, так і в практичному процесах самостійного поняття як логічної одиниці.

Переміщуючись зі сфери когнітивної логіки до сфери соціально-історичних фактів, що презентують право як об'єкт пізнання (історія, соціологія), дозволю собі декілька слів про те, як я розумію онтологічну основу поняття права. Я вважаю нею насамперед специфічні *відносини, що супроводжують сферу соціального обміну і виникають у зв'язку з «провалами» (випадками порушень, викривлень, збоїв) у ньому.* «Соціальний обмін»<sup>2</sup> – гранично широка категорія, вона охоплює практично всі відносини, що є в суспільстві, адже людське спілкування майже завжди здійснюється в силу наявної у людей необхідності обмінятися певним благом, необхідним життєвим ресурсом (матеріальним чи духовним), здатним задовольнити їх актуальні потреби. Згаданий обмін здійснюється через доцільну людську поведінку, він має відповідати взаємним сподіванням його учасників і завершуватися розумінням або принаймні відчуттям того, що кожен у результаті спілкування отримав щось цінне для себе. Свідоме чи навіть неусвідомлене прагнення учасників спілкування до отримання бажаних цінностей (благ) породжує відчуття того, що, по-перше, згадане спілкування має бути достатньо предметним, ре-

<sup>2</sup> Ідея соціального обміну, тобто процесу людської взаємодії, в рамках якої кожен з її учасників отримує для себе щось корисне, цінне, віддавна використовується для пояснення закономірностей функціонування соціумів різного типу. Однак на рівні завершеної концепції теорія соціального обміну сформувалася в ХХ ст. На даний момент часу теорія соціального обміну – потужний напрям досліджень у рамках сучасної соціології. У більш-менш сформованому вигляді ця теорія презентована насамперед американськими соціологами Джорджем Хомансом (George C. Homans) та Петером Блау (Peter Michael Blau); вони вважаються такими, що започаткували теорію соціального обміну як окрему галузь у рамках соціологічної науки. Докладніше про становлення, деякі концептуальні положення згаганої теорії та її значення див., зокрема: Richard M. Emerson, "Social Exchange Theory," *Annual Review of Sociology* vol. 2 (August 1976): 335–62; Russell Cropanzano & Marie S. Mitchell, "Social Exchange Theory: An Interdisciplinary Review," *Journal of Management* vol. 31 no. 6 (December 2005): 874–900.

зультативним, по-друге, того, що ця результативність має бути обоюдною, що *кожен* у кінцевому підсумку отримає те, що хотів би, і не залишиться невдоволеним. На цьому ґрунті, а ще більш – на ґрунті випадків, коли спілкування виявляється все ж безрезультатним або має негативний результат (хтось не тільки не отримує того, на що сподівається, а й безпідставно позбавляється того, що має), з'являються й уявлення про зваженість, зіставність цінностей, які отримують, взаємодіючи між собою, учасники спілкування, а зрештою – про співмірність таких цінностей. Через описаний механізм соціальні суб'єкти отримують у кінцевому підсумку те, що потрібно їм для нормального існування і ефективного (продуктивного) функціонування в тому середовищі, до якого вони включені; відповідно йдеться про глибинну основу суспільного спокою і стабільності. Якщо ж у цьому механізмі мають місце збої, зриви, «провали», якщо хтось не отримує того, на що сподівався або щось зненацька втрачає, це може означати кризу в їх стосунках, а крім того, провокувати небезпеки від того, що хтось не отримав життєво необхідного ресурсу. Слід зазначити, що «провали» в соціальному обміні – річ повсякденна, адже люди – не автомати і в силу їх людської природи часто діють нерационально (під впливом почуттів) або вибірково раціонально (нехтуючи інтересами інших і всіляко обертаючи ситуацію на свою користь). Водночас у певному обсязі загальна маса реальних або потенціальних резонансних «провалів» все ж може бути проконтрольована в соціальному плані і належним чином скоригована. Більше того, такий контроль є об'єктивно необхідним: якщо ситуації «провалів» розповсюджуються у часі і просторі, набувають регулярного, системного характеру, це примножує рівень конфліктності в суспільстві і може загрожувати його нормальному існуванню в цілому або в його суттєвому фрагменті; кризові процеси, що при цьому виникають, можуть розвиватися до стану катастроф (руйнацій) на різних рівнях суспільної ієрархії.

За таких умов як самозахисна реакція суспільства виникають і реалізуються специфічні відносини, спрямовані на подолання викривлень, на збереження засад, на яких мають здійснюватися зважене спілкування і раціональний обмін, здатний достатньою мірою надати кожному те, чого він прагне. Ці відносини можна назвати *«відносинами справедливості»*. Їх зміст – досягнення стану, коли той, хто потерпів у результаті «провалу» і не отримав того, на що сподівався, все ж зрештою отримує його або його прийнятне заміщення; з іншого боку, хтось позбавляється блага, яке він здобув або яким користується безпідставно. Елементарні приклади: людина купила товар, що виявився неякісним (провал), однак через доступні механізми мирно змогла замінити його на прийнятний; людина таємно присвоїла чужу річ (провал), однак була викрита, в результаті чого річ повернулася до справжнього власника, а таємний присвоювач (крадій) був покараний; студент не виявив належного старання в процесі навчання у закладі вищої освіти (провал) і був відрахований за неуспішність; сумлінний державний службовець через механізм клопотань та оскаржень домогся переведення його на вищу посаду в ситуації, коли на цю посаду претендувала менш заслужена особа (провал). Таких прикладів можна наводити безліч, ситуації «провалів» у нормальному процесі

соціального обміну виникають на різних рівнях соціальних ієрархій (між людськими індивідами, групами, спільнотами тощо), а описане виправлення демонструє те, що може бути названо механізмом «поновлювальної справедливості». Прогрес людського суспільства, однак, полягає у розвитку механізмів не стільки поновлювальної (хоча вона є дуже важливою), скільки «запобіжної справедливості», тобто налагодження такого режиму відносин між соціальними суб'єктами, який виключає або принаймні мінімізує ймовірність «провалів».

Згадані відносини справедливості і є соціально-онтологічною основою права. Його *практична* (соціальна) спрямованість – *попередити викривлення в системі соціального обміну та подолати результати викривлень, які відбулися*. *Логічна* спрямованість права (ідея, сенс, зміст відповідного концепту) – постійна і неухильна *боротьба за справедливість*, тобто за такий стан, коли кожен отримує те, що мав би отримати в рамках соціального обміну (соціального спілкування), або, як визначали стародавні римляни,<sup>3</sup> «кожен отримує своє» (*suum cuique*).<sup>4</sup>

Найбільш органічним сегментом соціального обміну, небезпека «провалів» у якому є особливо виразною, є, безумовно, *відносини власності*, відносини щодо отримання та управління майном, матеріальним ресурсом. Це зрозуміло, оскільки матеріальний ресурс зумовлює спосіб фізичного існування соціальних суб'єктів взагалі, нерідко – саму можливість такого існування. Тому конфлікти з приводу отримання, руху і контролю матеріального ресурсу найбільш тяжкі на всіх рівнях соціальної суб'єктності – від

<sup>3</sup> Тут і далі за текстом, переважно у зносках, зроблено спроби проілюструвати наведені у статті концептуальні положення прикладами історичної практики. Згадані спроби є дещо хаотичними, можливо, недостатніми для того, щоб підтвердити певні закономірності виникнення і функціонування права в історії людства. Це – вимушений авторський «гріх»: прагнення при висловлюванні теоретичних положень бути гранично доказовим і спиратися на прояви надзвичайно багатой історичної правової практики різних часів і різних народів могло б легко перетворити статтю на невелику монографію. Водночас мені видається, що будь-який фахівець, обізнаний необхідною мірою у сфері історії права і держави, може без особливих труднощів навести чимало не згаданих тут прикладів на підтвердження того, про що стверджується у цій роботі.

<sup>4</sup> У стародавній латині зазначене смислове наповнення основних правових понять виявилось чітко зафіксованим на вербальному рівні. Так, латинське «*ius*» є основним поняттям для позначення явища права; спільнокореневе з ним слово «*justitia*» позначає одночасно «справедливість» і «правосуддя» (що є цілком логічним, якщо виходити з розуміння тими ж римлянами правосуддя як «твердої та неухильної волі надавати кожному його право» (у визначенні Доміція Ульпіана дослівно – «своє») (*Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi* – Ulpianus). (Щодо позиції Доміція Ульпіана у цьому питанні див. докладніше: Lucilius A. Emery, *Concerning Justice* (New Haven: Yale University Press, 1914), 26 and next, <http://www.gutenberg.org/files/31504/31504-h/31504-h.htm>). Таке ж ім'я має й богиня правосуддя і захисниця справедливості у Римському пантеоні богів *Justitia Augusta* (еквівалент давньогрецької Феміди). Щоправда, у римлян питаннями справедливості опікувалась ще одна богиня – *Aequitas*, що не дивно: згадані тут поняття (та фігури, що їх уособлюють) є логічно взаємопов'язаними, адже саме право римляни надзвичайно влучно визначали як «мистецтво добра і справедливості» (*ius est ars boni et aequi* – Ulpianus).

окремих людських індивідів до народів і держав. Однак, як раніше згадувалося і як впливає з наведених вище прикладів, сфера соціального обміну не вичерпується відносинами власності, відповідно ними не вичерпується і сфера, де має бути забезпечена справедливість.

2. Крім соціально-онтологічної основи права, якою, як щойно зазначено, виступають реальні людські стосунки щодо підтримки справедливості в їх спілкуванні між собою з приводу задоволення актуальних інтересів і потреб, незмінними в концепті права є й цілком специфічні методи, прийоми, засоби впливу на людську поведінку, які притаманні саме цьому типу соціального регулювання і через які боротьба за справедливість постає як більш-менш предметна і результативна (стовідсотково успішний результат у цій боротьбі є неможливим, про що побічно буде згадано нижче). Ці прийоми і засоби в тому чи іншому вигляді утворюють значною мірою те, що можна вважати *differentia specifica* (специфічна особливість; ознака, що відрізняє від іншого) права, і мають у тому чи іншому вигляді спостерігатись протягом усєї його історії.

## V. *Differentia specifica* права

Захистом справедливості в соціальному середовищі опікується не тільки право. Зрештою, на цей же захист спрямована й людська мораль (певною мірою – й інші соціальні регулятори, які тут не згадуються). Проте мораль – інше явище і інший концепт. Наразі є дещо невчасним спеціально згадувати про природу моралі як специфічного регулятора, однак про це буде побічно згадано в контексті визначення моментів, які притаманні виключно праву і які тим самим змістовно відмежовують концепт права від усього іншого. Ідеться, зокрема, про:

а) наявність *абсолютно визначених актів волевиявлення (вольових рішень, установлень)*, які імперативно визначають дії учасників стосунків соціального обміну в ситуаціях «провалу» або загрози «провалу». Практично є три категорії таких актів, що виникають історично послідовно і є сутнісно невіддільними одна від одної: 1) *між-суб'єктна угода* (у розвинутій формі – договір), тобто зобов'язання до певних дій, які учасники обміну через обопільне волевиявлення накладають на себе самі для уникнення «провалу», для гарантії отримання того, чого вони прагнуть. Варто зазначити, що імператив, закладений в угоді, має значення не тільки для тих, хто її уклав, а й для інших суб'єктів, оскільки нею конститууються права, які для їх реалізації потребують загального визнання. Так, право власності на конкретне майно, набуте особою в результаті укладання договору, має зобов'язуюче значення для всіх інших осіб як суб'єктів права (щонайменше для тих, хто має або міг би мати якийсь стосунок або наміри щодо згаданого майна); 2) *рішення арбітра (судді)*, тобто акт волевиявлення суб'єкта, покликаного розглянути конфлікт між суб'єктами обміну, що виявився «провальним». Фігура арбітра (судді) виникає об'єктивно, оскільки учасники реального або потенціального «провального» обміну часто не здатні самостійно розв'язати свій конфлікт у мирний спосіб і їх протистояння може мати фатальне значення, і не тільки для них самих; тому

вони змушені звертатися до авторитетної безсторонньої особи, здатної визначити, хто і якою мірою в ситуації «провалу» є правим і неправим, і вказати, як «вирівняти» (виправити) її; зрозуміло, що акт судочинства в ситуації спору або вирішення питання про відповідальність повинен мати відповідну зобов'язуючу силу, інакше суддівська діяльність втрачає сенс у принципі; 3) зрештою, *акт встановлення одного обов'язкового для невизначеного кола суб'єктів правила поведінки в ситуаціях, за яких у їх спілкуванні і у нормальному обміні виникає або може виникнути «провал»*; іншими словами, встановлення норми конструктивної поведінки через акт волевиявлення суб'єкта, за яким визнається повноваження щодо такого встановлення; *узагальнено назвемо такі акти «актами законодавства»*. Акти законодавства, закони покликані чітко описати типові моделі поведінки, необхідної для ствердження відносин справедливості, і покладаються в основу вже згаданого механізму «запобіжної справедливості»; їх призначення – вказати учасникам соціального обміну шляхи їх дій, які попередять «провал» та пов'язаний з ним конфлікт, і змусити їх до відповідної поведінки.<sup>5</sup>

Підкреслимо: характерною рисою всіх згаданих актів є тенденція до їх *абсолютної (гранично чіткої) визначеності* – в плані, зокрема, позначення ситуацій, щодо яких акт прийнято; дій, які потрібно вчинити або від яких необхідно утриматися; суб'єктів, яким приписується діяти у відповідний спосіб. Суттєвим аспектом прагнення до абсолютної визначеності в цьому плані є також відшукання шляхів та способів *гранично досконалої формалізації* (зовнішньої фіксації) цих актів; історично найбільш ефективним із таких способів є їх *письмова* (документальна) фіксація з відповідним символічним оформленням (підпис, печатка, бланк тощо). Наявність такого роду актів не характерна для сфери моралі; моральні заповіді не еквівалентні закону як правовому регулятору, моральна сентенція щодо негідного вчинку не еквівалентна судовому рішенням або вироку; жоден із цих правових актів не апелює до людської совісті – могутнього морального чинника; зрештою, мораль є дуже слабо формалізованим регулятором;

б) *абсолютну обов'язковість цих актів*. Тільки через обов'язковість акта для всіх і для кожного та їх беззаперечність можна реально розраховувати на уникнення «провалів» (конфліктів) у соціально небезпечних (масових) обсягах. За змістом ці акти не є про-

<sup>5</sup> Якщо проаналізувати акти законодавства стародавніх часів (що, як вважається, відтворюють здебільшого відповідні звичаї або початкову судову практику, яким акт законотворення надає юридичного значення), вони в абсолютній більшості містять норми, спрямовані саме на відновлення балансу інтересів у «провальних» обмінних відносинах, а також на попередження «провалів» через встановлення відсутніх санкцій за порушення цього балансу. Уже пізніше, з формуванням в історії функції професіонального законотворення, а також органів, що забезпечують її виконання (такими органами майже в усі часи є провідні політичні структури, оскільки закон має походити від влади і спиратися на владу), в актах законодавства починають відтворюватися поточні (кон'юнктурні) політичні інтереси. Тим самим акти законодавства набувають подвійного значення (як політичні акти і як акти права), причому їх політична спрямованість нерідко перекреслює їх значення як актів права. Феномен замовленого, тенденційного, несправедливого законодавства є предметом філософської критики ще з античних часів.

ханням, побажанням, умовлянням; вони є *імперативами* (владними вказівками, приписами) і не залишають вибору в плані того, дотримуватися їх чи ні; дотримуватися цих приписів мають усі і кожного разу, коли виникає передбачена приписом ситуація. Моральні норми не передбачають такої жорсткості; будь-яка мораль презюмує свободу волі суб'єкта та його здатність робити моральний вибір. Крім того, абсолютна обов'язковість передбачає й адекватну (зіставну) реакцію на факт недотримання актів права; відомо, що заходи правової відповідальності також часто перебувають (в історії більшості народів зазвичай перебували) на грані абсолютного (смертна кара, членоушкодження, таврування, довічне ув'язнення, довічне позбавлення статусу, довічне вигнання тощо). Ці та навіть більш м'які заходи правової відповідальності (майнові, адміністративні, дисциплінарні санкції тощо) відстоять дуже далеко від усіх форм морального осуду;

в) *абсолютну владу, яка повинна забезпечити щойно згадану обов'язковість*. Принцип обов'язковості і влада – речі нерозривні. Обов'язковість, тим більше абсолютна, – вимога, що не тільки рятує учасників спілкування (чого вони часто самі не усвідомлюють), а й у певних аспектах обтяжує тих, хто хотів би швидко й ефективно діяти на власну користь, не дуже переймаючись інтересами інших чи зважаючи на встановлені обмеження та заборони; спокуса ухилитись від обов'язкових вимог присутня завжди. Однак принцип обов'язковості повністю втрачає практичне значення, якщо ним можна знехтувати (не дотриматись вимог без жодних наслідків). Те, що робить обов'язковість живою й дієвою, є реальною загрозою неминучої кари за відступ від неї, тобто кари, завданої примусово, із застосуванням насильства до порушника. Насильство – це сила, а сила – це влада. Відповідно *абсолютна обов'язковість актів* (не тільки законодавчих) зумовлює наявність абсолютної влади, сила якої розповсюджується на всіх без винятку, хто перебуває під її контролем, і включається щоразу, коли вимоги встановленого акта (припису) порушено. Тут необхідно зазначити про різницю влади абсолютної (вона необхідна для функціонування права) і влади абсолютистської (що має в основі неконтрольоване насильство, інспіроване довільним інтересом суб'єкта влади, а тому завідомо несправедливою і далекою від права).

*Уособленням абсолютної влади є держава – специфічний суб'єкт, повноважний здійснювати владу, тобто примусово визначати і контролювати поведінку людей у рамках конкретного простору; втіленням державності є також інститут громадянства (підданства), який засвідчує підпорядкованість людини згаданому суб'єкту влади та перебування під його захистом чи переслідуванням за порушення законів (юрисдикцією). За фактом, щоправда, можуть існувати й quasi-державні структури, які виконують її функції там, де їх не здатна виконати сама держава (внаслідок нерозвинутості, слабкості її інститутів тощо).*

Наявність системи абсолютної влади, покликаної забезпечити абсолютну обов'язковість актів справедливості, тобто наявність держави – головне, що відрізняє право від моралі та інших соціальних регуляторів.



Таким чином, спостерігаючи в наявності 1) практику укладання соціальними суб'єктами різнопланових угод (у завершеній формі – договорів) та їх реалізації; 2) інституту, що творять акти судочинства в результаті розгляду спорів, спровокованих «провалами» нормального обміну, або питань відповідальності за дії, що спричинили «провал»; 3) інституту, що творять акти законодавства та контролюють їх додержання (у сукупності всі згадані інститути утворюють державу), а також констатуючи, що згадані практики та інститути забезпечують прийнятний у даному суспільстві рівень підтримки справедливості у відносинах соціального обміну, ми маємо підстави для констатації того, що в даному соціальному середовищі існують і функціонують сформоване право і відповідно підстави для використання цього поняття. При цьому обов'язково беремо до уваги, що всі згадані складові правового способу регулювання мають прояви, відповідні історичному моменту, в рамках якого вони спостерігаються.<sup>6</sup>

## VI. Декілька слів про абсолютність

З огляду на згадане може постати питання: чому в контексті викладеного наполегливо акцентується увага на *моменті абсолютності*, чому він виводиться як визначальна специфічна риса права? Які логічні підстави для цього? І взагалі – що цей момент означає, як розуміти абсолютність у контексті згаданого?<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Цілком очевидно, прояви права, яке є в часі функціонально незмінним або майже незмінним, дуже суттєво відрізняються залежно від історичного моменту, від конкретних соціальних передумов, від ступеня розвитку цього регулятора. У зв'язку з цим вважаємо за можливе відіслати читача до відносно старої роботи, спеціально присвяченої згаданій проблематиці (Євген Бурлай, «Деякі аспекти правогенезу (Витоки міжнародного права. Чинник війни)», *Український часопис міжнародного права* 6 (2006): 9–54).

<sup>7</sup> У філософському значенні «абсолютність», «абсолют», «абсолютне» (від лат. *absolutus* – безумовний, безмежний, досконалий) є умоглядними категоріями. Абсолютність практично неможливо зафіксувати емпірично, хоча певні фактологічні передумови для цього є (приміром, якщо в приміщенні нікого і нічого немає, про нього кажуть як про «абсолютно» пусте; якщо людина немає уявлення про якусь іноземну мову, вона стверджує про її «абсолютне» незнання). Але в принципі абсолютне – це продукт уяви, логічного моделювання, ідеальна конструкція; у цьому плані абсолютне може існувати і доводитися лише як логічне твердження. Забігаючи трохи наперед, зазначимо, що щойно згадане має суттєве значення для пояснення особливостей права. З одного боку, можна констатувати, що для застосування до нього абсолютних характеристик існують певні фактологічні підстави (про які у цій статті трохи згадується). З іншого боку, використання такої відстороненої від предметної реальності категорії відстороняє від предметної реальності і саме право. Це має наслідком те, що воно сприймається не емпірично, а суто логічно, є сферою певних значень, які не можна відчутти, але можна мислити. Послідовний кантіанець Г. Кельзен вважав правом сферу нормативних значень або просто норм, тобто правил відносно того, як особа повинна діяти за певних обставин (зміст норми – повиннісна поведінка); відповідно правознавство він вважав специфічною наукою, що не встановлює причинно-наслідкові зв'язки (з чим мають справу емпіричні науки), а вивчає логіку згаданих нормативних значень, їх динаміку (див. про це докладніше: Ганс Кельзен, *Чисте Правознавство: З дод. Проблема справедливості* (Київ: Юніверс, 2004), Розділ третій. Право і наука; Hans Kelsen, *The Theory of Law and State*, with a new introduction by A. Javier Trevino, 3d edition (Transaction Publishers, 2009), Ch. XII. Normative and Sociological Jurisprudence, <https://>

Говорячи про абсолютність у позначених вище проявах, ми, можливо, торкаємось найтаємнішого, найзагадковішого аспекту концепту права. За своєю суттю абсолютне – це те, що не має обмежень, є гранично вичерпним, всеосяжним, завершеним; і дійсно, без такого підходу, без ідеї, без принципу всеохоплення, всепоглинання, всепідкорення, всевизначеності право як специфічний соціальний регулятор унеможливується. Об'єктивна потреба та суб'єктивна інтенція беззаперечно визначати через обов'язкові акти поведінку всіх і кожного під загрозою відкритого та невідворотного примушування до такої поведінки у випадках ігнорування чи опору їх вимогам з метою ствердження відносин справедливості лежить у його основі. Вагомим метафізичним аргументом на користь такого висновку може слугувати вже згадана вище давньоримська формула «*Suum cuique*» («Кожному своє»).<sup>8</sup> Згідно з нею очікуване благо за наявності належних підстав або заслужене обмеження в рамках соціального обміну має отримати *кожен*, хто опинився в «провальній» ситуації чи спричинив її; відповідно система взаємодії членів суспільства та дії його інститутів мають бути побудовані таким чином, щоб *ніхто* не виявився ошуканим чи обійденим цінностями, що циркулюють у ньому; щоб *ніхто* не зміг уникнути утисків за порушення заборон чи необхідних вимог; щоб *кожен* зміг уникнути провалу у виправданих очікуваннях або подолати наслідки його настання. Тим самим формула «*Suum cuique*» максимізує адресність принципу справедливості, формує його як такий, що стосується всіх без винятку. «Ніхто» чи «кожен» – терміни граничного, абсолютного значення.

Але крім ідеї, згідно з якою справедливість має бути дотримана стосовно усіх і кожного, існують і суто практичні передумови ствердження моменту абсолютності як невід'ємної ознаки права. Очевидно, наприклад, що рішення суду, яким за особою ви-

[books.google.co.in/books?id=YWhMInvF\\_I0C&printsec=frontcover&source=gbs\\_book\\_other\\_versions\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](https://books.google.co.in/books?id=YWhMInvF_I0C&printsec=frontcover&source=gbs_book_other_versions_r&cad=4#v=onepage&q&f=false)). Цікаво зазначити, що такий методологічний підхід так чи інакше відтворюється і в сучасних філософсько-правових дослідженнях, у тому числі при спробах дивитися на право більш широко, ніж тільки як на нормативну систему. Так, наприклад, за висновком С. І. Максимова, українського дослідника, який уже тривалий час досліджує феномен правової реальності, «...“першореальність” права слугує смыслом права, що полягає у певній повинності (належному). Таким чином, право являє собою деонтологічну реальність, тобто ідеально сконструйоване буття, суть якого полягає в повинності (належному)», і хоча воно не замикається на самому собі, знаходить вираження в емпіричному світі, але все ж не зводиться до соціальних фактів» (Сергій Максимов, «Що є право? Ключові моменти концепції правової реальності», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2016): 344).

<sup>8</sup> Я не вважаю згадану формулу локальною культурною цінністю давньоримського соціуму і визнаю за нею більш-менш універсальне значення, оскільки вона сформульована як філософське положення, як надзвичайно складна і потужна абстракція, що визначає логічний зміст поняття «справедливість»; до того ж ідея належного розподілу благ, що циркулюють у соціумі, та адекватної, співмірної оцінки людських вчинків характерна для багатьох концепцій справедливості. Як на приклад пошлемося лише на одну, зіставну в часі з давньоримською, що представляє, однак, зовсім іншу культуру. Розмірковуючи про справедливість у сфері державних справ, легендарний китайський філософ Кун Фу-цзи (Конфуцій) зазначав: «Не опікуйтесь малою часткою, опікуйтесь рівномірністю розподілу; не опікуйтесь бідністю народу, опікуйтесь нестабільністю життя» (цит. за: Сюй Ли, «Концепції справедливості в філософських школах древнього Китаю», *Преподаватель XXI век* 1 (2013): 234).

знається конкретне право (володіння річчю, отримання спадку, отримання конкретного блага в силу укладеного договору, компенсації шкоди, завданої неправомірною дією, тощо), зобов'язує не тільки сторони справи. Воно зобов'язує *всіх*; *ніхто* не може завадити здійсненню права, якщо його підтвердив інститут влади, спеціально створений для цього. Кількість осіб, що причетні або можуть стати причетними до процесу здійснення зазначеного права, ніколи точно не відома, за логічним припущенням це – нескінченна множина; однак обов'язковість судового акта має поглинути цю нескінченність, вона сама має бути нескінченою, безмежною. Ще більшою мірою це стосується обов'язковості закону, яким встановлено певні правила людської поведінки. Кількість адресатів цих правил ніколи не є визначеною, вона являє собою в кінцевому підсумку ту ж безмежну і динамічну нескінченність. Обов'язковість закону, однак, постає над нею, долає її. *Підзаконності дії*, що можуть бути повторені *повсякденно і повсюдно у невизначеній кількості випадків*, можна очікувати лише за умови використання інструментів зобов'язання необмеженої сфери дії.

Однак і це ще не все. Вище згадувалось про тенденцію актів права до абсолютної визначеності, до гранично досконалого чіткого, недвозначного втілення в надійних інформаційних носіях. Інакше і бути не може, оскільки, по-перше, ніхто не повинен мати сумніву в тому, яку поведінку визначають акти права; щодо неї має бути гранично можлива ясність, інакше вимоги актів неможливо виконати без ризику, що зробиш щось не так і не будеш покараний за це; по-друге, однаковий чіткий зміст припису має бути доведений до відома граничної множини адресатів (про правові приписи повинні знати всі; їх незнання не рятує від відповідальності).<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Презумпція знання закону, настання відповідальності незалежно від того, знає особа закон, який вона порушила, чи ні, – стародавні правові принципи. У різні історичні часи використовуються доступні засоби для їх реалізації. Так, закони Мойсея були викарбувані на кам'яних скрижалях і відтворені в священних текстах; закони царя Хаммурапі також були закарбовані в камені і розміщені на роздоріжжі найважливіших торговельних шляхів на підступах до Вавилону. У Стародавньому Римі Закони XII таблиць були вирізьблені на 12 спочатку дерев'яних, а далі – мідних дошках, які були виставлені на Форумі для того, щоб усі могли ознайомитися з їх змістом, а далі не могли відговорюватися їх незнанням. Закони міста-поліса Гортина (стародавній Крит) були викарбувані на стіні будівлі, у якій здійснювалося судочинство. В епоху Середньовіччя мали місце інші практики. Так, у країнах Європи розповсюдженою формою інформування про правові акти було відрядження спеціальних глшатаїв, які доносили зміст королівських указів по всій території країни, нерідко – у віршованій, навіть пісенній формі (для більш легкого вивчення і запам'ятовування). У той же час в імператорському Китаї створювалися дуже складні за змістом і структурою кодекси, на основі яких мало бути одноманітно впорядковане життя мешканців колосальної території; з цією метою кодекси тиражувалися (винайдений у тому ж Китаї папір як найбільш зручний носій записаної інформації дозволяв це зробити), розсилалися в усі провінційні та повітові центри й адресувалися насамперед суддям, що формували єдину правову практику в межах держави. Можна навести й інші приклади прагнення до якомога широкого і надійного інформування про правові акти в старі часи. Поява друкованого тексту і друкованих засобів масового інформування утворює більш-менш реальне технологічне підґрунтя для реалізації презумпції знання закону, хоча сам термін «презумпція» говорить про те, що суцільне знання закону – не більше ніж припущення. На практиці, як це добре відомо, і в сучасні часи громадяни

Абсолютна визначеність, абсолютна інформованість, абсолютна обов'язковість, абсолютна всеохопленість, абсолютна влада.<sup>10</sup> Як можна бачити, тенденція до абсолютності є *закономірною* для даного способу соціального регулювання. Є очевидним, що вимога абсолютності у зазначених та інших проявах – це не мрія, не сподівання, не побажання; це – необхідний робочий інструмент регулювання. Відмова від принципу абсолютності означала б відмову від спроби впорядкувати суспільне життя за допомогою правового регулятора, відмову від самого права, тобто відмову *від боротьби за справедливість у межах суспільного цілого* і від спроб звести до розумного мінімуму практику «провалів» у системі соціального обміну і в людському спілкуванні.

Але разом з тим...

### VII. Найдивовижніше. Неможливість абсолютного і формальність права

... кожна реально мисляча людина, що не є мрійником, фантазером, утопістом і вирішує повсякденні життєві проблеми в реальному людському середовищі, розуміє, що в усіх зазначених проявах здійснити вимогу абсолютності *неможливо*; успіхом і, мабуть, реальною метою в даному плані можна вважати лише можливу поступову позитивну динаміку, що залежить від низки соціальних чинників переважно метаправового характеру. Який із вищезгаданих аспектів абсолютності ми б не взяли, щодо кожного можуть бути констатовані і проаналізовані чинники, що унеможливають їх повну реалізацію. Дійсно, за фактами, що спостерігаються в усі часи, і чому є відповідні історичні підтвердження, жодний правовий акт не є визначеним на сто відсотків; кожний (подекуди навіть простий договір чи заповіт) може містити неясності, породжувати непорозуміння і вимагати тлумачення. «Визначеність» – узагалі відносне поняття, навіть наукові, багаторазово доведені визначення та умовиводи рідко можуть претендувати на значення абсолютних, тобто логічно завершених та беззаперечних (хіба що математичні формули та закони фізики); що ж вже казати про положення, які визначаються (формулюються) в текстах звичайних правових актів попри всі претензії тих, хто їх створює? Навіть тексти сучасних писаних конституцій, у яких за логікою є виваженими кожна літера і кожна кома, самими конституцієдавцями не вважаються остаточно

в абсолютній більшості дуже мало обізнані в аспекті законодавства, яке діє в країні, тобто презумпція знання закону залишається не більш ніж припущенням; якщо ж брати до уваги, що, навіть знаючи про закон, звичайна людина часто мало що в ньому розуміє і здатна практично використати, це припущення наближається до значення фікції (твердження про дійсне, якого насправді нема).

<sup>10</sup> Чудовим прикладом тенденції до абсолютного можна вважати давньоримську сентенцію *Fiat justitia pereat mundus!* (Хай перемаже справедливість (правосуддя), хоча б загинув світ!). Сентенція, безумовно, пафосна, однак вона абсолютно логічна. Сенс юстиції саме й полягає в ствердженні справедливості, у тому, щоб зробити для цього все можливе. Якщо цього не робиться (якщо, наприклад, неможливо забезпечити можливість прийняття незалежних, неупереджених рішень у спорах про порушені права або у справах про звинувачення), то існування самих інститутів юстиції втрачає сенс, перетворюється на абсурд; за логікою вони просто повинні зникнути.

ясними і зрозумілими (визначеними) і передбачають механізми їх власного тлумачення (офіційного роз'яснення). Ніколи, далі, уся маса реальних та потенційних адресатів правових приписів не поінформована про них повністю і ніколи в історії не було такої ситуації, коли вся маса адресатів розуміла припис саме так, як його розумів його творець; закономірності комунікативного інформаційного процесу, а також формування, трансляції та сприйняття текстів (закони герменевтики) виключають це. Ніколи вимога тотальної обов'язковості актів не реалізується; їх приписи в більшій чи меншій кількості так чи інакше не виконуються, у тому числі з причин суто об'єктивних, незалежних від людської злої волі; воля ж людська часто буває злою і втілюється в правопорушеннях у силу злих обставин, які людина неспроможна змінити. Права суб'єктів, чим би вони не визначалися – їх власними договорами, судовими рішеннями, адміністративними чи законодавчими актами, у певному відсотку завжди неодмінно порушуються, причому сучасна статистика індексує правопорушення в перерахунку на контингенти, що репрезентують усе населення контрольованої державою території, і виявляє певні об'єктивні тенденції у масовій динаміці правопорушень. Абсолютної влади, усім проявам якої беззастережно корилися б усі підвладні, у світі теж не існує: так, майже кожна державно організована країна має своє усталене девіантне середовище з його найбільш розвинутою складовою – організованим криміналітетом, який у певних аспектах є принциповим антагоністом по відношенню до офіційних інститутів влади і практично ігнорує базові конституційні принципи; крім того, історія державності є надзвичайно багатю на приклади, коли зацікавлені соціальні угруповання через політичні маніпуляції або пряме насильство змінюють інститути влади або знищують персон, що їх уособлюють; зрештою, немає такої влади, яка не відчувала б деструктивний вплив із-за кордону, який неодмінно позначається на внутрішніх справах, на ситуації у підвладній території.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Щойно описана відносна об'єктивна безсиласть правового регулятора ні для кого не є секретом. Про неї добре знають пересічні громадяни; тим більше про це знають професіонали-правники, особливо ті, що володіють мистецтвом словесного шулерства або текстуальної казуїстики і використовують доступні правові інструменти для досягнення результату, часто далекого від вимірювання в категоріях справедливості. Ще краще про це знають ті, хто творять закони: в усі часи творці законів – це практичні політики, а політичні міркування здебільшого наближені до приземлених інтересів окремих впливових груп чи навіть осіб, раціоналістичні, цинічні і позбавлені будь-якої лірики (у тому числі й про химерну справедливість). На фоні згаданого доводиться констатувати до певної міри сумну закономірність: у суспільстві з більш-менш розвинутою системою соціального обміну для виконання соціально необхідної функції ствердження системної справедливості формується колосальна правова машина, коефіцієнт корисної дії якої навіть у кращому випадку є відносно невисоким з об'єктивних причин; він може бути зовсім низьким через брак у конкретному суспільстві позитивних правових традицій і правової культури (дефектів у суспільній правосвідомості). Відповідно весь суспільний процес боротьби за ствердження справедливості у людських взаємовідносинах хоч і відбувається об'єктивно (оскільки зумовлений кумулятивною людською потребою), однак є надзвичайно суперечливим і вразливим; тож на будь-якому соціумі із складною структурою і складною

*Загадкова, дивовижна річ! Маючи рушійною силою свого існування і розвитку об'єктивну тенденцію до абсолютного, право прагне того, що в реальності є об'єктивно неможливим!*

Цей парадокс має не менш дивовижні наслідки. А саме: *неможливість* здобути абсолютність реальну, дійсну, живу, практичну (коли всі сто відсотків підвладних, свідомих і сумлінних у правовому відношенні громадян живуть по гранично зважених, чітких правилах, установлених досконалою державою на сто відсотків бездоганним, зрозумілим усім законом) і *така ж неможливість* відмовитись від принципу абсолютності (вище показано об'єктивність тенденції до абсолютного у праві) зумовлює переміщення принципу абсолютності у сферу того, *що не відбувається, а має відбутися*,<sup>12</sup> а саме право як носій абсолютного переноситься відповідно зі *сфери реально суцього у світ номінального, у сферу формальних значень, якою можна охопити все.*

Таким чином, тенденція до абсолютності втілюється ще в одній унікальній ознаці права – *його формальності*. Дійсно, *право в принципі, а ще більше в практичному плані – це царина формального, сфера, де позначення того чи іншого об'єкта дійсності виступає на безумовний перший план, а сам об'єкт відходить на другий, на третій чи більш дальній план, якщо не знімається з рахунків зовсім. Світ реальних речей, людей і подій у праві заміщується їх формально-документальними двійниками. У праві та сфері, де воно функціонує (юриспруденція), фактологічні характеристики людей і речей втрачають практичне значення; для правових установ, для суду, для юристів байдуже, що відбувається в предметній дійсності; значення має те, що про конкретну людину, річ чи перебіг подій фіксують документи про них. Справжні, дійсні характеристики не існують юридично, поки вони у встановлений спосіб не задокументовані чи не формалізовані (не позначені) в інший прийнятний у даній правовій системі спосіб. До професійного правника у випадку потреби представити інтереси в рамках конкретних правовідносин не приходять звичайна людина із плоті і крові. Перед ним постає *носій певного статусу та конкретних прав і обов'язків*, про наявність яких свідчать не його слова чи ще якась емпірика, а виключно документи або інші визнані правовою системою джерела достовірної доказової інформації. Подібні висловлювання можуть видатися дещо перебільшеними, але на суть справи це не впливає: юриспруденція дійсно є сферою, де панують не факти, а акти щодо цих фактів із відповідним обсягом їх юридичного (обов'язкового для врахування) значення, яке визнається за ними чинним правом порядком.*

системою взаємовідносин його членів щодо обміну тим, що є для них цінним, лежить прокляття завжди бути несправедливим (меншою, а частіше більшою мірою).

<sup>12</sup> У цьому плані характерним та методологічно важливим вважаємо зауваження класичного римського юриста Павла, який, визначаючи суть права, зокрема, зауважував: «Говориться, що претор висловлює право (вносить рішення), навіть якщо він вирішує несправедливо; це (слово) відноситься не до того, що претор зробив, але до того, що йому належало зробити» (*Дігести Юстиніана*, книга перша, титул перший "Про справедливість і право," пункт 11, <https://scicenter.online/kniga-rimskoe-pravo-scicenter/digesti-yustiniana-170635.html>).

Формальність права як його іманентна, суттєва характеристика не може не відбиватися в поняттях і категоріях, які фіксують і пояснюють це явище; вони звичні для професійних юристів, однак людині, незнайомій з правовими поняттями і далекій від юридичного мислення, їх подекуди важко збагнути. Візьміть, наприклад, категорію «*правоздатність*». Це – одна з основоположних правових категорій, вона покликана визначити, хто в принципі може бути учасником правових стосунків, тобто виступати носієм певних прав та обов'язків. Абстрактно відповісти на питання, хто і якою мірою є правоздатним у рамках тієї чи іншої правової системи, неможливо, для цього потрібно орієнтуватися у відповідному колі джерел, де якесь право чи обов'язок за відповідним суб'єктом є передбаченим. За загальним принципом сама категорія суб'єктності передбачає наявність постаті, яка осмислено орієнтується і доцільно діє у певному соціальному середовищі; інакше як вона може реалізувати себе в рамках свого права і як вона може виконати те, чого вимагає від неї її обов'язок? У праві, однак, виявляється, що правоздатністю (формальною здатністю мати права і обов'язки) може володіти будь-яка людська істота, навіть щойно народжена на світ, а інколи й навіть ще не народжена (якщо, наприклад, у заповіті діда міститься розпорядження щодо успадкування частини його майна гіпотетичним онуком, який ще не народився, але може бути народжений). На фоні щойно згаданого логічно говорити і про правосуб'єктність померлої людини: як суб'єкта її вже нема, але її воля, втілена у тому ж заповіті, може ще тривалий час після її смерті визначати долю речей і до певної міри – людей. Історія права і правової думки знає чимало випадків визнання правоздатності не лише за людськими, а й за іншими живими істотами; це має місце і в сучасні часи, коли спадкоємцями у заповітах визначаються домашні тварини або коли правоздатністю в офіційному порядку наділяються ті ж тварини (досвід Іспанії, Швейцарії, інших країн) або об'єкти природи (у Новій Зеландії нещодавно в судовому порядку визнано юридичною особою річку).

Ще один цікавий приклад – категорія «*юридична особа*». Лише в рамках правового регулятора можливе існування такого дивовижного суб'єкта. У предметній, емпіричній дійсності ніяких юридичних осіб нема, є групи людей, об'єднані певним процесом (виробничим чи іншим), але саме таке об'єднання безвідносно до тих, хто його утворює, як вважається, являє собою окрему особу, що не дорівнює сумі власних складових, а є чимось автономним, самостійним, особою *sui generis*. Ця міфічна особа, яка існує не фізично, а суто формально (віртуально, інформаційно), визнається такою, що володіє правами і обов'язками, чому вона й дістала назву «юридичної»; і якщо у встановленому порядку оформлено документи про її утворення, пройдено державну реєстрацію, затверджено статут, відкрито банківські рахунки, укладено договори, на виконання цих договорів документально зафіксовано певну діяльність та її результати, зафіксовано певний рух коштів по бухгалтерії, укладення нових договорів тощо, то навіть подекуди незалежно від того, якою мірою фактично реалізуються її статутні завдання, ця особа живе своїм формально-юридичним життям доти, доки вона не буде в установленому порядку виключена з відповідних реєстрів.

Відносно близькою до категорії «юридична особа» за мірою закладеного в неї юридичного формалізму є категорія «суверен», що позначає суб'єкта – носія «суверенітету». Зазначимо, що лише в рамках правового регулятора могла виникнути і набути могутнього віртуального життя ця базова для сучасного міжнародного (та й не тільки міжнародного) права категорія. Окрема країна по факту може радикальним чином залежати від інших країн або від того, як розкладаються сили у внутрішньому політикумі; водночас її повноважні представники підписують відповідні міжнародні та внутрішні документи від імені держави, яка вважається «суверенною» (тобто такою, що має верховенство влади в рамках власних кордонів і гарантовану незалежність у взаємовідносинах поза цими кордонами). Держава, до речі, в правовому розумінні – це не те, що зазвичай мають на увазі люди – її пересічні громадяни; це не кордон, не будівля, на якій вивішено державний прапор, не людина в уніформі тощо. Держава – це також специфічна юридична особа, юридичний суб'єкт, який зазвичай формується людьми, що проживають на конкретній території, через їх відповідне волевиявлення для задоволення їх актуальних життєвих потреб і для забезпечення їх прогресивного поступу як окремого суспільства, як соціального цілого. З цією метою і для забезпечення поточного управління та повсякденного порядку там, де проживають люди, ця особа наділяється відповідним обсягом влади (можливості визначати поведінку інших осіб); люди ж, що утворили державу, для підтримки впорядкованого існування мають коритися цій особі до тих пір, поки вона відповідає основним очікуванням громадян і не зловживає владою (випадки зловживання владою, як свідчить історія, погано сприймаються підвладними і найчастіше нічим хорошим не завершуються). Ця штучна, віртуальна, сконструйована через установчі правові документи особа репрезентована у звичайному житті діяльністю її специфічних робочих утворень – різнофункціональних органів із конкретною компетенцією. На сучасному рівні розвитку суспільств і державності окрема людина може позиватися до власної держави щодо порушення її прав (якщо, виступаючи від її імені, державний орган щось зробив не за конституцією або не за законом), причому позиватися як до національних, так і наднаціональних судових органів.

Прикладів витонченої формалістики, якою характеризується сфера права, можна наводити ще багато. Але безумовними рекордсменами в даному випадку є добре відомі правникам так звані «презумпції» і «фікції» – припущення про певні об'єкти реальності або навіть твердження про наявність таких об'єктів за обставин їх фактичної відсутності. Презумпції та фікції – це вершина правової формалістики, її вищий пілотаж. Вони виникають остільки, оскільки факти про певні особи, речі чи процеси емпірично не спостерігаються і не фіксуються (найчастіше в силу об'єктивної неможливості це зробити), однак для того, щоб нормально працював той чи інший правовий інститут, необхідно вважати, припускати, уявити, що вони хоч і не спостерігаються, але все ж таки існують (презумпція), а в особливо значущих випадках необхідно не просто висловлювати припущення, а прямо і недвозначно стверджувати про факт, не маючи



його в реальності (фікція). У якій ще сфері людської практики таке можливе? Але найбільше вражає те, що попри відвертий сюрреалізм цих юридичних інструментів вони є до такої міри розповсюдженими у сфері дії правового регулятора, що до них звикають не тільки юристи, а й звичайні люди, позбавлені професійної юридичної деформації. Для уникнення голослівності наведу лише один маленький приклад. У кожній сучасній країні її доросле населення періодично виходить на вибори на вимогу відповідних норм Конституції, яка встановлює, що здійснення народовладдя передбачає наявність представницьких органів народу, а ці останні можуть бути сформовані лише через механізм виборів. Сучасні розвинуті виборчі системи передбачають всезагальність, безпосередність, свободу виборів при таємному голосуванні; усе згадане має забезпечити можливість реального вибору (тобто визначення кожним виборцем найбільш достойного варіанта із декількох розумних альтернатив), тим самим забезпечується й те, що віддавна називається «демократією» (владою народу). Не треба бути, однак, спеціалізованим соціологом, що вивчає реальний механізм виборчих кампаній, щоб стверджувати про фіктивність як самих кампаній, так і їх результатів навіть у випадках, коли кампанії здійснюються без очевидних порушень. Адже виборці, як правило, голосують не за того, за кого хочуть, а за того, хто їм нав'язливо пропонується; вони голосують не за політичну програму (зміст та реалістичність якої часто собі не уявляють) і не за реального діяча (реальний кандидат закамфльований політичною рекламою), а швидше за набір гасел та напівміфічні фігури; у значному відсотку вони голосують не в силу власного вибору, а в силу того, що так роблять інші, ті, хто поряд; абсентеїзм (невьва виборців на ділянку, їх фактична неучасть у виборах) одразу ставить під питання додержання принципу загальності виборів. Можна згадати ще чимало моментів, що унеможливають належну реалізацію базових принципів виборчого права; їх дія є особливо відчутною в ході застосування сучасних виборчих технологій, що роблять пересічного виборця об'єктом різного роду маніпуляцій, у результаті яких обираються особи не найбільш достойні, а найбільш близькі до розпорядження відповідним інформаційним, фінансовим, адміністративним та іншим ресурсом. Як наслідок, проведені кампанії важко вважати «виборами», тим більше «демократичними», а переможців цих кампаній – справжніми виборними; реального факту обрання за встановленими принципами нема. Однак формально вибори відбулися, і з цим безумовно фіктивним юридичним фактом, як і з його правовими наслідками, погоджуються (змушені погодитись) усі.

\*\*\*\*\*

У контексті згаданого доцільно на хвилину повернутися до моралі як зіставного з правом соціального регулятора і зазначити, що вона також не позбавлена певних ознак формальності; зрештою, вона також спирається на норми, принципи, що претендують на загальне значення, мають слугувати орієнтиром для невизначеного кола осіб. Однак формальність моралі мізерна у порівнянні з формальністю права; адже мораль не вті-

люється в актах і процедурах, не передбачає статусів, чітко визначених прав та обов'язків; вона не має такої міри раціональності, як право, оскільки спирається переважно не на логіку, не на розум, а на почуття; мотивами до реалізації мораль також має не розуміння формальних вимог, сформульованих у нормативних текстах, і не усвідомлення зовнішніх негативних наслідків за їх недотримання, а відчуття того, що, діючи неморально (не «по-людськи»), принесеш зло людям і отримаєш зле ставлення навзаєм. І навпаки: ставлячись до людей по-доброму (шануючи їх і допомагаючи їм), швидше отримаєш добро у відповідь.

### VIII. Право vs реальний світ; правознавство vs емпіричні науки

Зрозуміло, що формальність – це елемент концепту права, невід'ємний феномен його логіки. Тому є доволі послідовним висновок про те, що саме він у першу чергу має досліджуватися в науці правознавства і, можливо, становити його предмет. Визначний філософ права сучасності Г. Кельзен, як уже вище зазначалося, розмірковував цілком логічно, виокремлюючи специфічний предмет науки про право (ієрархія норм зобов'язуючого значення) і закликаючи відрізнити правознавство від інших наук, особливо каузальних (тих, що досліджують причинно-наслідкові зв'язки між явищами). Як було показано вище, вимога всебічної формальної абсолютності в праві (зокрема, абсолютної обов'язковості, яку передбачає право за логікою цього поняття) в дійсності не реалізується (укладені угоди з різних причин не дотримуються, судові рішення не виконуються, закони обходяться та порушуються). Але згадані процеси можуть становити предмет правової науки лише в аспекті того, що вимоги наявних актів (норми), які визначають права і обов'язки суб'єктів суспільних відносин заради забезпечення дотримання у них принципу справедливості, або належним чином здійснюються, або порушуються, і виправити становище можливо тільки через прийняття нових актів. Якими є соціальні, психологічні та інші передумови правомірних або протиправних дій – це вже предмет не правознавства, а суміжних наук (соціологія, антропологія, психологія, деліктологія, кримінологія тощо).

Водночас не потрібно забувати, що право попри всю його специфіку – це суспільний регулятор, соціальне явище. Воно вивисується над суспільством, але не може бути вільним, відірваним від нього; як згадувалося на початку статті, воно й виникає в силу відповідної суспільної потреби – долати резонансні «провали» у відносинах соціального обміну, гасити пов'язані з цим конфлікти. Право – абсолютно необхідний засіб устаткування та забезпечення передбачуваного, спокійного поступу суспільства у напрямку забезпечення благополуччя його членів; якщо ж суспільство постійно лихоманить, це означає насамперед нерозвинутість або дефектність наявного в ньому правового регулятора. Для того щоб у цьому плані мати позитивний ефект, необхідно оволодіти вишуканим мистецтвом *конвертувати дійсне у правове* (фактичне – у формалізоване), а також боротися за ствердження в конкретному суспільстві відповідного рівня правової культури його членів (яка полягає насамперед у вихованні відчуття

справедливості та поваги до актів права як у процесі їх створення, так і в процесі їх виконання).

### ІХ. Деякі висновки. Право як незмінний концепт

Я скористався тезою про мінливість права для того, щоб поміркувати про сутність цього явища (яку вважаю незмінною); щоб показати, що завжди і скрізь, де б воно не спостерігалось, право є сферою боротьби за справедливість, як вона розуміється і сприймається в конкретному суспільстві, в конкретному соціальному середовищі (продати або купити людину в рабство за її власні або чужі борги в багатьох народів колись було цілком справедливим). Воно завжди передбачатиме акти, статуси, владу. Стверджуючи це, безумовно треба брати до уваги історичний момент, у рамках якого ми спостерігаємо право, а також те, що будь-яке явище еволюціонує і змінюється в часі (великий ідеаліст Г. В. Ф. Гегель закликав досліджувати поняття в його повному історичному розвитку та вивчати рушійні сили цього розвитку – діалектичні суперечності). Те, наприклад, що в стародавніх державах ми не спостерігаємо чогось схожого на сучасний нотаріат, сучасні документи, сучасні процедури, сучасні методи юридичного доказування, складні інстанційні системи судівництва тощо, абсолютно не свідчить про відсутність у відповідних суспільствах правового регулятора. Те саме можна сказати, спостерігаючи особливості історичного розвитку конкретних народів: правовий регулятор може бути непомітний серед численних виявів особливої культури кожного з них. Те саме можна сказати, спостерігаючи взаємодію в різних суспільствах різних регуляторів (морального, релігійного, культурно-традиційного тощо): переважання одного з них не свідчить про відсутність іншого. Те саме можна сказати, досліджуючи особливості правового регулювання на національному та інтернаціональному (міжнародному) рівнях. Міжнародне право, особливо стародавнє, – дуже специфічне; особливості тут до такої міри відчутні, що послідовні правники інколи взагалі заперечували його існування або відносили його до недорозвинутих, недосконалих форм буття права; однак специфічність міжнародного права не є підставою не визнавати його правом. Те саме можна сказати, зважаючи на деякі тенденції в рамках соціології права, за якими наявність правового регулятора визнається в середовищі, що не охоплюється державною організацією і потрапляє за межі державного правопорядку (церковне право, етнічне право,<sup>13</sup> місцеве громадське звичаєве право, корпоративне право, право злочинного світу тощо). У рамках цих та інших проявів правового регулювання можна спостерігати і вивчати різноманітні відмінності, констатувати цікаву мінливість і варіативність. Але не забувати при цьому про те, що в усіх випадках, коли ми називаємо певний тип соціальної регуляції «правовим», ми спостерігаємо перед собою в чомусь одноманітну соціальну практику і застосовуємо одне концептуально єдине поняття.

© Є. Бурлай, 2019

---

<sup>13</sup> Див., наприклад: Менахем Елон, *Єврейське право* (Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2002).

## Bibliography

- Burlay, Eugene. "Some Aspects of Law Genesis (Origins of International Law. Factor of War)." *Ukrainian Journal of International Law* 6 (2006): 9–54 (in Ukrainian).
- Cropanzano, Russell, & Marie S. Mitchell. "Social Exchange Theory: An Interdisciplinary Review." *Journal of Management* vol. 31 no. 6 (December 2005): 874–900.
- Digests Justinian*. <https://scicenter.online/kniga-rimskoe-pravo-scicenter/digesti-yustiniana-170635.html> (in Ukrainian).
- Elon, Menachem. *Jewish Law*. Saint-Petersburg: Yurydycheskyi Tsentr Press, 2002 (in Russian).
- Emerson, Richard M. "Social Exchange Theory." *Annual Review of Sociology* vol. 2 (August 1976): 335–62.
- Emery, Lucilius A. *Concerning Justice*. New Haven: Yale University Press, 1914. <http://www.gutenberg.org/files/31504/31504-h/31504-h.htm>.
- Fundamental Problems of Jurisprudence. Law: A Changing Concept in a Changing World: Abstracts of the All-Ukrainian Round Table (April 19–20, 2019, Kharkiv)*, edited by Sergiy Maksymov, Natalia Satokhina, Kateryna Buryakovska. Kharkiv, 2019 (in Ukrainian).
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*. Kyiv: Univers, 2004 (in Ukrainian).
- Kelsen, Hans. *The Theory of Law and State*. With a new introduction by A. Javier Trevino. 3d edition. Transaction Publishers, 2009. [https://books.google.co.in/books?id=YWhMIInvF\\_I0C&printsec=frontcover&source=gb\\_s\\_book\\_other\\_versions\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](https://books.google.co.in/books?id=YWhMIInvF_I0C&printsec=frontcover&source=gb_s_book_other_versions_r&cad=4#v=onepage&q&f=false).
- Laws of XII Tables: Readings on the History of the State and Law of Foreign Countries. Antiquity and the Middle Ages*. Moscow: Zertsalo, 2001 (in Russian).
- Li, Xu. "Justice Concepts in the Philosophical Schools of Ancient China." *Teacher of the XXI century* 1 (2013) (in Russian).
- Maksymov, Sergiy. "What is Law? Key Points of the Concept of Legal Reality." *Philosophy of Law and General Theory of Law* 1 (2016): 343–51 (in Ukrainian).

### Євген Бурлай. Концепт права: межі мінливості

**Анотація.** На фоні ідеї того, що сучасні соціальні трансформації можуть мати наслідком зміну концепту права, автор стверджує, що мінливість концепту є умовною і навіть неможливою, оскільки поняття як базова (висхідна) логічна одиниця в усіх випадках його застосування має позначати єдине за сутністю явище (притому що зовнішньо це явище може виглядати по-різному). На його думку, незмінною в концепті права є його онтологічна основа, яку складають специфічні соціальні відносини, спрямовані на подолання провалів, що виникають у зваженому людському спілкуванні та соціальному обміні (відносини справедливості); відповідно логічна спрямованість концепту права – це боротьба за справедливість, за стан, коли кожен у конкретних умовах має віддати іншим і отримати від інших певне благо (*suum cuique*). Крім соціально-онтологічної основи права незмінними в концепті права є притаманні лише йому методи, механізми, засоби визначення людської поведінки, а саме: а) абсолютно визначені акти волевиявлення (установлення), які визначають дії учасників соціального обміну в ситуаціях «провалу» або загрози «провалу» (акти угод або договорів, акти судівництва або арбітражу, акти законодавства); б) чинник абсолютної обов'язковості цих актів; в) абсолютна влада, яка забезпечує цю обов'язковість. Уособленням абсолютної влади є держава – специфічний суб'єкт, повноважний здійснювати владу, тобто визначати і контролювати поведінку людей у рамках конкретного простору примусово.

Суттєву частину статті присвячено феномену абсолютного у праві. Право з огляду на його онтологію та специфічні методи та механізми регулювання тяжіє до абсолютності (абсолютна визначеність, абсолютна обов'язковість, абсолютна влада тощо), однак реально досягти її неможливо, що зумовлює перенесення права зі сфери реально суцього у сферу формальних значень, якою можна охопити все. Тому в практичному плані право – це царина формального, сфера, де реальні речі, люди, події заміщуються їх формально-документальними двійниками. Дійсні характеристики не існують юридично, поки вони не задокументовані чи не формалізовані (не позначені) в інший прийнятий у даній правовій системі спосіб.

**Ключові слова:** поняття права; соціальна основа права; соціальний обмін; провали соціального обміну; відносини справедливості; відновлювальна та запобіжна справедливість; differentia specifica права; акти права; абсолютна визначеність актів права; абсолютна обов'язковість актів права; абсолютна влада; абсолютне в праві; формальне в праві.

### **Евгений Бурлай. Концепт права: пределы изменчивости**

**Аннотация.** На фоне идеи о том, что современные социальные трансформации могут приводить к изменению концепта права, автор утверждает, что изменчивость концепта всегда условна и даже невозможна, поскольку понятие как базовая (исходная) логическая единица во всех случаях его употребления должна обозначать единое по своей сути явление (при том что внешне это явление может выглядеть по-разному). По мнению автора, неизменной в концепте права является прежде всего его онтологическая основа, которую составляют специфические социальные отношения, направленные на преодоление провалов, возникающих в сбалансированном человеческом общении и социальном обмене (отношения справедливости); соответственно логическая направленность концепта права – это борьба за справедливость, за положение, когда каждый в конкретных условиях отдает другим и должен получить от других определенное благо (*suum cuique*). Кроме социально-онтологической основы права неизменными в концепте права являются присутствующие лишь ему методы, механизмы, средства определения человеческого поведения, а именно: а) абсолютно определенные акты волеизъявления (установления), определяющие действия участником социального обмена в ситуациях провала или угрозы провала (акты соглашений или договоров, акты правосудия или арбитража, акты законодательства); б) фактор абсолютной обязательности этих актов; в) абсолютная власть, обеспечивающая эту обязательность. Воплощением абсолютной власти является государство – специфический субъект, полномочный осуществлять власть, то есть определять и контролировать поведение людей в рамках конкретного пространства принудительно.

Существенная часть статьи посвящена феномену абсолютного в праве. Право в силу его онтологии и специфических методов и механизмов регулирования тяготеет к абсолютности (абсолютная определенность, абсолютная обязательность, абсолютная власть и т. д.), однако реально достичь ее невозможно, и это обуславливает перемещение права из сферы реально суцього в сферу формальных значений, которой можно охватить все. Поэтому в практическом отношении право – это господство формального, сфера, где реальные вещи, люди, события замещаются их формально-документальными двойниками. Действительные характеристики не существуют юридически, пока они не задокументированы или не формализованы (не обозначены) иным принятым в данной правовой системе способом.

**Ключевые слова:** понятие права; социальная основа права; социальный обмен; провалы социального обмена; отношения справедливости; возобновляющая и предупреждающая

справедливість; *differentia specifica* права; акти права; абсолютна определенність актів права; абсолютна обов'язальність актів права; абсолютна власть; абсолютне в праві; формальне в праві.

**Evgen Burlay. The Concept of Law: Boundaries of Changing**

**Abstract.** On the controversy to idea that modern social transformations change the concept's of law meaning as a result author confirms that such a change is conventional or even impossible because a concept as a basic (initial) logical unit must mean the same every time it's been used. On the author's opinion unchangeable in concept of law is its ontological basis first, i.e. particular social relations aimed at overcoming the failures that arise in balanced human communication and social exchange (relations of justice); so, the strict logical sense of the concept of law is a struggle for justice, for a situation where everyone in his specific circumstances gives to others and should receive a certain benefit from others (*sum cuique*). Beside that unchangeable in the concept of law are its own methods and mechanisms of determining human behaviour, namely, a) absolutely defined acts of will (establishments) that determine the actions of a participants in social exchange in situations of failure or threat of failure (acts of agreements or contracts, acts of justice or arbitration, acts of legislation); b) the factor of the absolute obligation of these acts; c) absolute power, providing this binding. The embodiment of absolute power is the state – a peculiar body authorized to exercise power, that is to determine and control the behaviour of people within a certain space.

A substantial part of the article is devoted to the phenomenon of the absolute in law. Due to its ontology and specific methods and mechanisms of regulation, law tends to be absolute (absolute distinctness, absolute obligation, absolute power, etc.), however, it is impossible to really achieve it, and this determines the transfer of law from the real to the sphere of formal meanings, which can cover everything. Therefore, in practical terms, law is the dominance of the formal, a sphere where real things, people, events are replaced by their formal-documentary counterparts. Their valid characteristics do not exist legally until they are documented or formalized (indicated) in the other way accepted in this legal system.

**Keywords:** concept of law; social basis of law; social exchange; social exchange failures; relations of justice; renewable and preventive justice; *differentia specifica* of law; acts of law; absolute distinctness of the acts of law; absolute binding of the acts of law; absolute power; absolute in law; formal in law.

Одержано / Received 30.11.2019