Інститут держави і права ім. В.М. Корецького
Національної академії наук України

О.В. Кресін

СТАНОВЛЕННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ XVIII – ПЕРШІЙ ТРЕТИНІ XIX СТОЛІТТЯ: **КОМПАРАТИВНА КОНЦЕПТУАЛІЗАЦІЯ**

Монографія

Київ
ЛОГОС
2017

УДК 34.05
ББК Х99
К80

Рекомендовано до друку Вченою радою
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
23 лютого 2017 року, протокол № 3

Рецензенти:

Оніщенко Н.М. — доктор юридичних наук, професор,
академік Національної академії правових наук України,
Заслуженний юрист України;
Дудченко В.В. — доктор юридичних наук, професор;
Мережко О.О. — доктор юридичних наук, професор

Кресін О.В.
К80 **Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII — першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація:** монографія. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Видавництво «Логос», 2017. 680 с.

ISBN 978-617-7442-447

У книзі на основі переосмислення відомих і введення до наукового обігу багатьох невідомих джерел уперше комплексно розглянуто передумови, контекст появи і генезу теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, а також їх ранньої інституціоналізації. Серед передумов становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень автор виокремив формування предмета і об'єктів юридичних наук. Те, що з предмета правознавства до початку XIX ст. зникло природне право як власне право, а позитивне право стало розглядатися як самодостатнє, вперше надало сенсу порівняльно-правовим дослідженням, а визначення національних правопорядків як одиниці правового розвитку надало цим дослідженням мету — пізнання і вдосконалення національного права. Передумовою становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень став і розвиток порівняльного підходу в науках про людину, але в контексті даного дослідження він взятий у «знятому» вигляді: подвійна ідентичність порівняльного знання як основи розвитку наук і водночас підстави формування у їх межах порівняльних дисциплін, а також накопичення критичної маси синкретичного політико-економіко-історико-правового знання у межах загальної історії, камералістики та порівняльного державознавства (порівняльної статистики).

Автор доводить, що у зв'язку з виокремленням і водночас інтеграцією юридичної науки у другій половині XVIII — на початку XIX ст. відбулася диференціація згаданого синкретичного знання і формування вчення про порівняння в праві, його цілі, роль як основи загального вчення про право і можливість виокремлення порівняльно-правових наукових дисциплін. Результатом осмислення порівняльно-правового знання стало формування у зазначений період компаративістської наукової картини світу — вчення про національне право, його своєрідні й загальні елементи, взаємодію національних правопорядків, іманентність і процесуальність загального, характеристики особливого в правовому розвитку. Така наукова картина світу, в свою чергу, стала підставою для класифікації правових систем і формування правової карти світу.

Для науковців, викладачів юридичних факультетів, аспірантів, усіх, хто цікавиться історією юридичних наук.

УДК 34.05
ББК Х99

ISBN 978-617-7442-447
© Кресін О.В., 2017.

Присвячую цю працю
Ірині Олексіївні Кресіній —
Мамі, Вченому, Вчителю

Зміст

ВСТУП. 8

ЧАСТИНА І.
ІСТОРІОГРАФІЧНІ Й ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ОСНОВИ ОСМИСЛЕННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ XVIII — ПЕРШІЙ ТРЕТИНІ XIX ст.

РОЗДІЛ 1. Історіографія пізнання розвитку порівняльно-правових досліджень 16

Висновки до розділу 52

РОЗДІЛ 2. Наукові підходи до осмислення періодів і проблем історії порівняльно-правових досліджень 57

Висновки до розділу 97

РОЗДІЛ 3. Концептуалізація дослідження становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень. 102

3.1. Об'єктна сфера дослідження. 102

3.2. Предметна сфера дослідження. 106

3.3. Методологія аналізу теоретичних засад порівняльно-правових досліджень 124

Висновки до розділу 139

ЧАСТИНА ІІ.
ПЕРЕДУМОВИ І КОНТЕКСТ СТАНОВЛЕННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

РОЗДІЛ 4. Трансформація уявлень про природне право і становлення предмета юридичних наук 145

4.1 Ідея дуалізму природного та позитивного права — від Реформації до Просвітництва 145

4.2 Поглиблення кризи ідеї природного права і формування позитивістського праворозуміння (друга половина XVIII — початок XIX ст.) 163
Висновки до розділу 194

РОЗДІЛ 5. Формування доктрини національного права і трансформація об'єктної сфери юридичних наук 196
Вступ. Теоретико-методологічні пролегомени дослідження становлення ідеї соціального права 196
5.1 Пошук виправдання, сенсу й етичної автономії соціального буття: ідеї Лютера і Макіавеллі. 201
5.2 Світоглядна і наукова революції XVI ст. та ідея суспільства як соціального окремого. 217
5.3 Ідеї суспільного договору та соціальної природи держави і права. 244
5.4 Ідея національного правопорядку: між колективною волею і об'єктивною детермінованістю. 262
5.5 Формування доктрини соціального національного і міжнародного права 270
Висновки до розділу 286

ЧАСТИНА III. ГЕНЕЗА ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД ПОРІВНЯННЯ В ЮРИДИЧНИХ НАУКАХ

РОЗДІЛ 6. Ідея пізнання зарубіжного досвіду і порівняння в праві 292
6.1 Розвиток компаративного підходу в науках про людину 292
6.2 Еволюція порівняння в юридичній науці. Роль Монтеск'є. 307
6.3 Розвиток порівняльного підходу до пізнання права з середини XVIII ст. 320
6.4 Питання про цілі порівняння в праві 344
Висновки до розділу 365

РОЗДІЛ 7. Плюралізм організації порівняльно-правового знання 370
7.1 Завершення виокремлення позитивного юридичного знання. Порівняння як основа загального вчення про право. 370

7.2 Дисциплінарна диференціація юридичного знання і виокремлення порівняльно-правових наукових дисциплін . . . 396
Висновки до розділу 420

ЧАСТИНА IV. ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА НАУКОВА КАРТИНА СВІТУ

Вступ. Теоретичні та історичні аспекти формування спеціальнонаукової картини світу на основі порівняльно-правових досліджень. 426

РОЗДІЛ 8. Окреме в праві та його своєрідність 433
8.1 Соціально-вольова теорія національно-державного права 433
8.2 Органічна теорія національного права 453
8.3 Питання про своєрідні елементи національного права. 466
Висновки до розділу 486

РОЗДІЛ 9. Загальне в праві та шляхи його формування. 493
9.1 Пошуки загальної позитивної форми права 493
9.2 Загальне як змістовна подібність національних правопорядків. 500
9.3 Загальне як внутрішній і зовнішній діалог національних правопорядків. 522
9.4 Подібність через запозичення в праві 532
Висновки до розділу 542

РОЗДІЛ 10. Особливе в праві та класифікація національних правопорядків 550
10.1 Постановка питання і класифікація правопорядків на правові сім'ї. 550
10.2 Інші моделі класифікації правових систем 563
Висновки до розділу 572

Питання подальшого розвитку теоретичних засад порівняльно-правових досліджень (замість післямови) 575

ВИСНОВКИ 607

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ 623

Summary 672

Contents. 673

Аннотация. 676

Содержание 677

Вступ

Історія юридичної науки є перспективною сферою для дослідника. Попри великий масив наукових праць у ній залишається чимало практично не вивчених проблем. Можна стверджувати, що низка юридичних дисциплін, таких, як теорія права, філософія права, соціологія права, а також методологічних підходів, що лежать у їх основі, досі не мають своєї історії, спільно претендуючи на синкретичну і суперечливу історію соціальної філософії та правових учень. Нерідко вони сприймаються як елементи незмінної, розгалуженої, несуперечливої системи правових знань, а не як проекти — змагальні, конкурентні, суперечливі — у рамках обмежених у часі та просторі типів мислення. Представники кожної із цих дисциплін у тій чи іншій формі претендують на першість і пріоритетність у спільному — і це не дає змоги усвідомити ідентичність свого проекту, його конкурентні переваги та обмеження, формальність дисциплінарних меж, шляхи та конечність еволюції.

Така ситуація склалася і у порівняльному правознавстві, що в різних наукових традиціях сприймається як наукова дисципліна, комплекс взаємопов'язаних методів, об'єднаних єдиним методологічним підходом, сукупність знань про правові системи сучасності. Його еволюція стала предметом сотень здебільшого невеличких за обсягом і описових за змістом розвідок, спрямованих насамперед на доведення давності дисциплінарного становлення чи ще більшої задавненості використання порівняльної методології у праві. І ці дослідження значною мірою відображають ті самі спроби привласнити щось спільне без визначення своєї історичної ідентичності. Тому практично не розробленими залишаються критерії визначення причин і датування появи порівняльного правознавства чи, відповідно, визначення переходу від довільного співставлення до наукового порівняння, заснованого на певних методологічних засадах. Здебільшого поза увагою істориків порівняльного правознавства залишається також процес розвитку теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, як і плюралізм дисциплінарної організації останніх.

Водночас слід зазначити, що після Другої світової війни відбулися принципові зміни у розумінні сутності суспільних наук, у тому числі юридичних. Вони були відображені у документах і діяльності ЮНЕСКО — єдиної універсальної структури, що суттєво впливає на

розвиток у цій сфері. Зокрема, засадничий документ — програмна доповідь голови Підготовчого комітету, а згодом першого генерального директора ЮНЕСКО професора Дж.С. Гакслі «ЮНЕСКО. Її цілі та її філософія» — наголосив на необхідності визнання суспільних і гуманітарних наук власне науками, рівними природничим і технічним щодо «знань та процесу їх набуття», але водночас суттєво відмінними за своєю сутністю: у суспільних та гуманітарних науках важлива не лише наукова методологія, а й «ціннісні судження», ці науки є «мостом між сферою факту та сферою цінності»[1]. Він вказував на принципові відмінності філософії суспільних і гуманітарних наук: парадигма генеалогічного дерева, еволюціонізму та дивергенції тут поступається парадигмі мережі, у якій між суспільними явищами, як і між засобами їх пізнання, відбуваються і конвергенційні, і дивергенційні процеси; саме тому він наполягав на необхідності сприяти вдосконаленню та інституалізації порівняльної методології[2]. Отже, у суспільних науках неможливе чисто об'єктивне знання, воно нерозривно пов'язане із суб'єктивними цінностями, адже і об'єкт, і предмет, і суб'єкт пізнання являють собою не лише фізичну, а й недетерміновану розумову і моральну реальність. І так само неможлива несуперечлива й незмінна система організації суспільних знань, це відносно структурована сукупність, складові якої з'являються і зникають, об'єднуються і роз'єднуються через об'єктивні та суб'єктивні причини.

У порівняльному правознавстві такі засади нині реалізуються, зокрема, в ідеях конкурентних переваг цієї науки і плюралізму дисциплінарної приналежності порівняльно-правового знання. Зокрема, як зазначав президент Міжнародної академії порівняльного права К. Керамеус у офіційному зверненні 2001 р., «у світі, який повільно, але невпинно конвергується, порівняльне право краще побудоване та краще пристосоване, ніж будь-яка інша юридична дисципліна, щоби відповісти на виклики та зробити правовий внесок у вирішення проблем суспільства та життя загалом»[3]. Отже, йдеться про конкурентні переваги певної

[1] *Huxley J.* UNESCO. Its purpose and its philosophy / Preparatory Commission of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation. London: Frederick Printing Co., Ltd., 1946. P. 26, 28, 39; *Кресін О.В.* ЮНЕСКО і розвиток порівняльного правознавства: до 60-річчя Міжнародного комітету порівняльного права–Міжнародної асоціації юридичних наук // Порівняльне правознавство. 2012. № 1–2. С. 257; *Кресін О.В.* Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення: Монографія. Київ: Логос, 2011. С. 193–194.

[2] *Huxley J.* UNESCO. Its purpose and its philosophy... P. 46; *Кресін О.В.* ЮНЕСКО і розвиток порівняльного правознавства... С. 257; *Кресін О.В.* Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення... С. 193–194.

[3] *Kerameus K.D.* Message from the President of the International Academy of Comparative Law // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. Москва: НОРМА, 2002. P. 249; *Кресін О.В.* Становлення наукових і ціннісних засад діяльності Міжнародної академії порівняльного права // Порівняльно-правові дослідження. 2014. № 1. С. 58.

дисципліни в конкретних умовах, а не про її непорушне місце в якійсь мегаструктурі.

Президент Американського товариства порівняльного права та директор Інституту порівняльного права Університету МакГілл (Монреаль) П. Гленн під час знакової для розвитку юридичної компаративістики пленарної дискусії на XVIII Конгресі порівняльного права у 2010 р. визначив порівняльне правознавство як частину націоналістичної, позитивістської, дескриптивної парадигми правового мислення, що поступово трансформується. Воно має як науковий, так і ціннісний потенціал, а в міру його реалізації, наповнення інших юридичних наук порівняльно-правовим змістом, надання їм свого характеру юридична компаративістика може втратити ідентичність і розчинитися в них, що слід розглядати не як трагедію, а як її остаточний тріумф[4]. Отже, питання дисциплінарної приналежності порівняльно-правового знання, так само як і іншого, не є самоцінним, важливим є саме знання, відповідні дослідження та їх методологія, а дисципліни — лише проекти їх упорядкування й узагальнення, вони тимчасові й розвиваються доти, доки демонструють свої конкурентні переваги.

І, нарешті, згадані нові засади суспільних наук реалізуються в ідеї плюралізму дисциплінарної приналежності порівняльно-правового знання. Занепад суто інструментального його бачення у 20-х рр. XX ст., відображений у дискусіях у період створення Міжнародної академії порівняльного права[5], передбачав відмову від орієнтиру на всезагальну уніфікацію правових систем, усвідомлення неуникненності правового різноманіття, а отже, поряд з утилітарною методологічною парадигмою знов, як і на початку XIX ст., емансипувалося розуміння юридичної компаративістики як структурованого і узагальненого комплексу знань про це різноманіття — у формі окремої дисципліни і як засади інших юридичних наук. Ця ідея, що з перемінним успіхом реалізовувалася у порівняльно-правових дослідженнях останніх майже сто років, наскільки нам відомо, ніколи не була послідовно концептуалізована (серед сучасних українських учених цю проблему виокремлює О.Д. Тихомиров[6]).

На жаль, поряд із цим присутні спроби вирішити питання належності порівняльно-правових досліджень і отриманого в їх результаті знання за принципом або — або: або всі вони входять до єдиної науки порівняльного правознавства, або такої науки немає і всі вони належать до

[4] *Гленн П.* Посмішка останнього компаративіста // Філософія порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ, Львів: Ліга-прес, 2015. С. 51–54; *Кресін О.В.* Зрозуміти Патрика Гленна // Порівняльно-правові дослідження. 2014. № 2. С. 252–253; *Кресін О.В.* Становлення наукових і ціннісних засад діяльності Міжнародної академії порівняльного права... С. 59.

[5] *Кресін О.В.* Становлення наукових і ціннісних засад діяльності Міжнародної академії порівняльного права... С. 55–56.

[6] *Тихомиров А.Д.* Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев: Знання, 2005. С. 16–44.

інших юридичних наукових дисциплін (галузевих, а також теорії права, філософії права, міжнародного права). Одним з останніх прикладів, так би мовити, компаративістського фундаменталізму, є ідея Р.Ф. Харитонова щодо існування «теоретико-правової галузевої порівняльно-правової наукової дисципліни» — «галузевої юридичної компаративістики», в основі якої лежить «комплексна наука — компаративістика»[7]. Тобто автор фактично вилучає з предмета галузевих юридичних наук усі порівняльні дослідження і спрямовує їх до єдиної запропонованої ним науки[8]. І цей приклад є далеко не єдиною спробою однозначного вирішення питання приналежності порівняльно-правових досліджень. На нашу думку, будь-яка така спроба не може охопити всю сукупність останніх, але суттєво збіднює їх розуміння.

Наше дослідження історії розвитку порівняльно-правових досліджень розпочалося п'ятнадцять років тому і спочатку присвячувалося українській традиції порівняльного правознавства. Закиди у тому, що такої традиції не було, протягом перших років вдалося, принаймні для себе, відкинути завдяки цілеспрямованому пошуку та аналізу джерел. Але під час численних обговорень проблематики дослідження нам не вдалося відповісти на резонне питання: в чому полягають особливості української традиції порівняльного правознавства? І хоча нині можна навести значно більше елементів відповіді на це питання, проте сутність проблеми не змінилася: особливості будь-якого явища можна пізнати лише в контексті, вийшовши за його межі.

Звернення до історії зарубіжного порівняльного правознавства виявило кілька проблем, серед яких такі: різне сприйняття питання про дисциплінарну приналежність порівняльно-правових досліджень і відповідно різний предмет присвячених їх еволюції досліджень; відсутність фундаментальних узагальнень, наявність лише невеликих розвідок; референтність одних розвідок щодо інших, причому референтний ланцюжок може проходити крізь кілька праць; недостатнє знання джерел, їх ігнорування; оперування абсолютно різними матеріалами залежно від належності науковця до певної країни, елементи націоналізму, переважне ігнорування матеріалів іноземними для дослідника мовами; описовість, відсутність чи слабкість узагальнень, окрім фіксації фактів; орієнтація на суто формальні, вторинні за своїм характером показники — наприклад, час появи спеціалізованих кафедр, товариств, журналів, проведення конгресів. Отже, за великим рахунком, як уже відзначалося вище, історія порівняльного правознавства ще не написана, а джерельна база опрацьована дуже фрагментарно.

Щоправда, суттєві зрушення у цій царині відбулися вже під час написання даної роботи. Зверну увагу насамперед на найважливіші.

[7] *Харитонов Р.Ф.* Галузева юридична компаративістика: загальнотеоретичне дослідження: Дис. … канд. юрид. наук. Одеса, 2016. С. 12, 37, 73, 76, 89–90, 106, 118, 128, 158.
[8] Там само. С. 33, 89, 94–95, 128.

Першою була збірка нарисів «Переосмислення майстрів порівняльного права» за редакцією А. Райлз, що вийшла у 2001 р.[9] Другим став «Оксфордський довідник з порівняльного права» за редакцією М. Рейманна і Р. Ціммерманна, що вийшов у 2008 р. і містить, зокрема, підбірку нарисів щодо розвитку порівняльного правознавства у низці країн[10]. Також слід відзначити появу дисертації Ф. Балаша «Парадигми сучасного порівняльного права. Щодо нової інтерпретації історії порівняльного права» (Будапешт, 2009 р.)[11], де зроблено спробу виокремити основні моделі розуміння юридичної компаративістики у другій половині XIX–XX ст., праці М.А. Дамірлі «Порівняльно-правова наука в Україні: теоретико-методологічні традиції» (2007 р.)[12]. В Україні за нашої ініціативи за цей час було видано, зокрема, збірку нарисів «Видатні компаративісти: творчий шлях, ідеї, праці»[13], антологію української компаративістики XIX–XX ст.[14], збірку праць «Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень»[15], а також нашу індивідуальну монографію «Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення»[16]. Загалом можна говорити про формальний прорив в утвердженні історії порівняльного правознавства як сфери наукових досліджень. Але практично всі з перелічених праць лише узагальнюють те, що було написано у давніших історичних нарисах, успадковуючи і розвиваючи не лише їх позитивні, а й негативні риси.

Змістовний прорив у дослідженні історії порівняльно-правових досліджень може бути пов'язаний, на нашу думку, насамперед із зверненням до джерел, їх введенням у науковий обіг та ретельним опрацюванням. Це дасть змогу очистити їх від референційних нашарувань, усталених стереотипів і штампів, розширити базу для наукових узагальнень. У цій сфері за останній час найбільші здобутки належать Г. Монгаупту, автору низки розвідок щодо різних аспектів розвитку порівняльно-правових

---

[9] *Rethinking* the Masters of Comparative Law / Ed. by A. Riles. Oxford, Portland Oregon: Hart, 2001.
[10] *The Oxford* Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2008.
[11] *Balazs F.* Paradigms of modern comparative law. Toward a new interpretation of the history of comparative law: PhD thesis abstract. Budapest: Pazmany Peter Catholic University, 2009.
[12] *Дамирли М.А.* Сравнительно-правовая наука в Украине: теоретико-методологические традиции (XIX–начало XX вв.). Одесса: Феникс, 2007.
[13] *Видатні* компаративісти: творчий шлях, ідеї, праці / Кер. авт. кол. О.В. Кресін та ін. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Логос, 2007.
[14] *Порівняльне* правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; Упорядники: О.В. Кресін (кер. кол.), К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Видавництво «Логос», 2008.
[15] *Історія* порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015.
[16] *Кресін О.В.* Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення…

досліджень у XVIII–XIX ст.[17], а також Дж. Бентівегна, який відкрив і опублікував принципово важливий текст італійського вченого Е. Амарі «Необхідність і користь вивчення порівняльного законодавства» (1845 р.)[18], перевидав і проаналізував книгу цього ж ученого «Критика та історія науки порівняльних законодавств» (1857 р.)[19]. Здобутком українських учених став переклад праць Ф.К. фон Савіньї та А.Ф.Ю. Тибо[20], принципово важливих для становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень. Нами було введено у науковий обіг комплекс документів ЮНЕСКО, пов'язаних із створенням і діяльністю Міжнародного комітету порівняльного права — Міжнародної асоціації юридичних наук[21], перекладено і надруковано раніше не опубліковані праці Р. Давида, за нашої редакції перекладено тексти ранніх компаративістів — П.Й.А. Фейєрбаха, Ж.Л.Е. Лерміньє, Е. Ганса, К.С. Цахаріа, Н.Н. Фалька та ін. Зрештою принципове значення має оприлюднення у мережі Інтернет, насамперед сервісом *Google Books*, цілого масиву праць учених-юристів, у тому числі рідкісних видань, що ніколи не були предметом розгляду в дослідженнях з історії порівняльного правознавства.

Усе це дає підстави для суттєвого перегляду еволюції теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, але водночас значно розширює цю проблематику, унеможливлює її розгляд у межах однієї дисертаційної роботи. Тому хронологічні рамки даного дослідження було суттєво звужено — до другої половини XVIII — першої третини XIX ст. Цей ранній період, на нашу думку, насамперед вимагає осмислення через те, що саме тоді було вперше концептуалізовано порівняння в праві, сформувалася порівняльно-правова наукова картина світу, відбулося становлення порівняльно-правових наукових дисциплін. Ці твердження не були вихідними засадами нашого дослідження, а стали його результатом.

---

[17] *Mohnhaupt H.* «Historia literaria iuris». Beispiele juristischer Literaturgeschichten im 18. Jahrhundert. Max Planck Institute for European Legal history. Research papers series. No. 2013-03. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://ssrn.com/abstract=2256530; *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs // Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990): Beispiele, Parallelen, Positionen / Hrsg. Von H. Mohnhaupt. Frankfurt am Main: Klostermann, 1991; *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklarung als Erkenntnismethode // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2015. Т. 15. Вып. 4 та ін.

[18] *Amari E.* Della necessità e della utilità dello studio della legislazione comparata // Bentivegna G. Filosofia civile e diritto comparato in Emerico Amari. Napoli: Guida, 2003.

[19] *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate / A cura di G. Bentivegna. Catania: Rubbettino, 2005 (перше видання у цій редакції–1996 р.).

[20] У книзі: *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011.

[21] *Кресін О.В.* ЮНЕСКО і розвиток порівняльного правознавства…

Обрані нами хронологічні межі не випадкові. Нижня межа пов'язана, зокрема, з публікацією праці Монтеск'є «Про дух законів», що справила величезний вплив і сприяла народженню порівняльно-правової думки, а також із початком формування наукової школи Й.С. Пюттера у Геттінгенському університеті, яка, серед іншого, виокремила суто правову проблематику з порівняльного державознавства (порівняльної статистики) та камералістики. Верхня межа пов'язана з принципом розумної достатності — у першій третині XIX ст. було завершено формування компаративістської наукової картини світу, здійснені узагальнення ролі порівняння в праві, а також порівняльно-правових дисциплін, відбулася інституціоналізація порівняльно-правових досліджень (журнали, кафедри та ін.). Також це час активного поширення ідеї порівняльного вивчення права за межами первинного центральноєвропейського ареалу, кризи первинної компаративістської парадигми нації як ексклюзивної соціальної тотальності (з цим пов'язаний, зокрема, розкол серед гегельянців після смерті Гегеля та ін.). Окрім того, це час переходу від раннього правового позитивізму до підходу, відомого як юридичний позитивізм. Тобто ми намагалися відтворити первинні теоретичні засади порівняльно-правових досліджень і зупинитися на цьому, залишивши пізніші їх трансформації для подальших досліджень.

Насамперед ми звернулися до передумов становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, серед яких виокремили формування предмета і об'єктів юридичних наук. Те, що з предмета правознавства до початку XIX ст. зникло природне право як власне право, а позитивне право стало розглядатися як самодостатнє, на нашу думку, вперше надало сенсу порівняльно-правовим дослідженням, а визначення національних правопорядків[22] як одиниці правового розвитку надало цим дослідженням мету — пізнання і вдосконалення національного права.

Передумовою становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень став і розвиток порівняльного підходу в науках про людину, але в контексті нашого дослідження він цікавий у «знятому» вигляді: подвійна ідентичність порівняльного знання як основи розвитку наук і водночас підстави формування у їх межах порівняльних дисциплін, а також накопичення критичної маси синкретичного політико-економіко-історико-правового знання у межах загальної історії, камералістики та порівняльного державознавства (порівняльної статистики).

[22] Попри більшу поширеність категорії «правова система», останню слід сприймати скоріше як категорію, що відображає сучасні правові (а також політичні, соціальні) реалії. Вважаємо прийнятним для опису правової реальності минулого використання категорії «правопорядок», що «відображає стан реальної впорядкованості суспільних відносин». Див.: *Петришин О.В.* Соціалізація права та соціологізація юриспруденції // Методологія в праві: монографія / І. Безклубий, І. Гриценко, М. Козюбра та ін.; за заг. ред. І. Безклубого. Київ: Грамота, 2017. С. 157.

На основі цього у зв'язку з виокремленням і водночас інтеграцією юридичної науки у другій половині XVIII — на початку XIX ст. відбулася диференціація згаданого синкретичного знання і формування вчення про порівняння в праві, його цілі, роль як основи загального вчення про право. Водночас частина тогочасних учених обгрунтувала можливість виокремлення порівняльного правознавства, порівняльної історії права, галузевих порівняльно-правових наукових дисциплін, що привело до плюралізму дисциплінарної організації порівняльно-правового знання.

Результатом осмислення порівняльно-правового знання стало формування у зазначений період компаративістської наукової картини світу — вчення про національне право, його своєрідні й загальні елементи, взаємодію національних правопорядків, іманентність і процесуальність загального, характеристики особливого в правовому розвитку. Така наукова картина світу, в свою чергу, стала підставою для класифікації правових систем і формування правової карти світу.

Написання цієї роботи стало можливим завдяки особливим духу і традиції Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Завдяки волі й широті наукового світогляду Володимира Михайловича Корецького Інститут став продовжувачем основної ідеї українського порівняльного правознавства про те, що справжня наука не може обмежуватися національними рамками. Хочу висловити особливу вдячність директору Інституту, академіку НАН України і члену Міжнародної академії порівняльного права Юрію Сергійовичу Шемшученку за ініціювання відновлення наших традицій порівняльно-правових досліджень, утворення Центру порівняльного правознавства, заснування Української асоціації порівняльного правознавства та перших українських спеціалізованих наукових компаративістських журналів, мудрі поради і незмінну підтримку моїх досліджень. Щиро вдячний дорогим колегам, у спілкуванні з якими коригувалася і визрівала думка автора — насамперед Олександру Віталійовичу Петришину, Володимиру Наумовичу Денисову, Уїльяму Елліотту Батлеру, Наталії Миколаївні Оніщенко, Ігорю Борисовичу Усенку, а також Ю.О. Тихомирову, П.М. Рабіновичу, Ч. Варзі, О.О. Мережку, Б. Фоварк-Коссон, Ж.Л. Гальперину, О.Ф. Скакун, М.І. Козюбрі, Г. Кьотцу, В.В. Дудченко, М.В. Костицькому, А. Саїдову, Г. Монгаупту, П. Леграну, П. Гленну, В.Є. Чиркіну, О.В. Єгорову, О.Ю. Саломатіну, В. Константинеско, М. Лекеру, О.В. Скрипнюку, В.П. Горбатенку, О.М. Костенку, У. Маттею, Л.А. Луць, М.М. Марченку, В.І. Лафітському, К. Осакве, П. Монатері, М. Грезіді, В. Ламм, О.А. Шаблій, О.А. Халабуденку, В.В. Еміх, О.В. Ткаченку, К. Деккерт, М.В. Захаровій та багатьом іншим.

ЧАСТИНА І
ІСТОРІОГРАФІЧНІ Й ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ОСНОВИ ОСМИСЛЕННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ XVIII — ПЕРШІЙ ТРЕТИНІ XIX ст.

Розділ 1
Історіографія пізнання розвитку порівняльно-правових досліджень

Узагальнюючі праці

Перші спроби осмислення стану розвитку порівняльного правознавства з'явилися ще у 30-х роках XIX ст. Наприклад, Ж.Л.Е. Ортолан у «філософському вступі» до курсу порівняльного кримінального законодавства у 1838 р. коротко описав «кодифікаційні дебати» у Німеччині, вказав на тогочасні переклади зарубіжного законодавства, журнали, присвячені зарубіжному праву — як такі, що характеризують стан науки порівняльних законодавств[23].

Наступні звернення до вивчення історичної еволюції юридичної компаративістики з'явилися у 50–60-х роках XIX ст. і пов'язані з іменами Е. Амарі, Г. Ролена-Жакмена, М. Ренненкампфа. Одне з перших досліджень розвитку порівняльного правознавства представлене у книзі «Критика та історія науки порівняльних законодавств» (1857 р., відповідна незавершена частина написана у 1854–1856 рр.). Її автор, італій-

[23] *Ortolan J.L.E.* Cours de législation pénale comparée. Introduction philosophique. Méthode et sommaire du cours de 1838. Paris: Joubert, libraire–editeur, 1839. S. 9–10, 21–24.

ський професор Е. Амарі, розглянув розвиток порівняння у Стародавньому світі як процесу взаємодії правопорядків, а також зробив важливі зауваги щодо сучасної науки порівняльних законодавств[24]. Неодноразовий наголос у книзі на ідеї прогресу може свідчити про сприйняття автором і намагання імплантувати в правознавстві ідеї соціологічного позитивізму.

Г. Ролен-Жакмен у статті «Дослідження порівняльного законодавства та міжнародного права» (1869 р.) представив короткий критичний огляд розвитку порівняння в праві від часів Античності й так само, як Е. Амарі, виокремив сучасний етап становлення порівняльного законодавства[25]. М.К. Ренненкампф у статті «Про сучасну обробку порівняльного правознавства» (1869 р.), що формально стала відгуком на перший номер французького «Журналу міжнародного права та порівняльного законодавства» і являє собою насамперед полеміку з Г. Ролен-Жакменом, здійснив огляд порівняльного підходу до права починаючи з Античності, але наголосив на чіткій межі між донауковим та науковим порівняльним правознавством[26].

Загалом усі три згадані праці наголошують на тому, що юридична компаративістика є окремою наукою, відокремлюють її сучасний науковий розвиток від попередньої еволюції, пов'язують відповідний перехід з революціями, національними кодифікаціями, суттєвими змінами у науці та філософії. Крім того, М. Ренненкампф запропонував одну з перших періодизацій у межах наукового розвитку порівняльного правознавства.

Наступні дослідження еволюції порівняльного правознавства з'явилися у перші роки XX ст. Зокрема, можна стверджувати, що вона стала визнаним предметом спеціалізованих досліджень у 1900 р. — під час підготовки Міжнародного конгресу порівняльного права в Парижі питання історії науки порівняльного права було вказане серед перших у його програмі[27]. Ці питання було розглянуто на першому після відкриття конгресу пленарному засіданні 1 серпня 1900 р.[28] Основною стала доповідь професора Оксфордського університету Ф. Поллока «Порівняльне право: пролегомени його історії», який коротко розглянув

[24] *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate…
[25] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international // Revue de droit international et de législation comparée. 1869. T. 1. No. 1.
[26] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. С. 91–96.
[27] *Programme* et rapporteurs du Congres International de Droit Compare de 1900 // Proces-verbaux des seances et documents. Congres International de Droit Compare. T. I. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1905. S. 18.
[28] *Session* du Congres. Proces-verbaux sommaires // Proces-verbaux des seances et documents. Congres International de Droit Compare. T. I. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1905. S. 52–53.

еволюцію порівняльного підходу до права з Античності до кінця XVIII ст., але наголосив, що порівняльне правознавство є сучасною наукою, що зародилася у XIX ст.[29]

Водночас, як відзначалося у доповідях Ф. Поллока, швейцарського вченого Є. Губера і українського — М. Ковалевського, як інструмент юридичної техніки, спрямований на забезпечення взаємодії правових систем, порівняльне правознавство має тривалу історію, починаючи із Стародавнього світу, яскравим прикладом чого є римське *jus gentium*[30]. Доповідачі підкреслювали необхідність узагальнення «славної спадщини» історії порівняльного права[31].

Ф.В. Тарановський у статті «Порівняльне правознавство наприкінці XIX ст.» (1902 р.) називав останнє найважливішим спадком, який XIX ст. залишило юридичній науці, визначив причини його наукового становлення та періодизацію розвитку в цьому столітті[32]. Автор розглядав проведення Міжнародного конгресу порівняльного права 1900 р. у контексті «підбиття підсумків прикладної діяльності під загальні принципи чистої… науки про право», трансформації порівняльного законодавства у порівняльне правознавство, тобто поєднання теоретичного і практичного напрямів у ньому в єдиній науці[33]. Основні підходи вченого залишилися надалі незмінними і були відображені у його «Підручнику енциклопедії права» (1917 р.), але там також було додано огляд розвитку порівняльного підходу до права з Античності до середини XVIII ст.[34]

У праці Дж. дель Веккіо «Щодо ідеї універсальної науки порівняльного правознавства» (1908 р.) формування порівняльного правознавства було розглянуто на тлі змін у мисленні та дискусій юристів кінця XVIII — початку XIX ст., зверталася увага на творчу спадщину П.Й.А. фон Фейєрбаха як засновника цієї дисципліни[35]. У статті «Вивчення порівняльного права» (1909 р.) Г. Хайєм критикував порівняльні дослідження у XVIII ст., виокремив науковий розвиток порів-

---

[29] *Session* du Congres. Proces-verbaux sommaires... S. 52–53; *Pollock F.* Le Droit compare: Prolegomenes de son histoire // Proces-verbaux des seances et documents. Congres International de Droit Compare. T. I. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1905. S. 248–261; *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence // Journal of Society of Comparative Jurisprudence. 1903. Vol. 5. P. 83–84.

[30] *Session* du Congres. Proces-verbaux sommaires... S. 53; *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence... P. 80.

[31] *Session* du Congres. Proces-verbaux sommaires... S. 53.

[32] *Тарановский Ф.В.* Сравнительное правоведение в конце XIX века. Варшава: Типография Варшавского учебного округа, 1902. С. 1–3, 11, 23–24.

[33] Там само. С. 4–5.

[34] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права. Юрьев: Типография К. Маттисена, 1917. С. 319–326.

[35] *Del Vecchio G.* Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato // Bericht über den III. Internationalen Kongress für Philosophie. Heidelberg: Carl Winter´s Universitätsbuchhandlung, 1909. S. 1037–1052.

няльного правознавства у XIX ст., пояснив причини його відмінностей у Німеччині та Франції[36].

Низка важливих досліджень історії порівняльного правознавства з'явилася у 1930-х роках. Серед них слід відзначити нарис У. Хуга «Історія порівняльного права» (1932 р.)[37], що вже понад вісімдесят років залишається одним з найбільш авторитетних і цитованих. Характерно, що сам автор не знав жодних раніших досліджень історії порівняльного правознавства, окрім згаданих праць Ф. Поллока, і вказував на відсутність «всебічних спроб» охопити цю проблематику та їх необхідність[38]. Дослідження У. Хуга охоплює вивчення зарубіжного права, а згодом і виникнення наукового порівняльного правознавства, і поділяється на розділи відповідно до основних етапів розвитку права і правової думки в Європі: Стародавній світ, Середні віки, Відродження, XVII–XVIII ст., перша половина XIX ст. Автор вказує на занепад порівняльного правознавства у середині XIX ст. та його пізніше відродження[39].

Н. Сугияма у праці «Щодо синтетичної концепції порівняльного права» (1938 р.) без жодних аргументів і посилань стверджував, що протягом першої половини XIX ст. порівняльне правознавство не розвивалося і виникло пізніше протягом цього століття, остаточно ствердившись у зв'язку з Конгресом порівняльного права 1900 р. та працями того часу[40].

У період після Другої світової війни у зв'язку, в тому числі, з діяльністю Міжнародного комітету порівняльного права — Міжнародної асоціації юридичних наук, спрямованої, зокрема, на розвиток викладання порівняльного правознавства[41], з'являється низка підручників із цієї дисципліни, що чи не вперше містили розділи з історії юридичної компаративістики. Зокрема, у книзі Г.К. Гаттеріджа «Порівняльне право. Вступ до порівняльного методу юридичного навчання і дослідження» (1946 р.) було коротко викладено еволюцію порівняльного підходу до права, починаючи із Стародавнього світу[42]. На думку Г.К. Гаттеріджа,

[36] *Hayem H.* L'étude du droit compare // Revue trimestrielle de droit civil. 1909. T. 8. S. 327–335.
[37] *Hug W.* The History of Comparative Law // Harvard Law Review. 1931–1932. Vol. 45. P. 1027–1070.
[38] Ibid. P. 1028–1029.
[39] Ibid. P. 1062, 1069–1070.
[40] *Sugiyama N.* Essai d'une conception synthetique du droit comparé // Introduction a l'étude du droit comparé: Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert. T. 1 (Parties 1–2). Paris: Libraire de la Société Anonyme du Recueil Sirey, Librarie générale de droit et de jurisprudence, 1938. S. 50–51, 57.
[41] *Avant-project* de Rapport general de M. Niboyet. UNESCO/MRT/13. Paris, le 7 janvier 1952; *The university* teaching of social sciences: law. Report prepared by Ch. Eisenmann for the International Association of Legal Science. Rev. and enlarged ed. Paris: UNESCO, 1973. 182 p. (first ed. – Paris, 1954). Про це див: *Кресін О.В.* ЮНЕСКО і розвиток порівняльного правознавства... С. 263–265.
[42] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research. Cambridge: University press, 1946. P. 11–13.

порівняльно-правові дослідження у першій половині XIX ст. спочатку здійснювалися окремими вченими, а потім був тривалий період стагнації — аж до утвердження порівняльного права у 1860-х роках[43]. Його виклад щодо ідей до середини XIX ст. — значною мірою, і певною мірою — щодо пізнішого часу спирався на статтю Ф. Поллока.

У підручнику Р. Давида «Основні правові системи сучасності» (перше видання у 1947 р.) вказувалося на те, що порівняння в праві розвивається з часів Стародавнього світу, але «розвиток порівняльного права як науки відноситься до недавнього часу», а саме до кінця XIX — початку XX ст.[44]

Ф. де Сола Канізарес у праці «Вступ до порівняльного права» (1954 р.) подав коротку бібліографію, присвячену історії порівняльного правознавства загалом і в окремих країнах[45], та присвятив цій проблематиці один із розділів книги. Посилаючись на літературу 40-х років XX ст., він зазначав, що порівняння в праві використовується з давніх часів, але як сучасна наукова дисципліна порівняльне право почало формуватися у зв'язку з Міжнародним конгресом порівняльного права 1900 р.[46] Безумовно, праця Ф. де Сола Канізареса й досі є чи не найдокладнішим довідниковим джерелом з історії порівняльного правознавства.

Паралельно з підручниками історія юридичної компаративістики залучається до широких узагальнень феномена порівняльного правознавства у працях другої половини 40-х — початку 70-х років XX ст. Л. Ребет у дисертації «Порівнальна метода в науці права» 1947 р. розглянув розвиток порівняння в праві, починаючи з Античності, становлення порівняльно-правового методу та його визнання в XIX ст.[47] Слід зазначити, що історичний виклад у дисертації Л. Ребета написано під суттєвим впливом «Філософії права» Ю. Біндера (1925 р.), нарису «Порівняльне право» Е. Кадена (1938 р.) та «Історії німецької юридичної науки» Р. Штінцинга і Е. Ландсберга (1880–1910 рр.).

М. Гутцвіллер у статті «Порівняльне право: континентальний погляд» (1954 р.) розглянув вплив християнства та римського права на генезу порівняльного правознавства у континентальній Європі, становлення юридичної компаративістики наприкінці XVIII — у другій половині XIX ст., його подальшу еволюцію[48]. Еволюції порівняльного правознавства протягом останньої третини XIX — першої половини XX ст. було

[43] Ibid. P. 12–13, 16–17.
[44] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. Москва: Международные отношения, 1999. С. 7–8.
[45] *De Sola Canizares F.* Iniciacion al derecho comparado. Barcelona: Instituto de derecho comparado, 1954. P. 18–19, 21–22.
[46] Ibid. P. 47.
[47] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права: Дис. …доктора права. Мюнхен, 1947 // Архів Українського вільного університету (Мюнхен). Одиниця зберігання № 3338. С. 4–20, 146–151.
[48] *Gutzwiller M.* Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht // Recueil de travaux suisses presentes au IVe Congres international de droit compare. Genéve, Paris: Droz, 1954. S. 3–18.

присвячено статтю Р. Паунда «Порівняльне право у просторі та часі» (1955)[49]. М. Ротонді у нарисі «Порівняльне правознавство» (1960 р.) виклав передісторію порівняльного правознавства починаючи з Античності та його становлення у середині — другій половині XIX ст.[50] Дж. Холл у книзі «Порівняльне право та соціальна теорія» (1963 р.) проаналізував становлення порівняльного правознавства протягом XIX ст. під впливом розвитку порівняльних дисциплін у інших науках, частково відтворивши підходи, запозичені у Ф. Поллока[51].

Один із найбільш докладних нарисів з історії порівняльного правознавства написаний Л.-Ж. Константинеско у 1971 р. і був частиною його праці «Порівняльне право». Він коротко розглянув використання порівняння, починаючи з Античності, та докладно — його становлення на початку XIX ст. як наукового методу та як наукової дисципліни у другій половині XIX ст., подальші їх трансформації до середини XX ст.[52] З двадцяти чотирьох використаних Л.-Ж. Константинеско праць щодо першої половини XIX ст. він безпосередньо посилався на тексти двох джерел відповідного періоду (стаття П.Й.А. Фейєрбаха 1810 р. і вступна стаття Фелікса до «Журналу зарубіжного законодавства» 1834 р.) та дев'яти пізніших історичних нарисів. Періодизація розвитку порівняльного правознавства, здійснена Л.-Ж. Константинеско, була прийнята у багатьох пізніших дослідженнях, у тому числі окремими українськими вченими[53].

К. Цвайгерт і Г. Кьотц у своїй праці «Вступ до порівняльного правознавства у сфері приватного права» (перше видання — 1971 р.) представили короткий огляд порівняльних досліджень у праві від Античності до XIX ст., його формування як галузі юридичної науки на початку XIX ст., стагнації й нового становлення у другій половині XIX ст.[54] Виклад авторів щодо передісторії та ранньої історії порівняльного правознавства засновано значною мірою на працях У. Хуга і Ф. Поллока. Відзначимо також статтю «Деякі критичні думки щодо сучасного порівняльного права» (1978 р.) Я. Майди, де виокремлено стадії розвитку сучасної юридичної компаративістики, починаючи з другої половини

[49] *Pound R.* Comparative Law in Space and Time // American Journal of Comparative Law. 1955. Vol. 4. P. 70–80.
[50] *Rotondi M.* Diritto comparato / Rotondi M. Studi di diritto comparato e teoria generale. Padova: CEDAM, 1972. P. 776–779.
[51] *Hall J.* Comparative law and social theory. Baton Rouge: Louisiana state university press, 1963. P. 3–4, 15–16.
[52] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права: Сборник / Сост., перевод и вступ. статья В.А. Туманова. Москва: Прогресс, 1981. С. 104–.
[53] Див., наприклад: *Львова О.Л., Макаренко Л.О.* Формування та розвиток ідей порівняльного правознавства // Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): Монографія / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Видавництво «Фенікс», 2007. С. 45 та ін.
[54] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. Т. I: Основы. Москва: Междунар. отношения, 2000. С. 9, 77–92.

XIX ст.[55] Позиції Я. Майди поділяє М.М. Марченко («Курс порівняльного правознавства», 2002 р.)[56].

Починаючи з 1970 р. історія порівняльного правознавства стала розглядатися також у СРСР. Зокрема, у дисертації «Метод порівняльного правознавства у радянській юридичній науці» (1970 р.) В. Краснянський коротко розглянув еволюцію порівняння як прийому пізнання і формування права на різних етапах розвитку правової думки, його становлення як наукового методу в XIX ст. і допоміжної дисципліни на початку XX ст.[57]

У одному з перших спеціальних радянських досліджень з історії юридичної компаративістики — статті «З історії порівняльного правознавства» (1970 р.) — А. Тилле і М. Файзієв зазначалося, що використання порівняльного методу має свою традицію з давніх часів, проте не мало своєї наукової основи аж до другої половини XIX ст., а «справжню наукову основу діалектичного матеріалізму» воно отримало, ясна річ, лише після Жовтневої революції 1917 р.[58] Ці ж автори у книзі «Проблеми порівняльного дослідження законодавства союзних республік» (1974 р.) розглянули передумови виникнення порівняльного правознавства наприкінці XVIII — на початку XIX ст. та його розвиток у XIX–XX ст.[59] У монографії «Порівняльний метод в юридичних дисциплінах» (1978 р.) А. Тилле і Г. Швеков вказували на використання порівняльного методу з давніх часів, масове та свідоме його застосування починаючи з XVIII — першій половині XIX ст., появу порівняльного правознавства в другій половині XIX ст.[60] У кандидатській дисертації А.Х. Саїдова «Теоретичні проблеми радянського порівняльного правознавства» (1984 р.) вказувалося на виникнення юридичної компаративістики у XIX ст. у межах позитивістського праворозуміння[61].

В.Н. Денисов у нарисі «До критики буржуазних концепцій порівняльного правознавства» (1985 р.) проаналізував розвиток порівняння в праві з часів Античності та причини його слабкого розвитку до кінця

---

[55] *Mayda J.* Some critical reflections on contemporary comparative law // Zweigert K., Puttfarken H. Rechtsvergleichung. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978. S. 367. Ми викладаємо зміст цієї праці за кн.: *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения. Москва: Городец-издат, 2002. С. 107–108.

[56] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения…

[57] *Краснянский В.Э.* Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке: Дисс. … канд. юрид. наук. Ленинград: Ленинградский государственный университет им. А.А. Жданова, 1970. С. 30–35.

[58] *Тилле А., Файзиев М.* Из истории сравнительного правоведения // Общественные науки в Узбекистане. 1970. № 5. С. 39–40; *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения / Проблемы сравнительного исследования законодательства союзных республик / Отв. ред. А.И. Ишанов. Ташкент: Фан, 1974. С. 9.

[59] *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения... С. 23–56.

[60] *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах. Изд. 2-е, доп. и испр. Москва: Высшая школа, 1978. С. 8, 15–17, 45–48.

[61] *Саидов А.Х.* Теоретические проблемы советского сравнительного правоведения: Дисс. … канд. юрид. наук. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1984. С. 68.

XVIII ст., порівняльно-правові дослідження XIX ст., причини і контекст виникнення порівняльного правознавства на межі XIX–XX ст., його розвиток у XX ст.[62] Учений використав праці Г.К. Гаттеріджа та Ф. Поллока, але праця має самостійний характер.

Справжнє піднесення у розвитку історії порівняльного правознавства, і зокрема вивчення його ранньої історії, розпочалося у 90-х роках XX ст. і триває донині. Саме протягом цього часу створено більше праць, ніж за весь попередній період. Докторська дисертація А.Х. Саїдова «Буржуазне порівняльне правознавство: історія і сучасність» (1990 р.) стала найбільшим з коли-небудь оприлюднених досліджень еволюції європейського і американського порівняльного правознавства. У ній було запропоновано теоретико-методологічні підходи до пізнання еволюції юридичної компаративістики, співвідношення її історії та сучасності[63]. Попри заявлені хронологічні рамки дослідження (з другої половини, і навіть останньої чверті, XIX ст. до сьогодення) тут проаналізовано використання порівняння у праві з давніх часів до XVIII ст., а першу половину XIX ст. розглянуто і як передісторію, і як власне історію науки порівняльного правознавства; надалі її розвиток розглядається в окремих країнах (Російській імперії, Великій Британії та США)[64]. Розгляд автором праць і подій першої половини XIX ст. у Німеччині заснований здебільшого на праці Л.-Ж. Константинеско, навіть там, де вона не цитується; виклад щодо Великої Британії та США заснований на праці Г.К. Гаттеріджа. У своєму підручнику «Порівняльне правознавство (основні правові системи сучасності)» (2000 р.) А. Саїдов практично дослівно повторив виклад своєї докторської дисертації щодо виникнення та ранньої історії порівняльного правознавства[65].

У своїй дисертації «Становлення, розвиток і застосування порівняльно-історичного метода в юридичній науці» (1990 р.) Р.А. Саїдов зазначав, що порівняльний метод у дослідженні держави і права виник як метод порівняльно-історичний, а до його появи право вивчалося лише як чинне, причому емпірично, панівним методом був нормативний[66]. Після короткого огляду праць, здебільшого XIX ст., автор розглядає роз-

[62] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Логос, 2008. С. 243–272; *Кресін О.В.* Внесок В.Н. Денисова в розробку проблем порівняльного правознавства // Порівняльне правознавство. 2012. № 3–4. С. 542–547.

[63] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность: Дисс. … доктора юрид. наук. Ташкент: Институт философии и права им. И.М. Муминова АН УзССР, 1990. С. 284–285.

[64] Там само. С. 10, 22–71, 285.

[65] *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. В.А. Туманова. Москва: Юристъ, 2003. С. 21–25, 55–61.

[66] *Саидов Р.А.* Становление, развитие и применение сравнительно-исторического метода в юридической науке: Автореф. … канд. юрид. наук. Ташкент: Институт философии и права им. И.М. Муминова АН УзССР, 1990. С. 8–9.

виток порівняльно-історичних досліджень у Російській імперії, значною мірою спираючись на відповідні положення докторської дисертації А.Х. Саїдова, звертається до еволюції таких досліджень у СРСР, сучасних зарубіжних порівняльно-історичних праць[67]. Висновки Р.А. Саїдова щодо виникнення та ранньої історії порівняльного правознавства по суті повторюють тези А.Х. Саїдова[68].

Г. Хамза у монографії «Порівняльне правознавство та Античність» (1991 р.) розглянув використання порівняльної методології в правознавстві у XVI — першій половині XVIII ст., формування порівняльно-правових наукових шкіл починаючи із середини XVIII ст., перетворення порівняльного правознавства на окрему галузь правових знань у 60–70-і роки XIX ст.[69] У. Евальд у праці «Порівняльне правознавство» (1995 р.) сформулював думку про те, що неможливо виявити, що таке порівняльне правознавство, в тому числі в історичному аспекті, не виявивши, що саме вважалося правом, а тому докладно проаналізував вчення Канта (докритичного і критичного періодів), Гердера та Савіньї про відмінність права від моралі й особливості позитивного права, об'єктивність права[70]. На основі цього він виявив зміни у мисленні про право і зумовлене ними становлення порівняльного правознавства у другій половині XVIII — першій третині XIX ст., коротко розглянув історію останнього до 1900 р.[71] Ця праця є оригінальною, але багато в чому спирається на оцінки і підходи Л.Ж. Константинеско. Р. Шлезінгер у статті «Минуле і майбутнє порівняльного права» (1995 р.) розглянув порівняння як елемент юридичної діяльності, починаючи з XI ст., а також його становлення як спеціалізованої сфери юридичних досліджень наприкінці XVIII — на початку XIX ст. та етапи його подальшого розвитку включно з другою половиною XX ст.[72]

П. де Круз у книзі «Порівняльне право у світі, що змінюється» (1999 р.) коротко розглянув використання порівняння у праві як елемента юридичної діяльності починаючи з Античності, а також становлення порівняльного правознавства як наукової дисципліни у другій половині XIX ст.[73] У статті «Порівняльне право» (1999) Р. Хайленд проаналізував історію порівняльного правознавства як науки від 1869 р. донині, виокремив і охарактеризував зміст основних періодів його роз-

[67] Там само. С. 12–17.
[68] Там само. С. 17.
[69] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity. Budapest: Akademiai kiado, 1991. P. 24–43, 60–62.
[70] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat? // University of Pennsylvania law review. 1995. Vol. 143. P. 1990–2044, 2106–2111.
[71] Ibid. P. 1998–2015, 2110–2122.
[72] *Schlesinger R.B.* The Past and Future of Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 1995. Vol. 43. P. 477–479.
[73] *De Cruz P.* Comparative law in a changing world. 2nd ed. London, Sydney: Cavendish, 1999. P. 11–16.

витку протягом цього часу[74]. Р. Сакко у післямові до збірника «Майбутнє порівняльного права. Виклик для юристів нового тисячоліття» (2000 р.), а також у нарисі «Сто років порівняльного права» (2001 р.) піддав сумніву поширену думку про те, що ця наукова дисципліна народилася у 1900 р. у зв'язку з Міжнародним конгресом порівняльного права в Парижі, запропонував своє бачення характеру юридичної компаративістики XIX і XX ст.[75]

У дисертації «Порівняльне правознавство як наука та його місце в системі юридичних наук» (2001 р.) О.М. Лисенко запропонувала періодизацію розвитку юридичної компаративістики, без прив'язки до дат, та охарактеризувала їх зміст[76]. Періодизацію, запропоновану О.М. Лисенко, поділяють автори підручника «Порівняльне правознавство» (2003 р.)[77]. А. Райлз у передмові («Проекти порівняння») до антології «Переосмислюючи майстрів порівняльного права» (2001 р.) проаналізувала основні підходи у порівняльному правознавстві XIX — XX ст.[78] М.М. Марченко у «Курсі порівняльного правознавства» (2002 р.) докладно розглядає розвиток порівняння в праві у контексті соціально-економічного розвитку та еволюції правових ідей, від Античності й донині, становлення порівняльного правознавства починаючи з другої половини XIX ст.[79] Виклад автора щодо періоду до середини XIX ст. значною мірою спирається на праці У. Хуга, К. Цвайгерта і Г. Кьотца. О.Л. Львова у статті «Порівняльне правознавство: минуле та сучасне» (2002 р.) відзначила відмінні характеристики передісторії (до XIX ст.) та історії юридичної компаративістики[80].

Ю.О. Тихомиров у статті «Порівняльне правознавство: розвиток концепцій і суспільної практики» (2006 р.) зазначає, що до кінця XIX ст. «акцент частіше робився на співставленні державних інститутів і пов'язаних з ними законів», й розглядає виключно еволюцію юридичної компаративістики XX ст.[81] О.Ф. Скакун у 2006 р. виділила етапи розвитку

---

[74] *Hyland R.* Comparative law // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory / Ed. by D. Patterson. Oxford: Blackwell Publishing, 1999. P. 185–197.

[75] *Sacco R.* One hundred years of comparative law // Tulane law review. 2000–2001. Vol. 75. P. 1164–1170; *Sacco R.* Epilogue // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 337–338.

[76] *Лисенко О.М.* Порівняльне правознавство як наука та його місце в системі юридичних наук: Автореф. дис. … канд. юр. наук. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2001. С. 6–9.

[77] *Порівняльне* правознавство: Підручник / В.Д. Ткаченко, С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов; за ред. В.Д. Ткаченка. Харків: Право, 2003. С. 8–9.

[78] *Riles A.* Introduction: The projects of comparison // Rethinking the masters of comparative law / Ed. by A. Riles. Oxford, Portland Oregon: Hart, 2001. P. 4–18.

[79] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения... С. 61–116.

[80] *Бигич О.Л.* Порівняльне правознавство: минуле та сучасне // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: Зб. мат-лів міжвуз. наук. конф. Вип. 2. Київ: Київський університет права, 2002. С. 32.

[81] *Тихомиров Ю.А.* Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 3–4.

порівняльного правознавства без прив'язки до певних дат[82]. У монографії «Порівняльне правознавство: теоретико-правове дослідження» за редакцією О.В. Зайчука і Н.М. Оніщенко (2007 р.) автори прослідкували основні етапи становлення юридичної компаративістики у XIX–XX ст.[83] Запропонована авторами періодизація спирається на погляди Л.-Ж. Константинеско. У статті «Виникнення та розвиток порівняльного правознавства як навчальної дисципліни» (2007 р.) І. Бабич звернув увагу на окремі особливості розвитку юридичної компаративістики XIX–XX ст.[84] О.В. Малько і О.Ю. Саломатін у посібнику «Порівняльне правознавство» (2008 р.) розглянули питання виникнення та ранньої історії юридичної компаративістики в контексті соціально-економічних та політичних процесів XVIII — XIX ст.[85] Позиції авторів також значною мірою засновані на ідеях Л.-Ж. Константинеско. Х.Н. Бехруз у своєму підручнику «Порівняльне правознавство» (2008) розвинув і вдосконалив періодизацію, запропоновану А.Х. Саїдовим, охарактеризував особливості кожного з періодів[86]. С.О. Шаляпін у статті «Порівняльне правознавство: від метода пізнання до галузі науки» (2008 р.), засновуючись насамперед на підходах Л.-Ж. Константинеско, вказав на особливості становлення методу порівняльного правознавства з середини XVIII ст. до початку XX ст. та пізнішого «якісного прориву» — його становлення як окремої наукової дисципліни[87].

Одним із принципово важливих досліджень історії порівняльного правознавства стала дисертація Ф. Балаша «Парадигми сучасного порівняльного права. До нової інтерпретації історії порівняльного права» (Будапешт, 2009 р.). На думку автора, усі дослідження з історії порівняльного правознавства, окрім праці Л.-Ж. Константинеско, охоплюють лише деякі його аспекти: окремий період (У. Хуг), спадок окремих учених, національні досягнення[88]. Ф. Балаш на основі адаптації до свого предмета філософії науки Т. Куна та підходів М. Анселя відтворює

---

[82] *Скакун О.Ф.* Место общего сравнительного правоведения в системе юридических наук и его официальный статус // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. статей / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Таврійський національний університет ім. В.І. Вернадського, Київський університет права НАН України, 2006. С. 7.

[83] *Порівняльне* правознавство (теоретико-правове дослідження): Монографія / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Фенікс, 2007. С. 43–44.

[84] *Бабич І.* Виникнення та розвиток порівняльного правознавства як навчальної дисципліни // Підприемництво, господарство і право. 2007. № 4. С. 141–144.

[85] *Малько А.В., Саломатин А.Ю.* Сравнительное правоведение: Учебно-методический комплекс. Москва: Норма, 2008. С. 79–81.

[86] *Бехруз Х.* Сравнительное правоведение: Учебник для вузов. Одесса: Фенікс; Москва: ТрансЛит, 2008. С. 84–100. Див. також: *Бехруз Х.* Становлення порівняльного правознавства як науки і навчальної дисципліни // Юридична наука та освіта: історія, сучасність, перспективи: Мат-ли IX історико-правової конф. / Редкол.: І.Б. Усенко (голова), І.В. Музика (відп. секр.), О.Н. Ярмиш та ін. Київ, 2004. С. 200–206.

[87] *Шаляпин С.О.* Сравнительное правоведение: от метода познания к отрасли науки // Вестник Избирательной комиссии Архангельской области. 2008. № 3 (23). С. 10.

[88] *Balazs F.* Paradigms of modern comparative law... P. 2.

розвиток порівняльного правознавства у другій половині XIX–XX ст.[89] Важливо відзначити, що автор, попри акцент на використання першоджерел (оригінальних текстів учених кожного періоду), користувався літературою виключно угорською, англійською та французькою мовами[90].

У книзі В.І. Лафітського «Порівняльне правознавство в образах права» (2010 р.) прослідковуються витоки порівняльного правознавства починаючи з часів Античності, а також його становлення як наукового напряму — з 30-х років XIX ст.[91] Цей нарис є цілком оригінальним і значною мірою опертий на широке використання першоджерел, але їх підбір, узагальнення та основні положення автора доволі непослідовні, суперечливі[92].

Нарис У. Хюна «Початки порівняльного права» (2014 р.)[93] практично повністю відтворює положення Л.-Ж. Константинеско, ілюструючи їх додатково матеріалом з праць Г. Монгаупта, К. Цвайгерта і Г. Кьотца.

Р. Скарцигліа у статті «Коротка історія правового порівняння: урок з Античності до часів постмодерну» (2015 р.) висвітлює еволюцію правового порівняння з давніх часів, становлення порівняльної методології починаючи з XVII ст. і сучасного порівняльного правознавства у XIX — XX ст.[94] Нарис Р. Скарцигліа, зокрема його частина щодо періоду до середини XIX ст., написаний під значним впливом праць У. Хуга і Л.-Ж. Константинеско.

У 2015 р. за нашої редакції було видано збірник наукових праць «Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень», що є першою і поки що єдиною колективною спробою критичного переосмислення не лише окремих аспектів чи періодів еволюції юридичної компаративістики, а й підходів та методологічних засад до її пізнання, конституювання історіографії історії порівняльного правознавства як спеціальної галузі знань. До потужного колективу авторів (загалом 26) цього видання увійшли провідні вчені з різних наукових шкіл України, Італії, Росії, Німеччини, Білорусі, США. Розглянуті ними проблеми згруповано навколо таких проблематик: світова та західноєвропейська перспективи, східноєвропейська та національні перспективи, персона-

[89] Ibid. P. 2–12.
[90] Ibid. P. 3.
[91] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. Москва: Статут, 2010. С. 12, 14–19, 23–24, 36, 55, 58, 66, 68, 70; *Лафітський В.І.* Відповідь на рецензію // Порівняльне правознавство. 2012. № 1–2. С. 361–362.
[92] *Кресін О.В.* Рецензія на книгу В. Лафітського «Порівняльне правознавство в образах права» // Порівняльне правознавство. 2012. № 1-2. С. 353–359.
[93] *Heun W.* Die Entdeckung der Rechtsvergleichung // Wendepunkte der Rechtswissenschaft. Aspekte des Rechts in der Moderne / Hrsg. von W. Heun, F. Schorkopf. Gottingen: Wallstein, 2014.
[94] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison: A lesson from the Ancient to Post-Modern times // Beijing Law Review. 2015. No. 6. P. 298–307.

лістські перспективи[95]. О.Д. Тихомиров («Історичний та географічний плюралізм розвитку порівняльного правознавства») проаналізував різні способи організації порівняльно-правових досліджень наприкінці XIX — у XX ст.[96] П.Дж. Монтатері («Методи у порівняльному праві: інтелектуальний огляд») розглянув становлення компаративізму як елемента західної правової ідентичності у XIX ст.[97] О.В. Ткаченко («Правове порівняння: ретроспектива епістемологічних моделей») дослідив еволюцію порівняння як «конструкції європейської раціональності» від класичного юснатуралізму донині[98]. М.В. Захарова («Дитяча й інституційна епохи в розвитку порівняльного правознавства») розглядає прояви інтересу до зарубіжного права починаючи з Античності та його інституціоналізацію в XIX ст. як порівняльного правознавства — науки і світоглядної системи[99]. Є.В. Ромінський («Фантоми історіографії: щодо деяких проблем звернення до порівняльного методу в історико-правових дослідженнях») вказав на використання порівняльного методу в історико-правових дослідженнях починаючи з XVII ст. та його утвердження у середині XVIII ст.[100] До збірника також увійшла низка досліджень розвитку порівняльного правознавства в окремих країнах та в працях окремих компаративістів.

Зазначимо також наші дослідження, присвячені узагальненню еволюції порівняльного правознавства[101].

---

[95] *Історія* порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень...

[96] *Тихомиров О.Д.* Історичний та географічний плюралізм розвитку порівняльного правознавства // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 16–24.

[97] *Monateri P.G.* Methods in comparative law. An intellectual overview // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 31–37.

[98] *Ткаченко О.В.* Правове порівняння: ретроспектива епістемологічних моделей // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 53–63.

[99] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 65–91.

[100] *Ромінський Є.В.* Фантоми історіографії: щодо деяких проблем звернення до порівняльного методу в історико-правових дослідженнях // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 287–288.

[101] *Кресін О.В.* Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення… 294 с.; *Кресін О.В.* Розвиток порівняльних історико-правових досліджень // Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології: Монографія / За ред. Ю.С. Шемшученка. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2006. С. 37–83; *Кресин А.В., Саломатин А.Ю.* Сравнительное правоведение: учебн.-метод. пособие: В 2 ч. Ч. 2: Динамика развития сравнительного правоведения. Пенза: Изд-во ПГУ, 2013. 96 с.; *Саломатин А.Ю., Кресин А.В.* Сравнительное правоведение (модернизированный учебный курс для магистрантов): учеб.-метод. пособие. Пенза: Изд-во ПГУ, 2011. 104 с.; *Кресін О.В.* Становлення та розвиток порівняльно-правових досліджень // Право України. 2014. № 5. С. 236–249; *Кресін О.В.* Питання щодо періодизації

Вивчення окремих періодів і проблем історії порівняльно-правових досліджень

Спеціальні дослідження щодо передісторії та раннього розвитку юридичної компаративістики з'явилися лише у 90-х роках XX ст. Зокрема, Т.П. ван Реенен у статті «Порівняння права у середньовічній правовій думці» (1995 р.) розглянув чинники та умови розвитку порівняння в праві у період з 500 по 1500 рр.[102] У статті «Спадщина Савіньї. Історія права, порівняльне право та виникнення європейської юридичної науки» (1996 р.) Р. Циммерманн аргументовано довів, що так звані «кодифікаційні дебати» у німецьких державах 1810-х років сприяли остаточному утвердженню сучасної юридичної науки і мали порівняльно-правовий характер[103].

Р. Брукс у нарисі «Виникнення еллінського ідеалу зваженого вибору: класична гуманістична концепція порівняльного права» (2006 р.) розглянув період з VII ст. до н.е. до IV ст. н.е. як епоху формування тих елементів мислення про право, що становлять сутність юридичної компаративістики, а також розвиток на цій основі її донаукової «класичної гуманістичної концепції» до XVIII ст.[104] У праці М. Ріхтера «Порівняльне дослідження політичних режимів та суспільств у XVIII ст.» (2006 р.) вказується на активний розвиток порівняльних досліджень у середині — другій половині XVIII ст., розвиток у той час «порівняльного дискурсу» та порівняльного методу; аналізуються джерела, що використовувалися у порівняльних дослідженнях, політична мотивація до їх здійснення; характеризуються причини заперечення порівняння окремими вченими[105].

розвитку порівняльного правознавства // Право України. 2011. № 9. С. 247–265; *Шемшученко Ю.С., Кресин А.В.* Сравнительное правоведение: основные вехи истории // Научные чтения–2010: Сборник статей Международной научно-практической конференции, посвященной 40-летию Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации (Казань, 21 апреля 2010 г.) / отв. ред. И.Б. Петрунина. Казань: Печать-Сервис- XXI век, 2010. С. 375–384; *Шемшученко Ю.С., Кресин А.В.* Сравнительное правоведение: основные этапы развития и роль в диалоге культур и цивилизаций // Диалог культур и партнерство цивилизаций: становление глобальной культуры: X Международные Лихачевские чтения. Санкт-Петербург, 2010. С. 250–254; *Кресин А.В.* Опыт и проблемы преподавания сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права в Украине // Конституционное право и конституционная компаративистика в системе российского юридического образования: сборник докладов. Москва, 2009. С. 174–182; *Кресін О.В.* Розвиток методології порівняльного правознавства: історичний аспект // Право України. 2006. № 2. С. 128–130.

[102] *Van Reenen T.P.* The comparison of laws in medieval legal thought // Journal of South African Law. 1995. No. 4. P. 660–668.

[103] *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science // The Law Quarterly Review. 1996. Vol. 112. P. 576–605.

[104] Brooks R. The emergence of the Hellenic deliberative ideal: the classical humanist conception of comparative law // Hastings international and comparative law review. 2006–2007. Vol. 30. P. 43–75.

[105] *Richter M.* The comparative study of regimes and societies in the Eighteenth-Century // The Cambridge history of Eighteenth-century political thought. Cambridge: Cambridge university press, 2006. P. 147–170.

Одним із найважливіших серед досліджень раннього розвитку юридичної компаративістики є нарис Ч. Донахью «Порівняльне право до Кодексу Наполеона» (2006 р.). Автор вказує, що аналізує еволюцію порівняльного правознавства як дисципліни, межа між передісторією та історією якого є неоднозначною[106]. Ч. Донахью піддає сумніву порівняльний характер окремих згадуваних в історіографії інтелектуальних явищ Античності та Середньовіччя, відсутність їх зв'язку з більш пізніми процесами у передісторії порівняльного правознавства[107]. Натомість він вбачає передумови для активного використання порівняльного методу в процесах і дослідженнях другої половини XVI ст., вказує на суб'єктивне і субсидіарне використання порівняння у працях юснатуралістів XVII–XVIII ст., перехідний (до сучасного періоду) і неоднозначний характер підходів Монтеск'є[108].

В.В. Еміх у статті «Ганс vs Савіньї: полеміка між філософською та історичною школами права» (2015 р.) доводить, що обидві сторони дискусії першої третини XIX ст. не відкидали порівняння, але в їх баченні воно як метод «отримує різні цільові настанови та різне сутнісне наповнення»[109]. Г. Монгаупт у нарисі «Порівняння як метод пізнання в епоху природного права Просвітництва» (2015 р.) розглянув використання порівняння в природничих науках та анатомії у XVIII ст. у контексті впливу на генезу порівняльного правознавства[110]. А.М. Михайлов у статті «Природа права та юридична компаративістика у поглядах природно-правової та історичної шкіл права» (2015 р.) розглядає два згаданих у назві напрями правової думки як певну опозицію ідей універсальності та соціальної сингулярності (національності) в праві, причому юснатуралізм передбачав використання порівняльно-правової методології для свого емпіричного обгрунтування, встановлення змісту природно-правових норм, а погляди представників історичної школи були спрямовані проти порівняння[111].

Вкажемо і свої праці, присвячені окремим періодам передісторії та ранньої історії порівняльного правознавства, порівняльно-правових

---

[106] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 3–4, 32.
[107] Ibid. P. 4–5, 14.
[108] Ibid. P. 16, 20–24, 26, 28, 31.
[109] *Эмих В.В.* Ганс vs Савиньи: полемика между философской и исторической школами права // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2015. Т. 15. Вып. 4. С. 146–147.
[110] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklarung als Erkenntnismethode... S. 100–114.
[111] *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика ввоззрениях естественно-правовой и исторической школ права // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 151–165.

досліджень, компаративізму як елемента світогляду юристів до кінця першої третини XIX ст.[112]

Дослідження національних і макрорегіональних традицій порівняльно-правових досліджень

Перші відомі нам дослідження еволюції юридичної компаративістики в окремих країнах з'явилися у 20-х роках XX ст. У статті Г.К. Гаттеріджа 1922 р. висвітлювався розвиток порівняльного правознавства у Франції та Англії[113]. За своїм характером стаття є оглядовою й присвячена насамперед сучасному стану викладання порівняльного правознавства в університетах та створенню відповідних спеціалізованих кафедр. Р. Альтаміра Кревеа у нарисі «Дослідження порівняльного права в Іспанії» (1928 р.) пов'язав виникнення порівняльно-правових досліджень у цій країні з відкриттям і колонізацією Америки і вказав на праці XVI–XVII ст., присвячені осмисленню відмінностей, зокрема у

[112] *Кресін О.В.* Виникнення та рання історія порівняльного правознавства // Порівняльне правознавство. 2012. № 1–2. С. 332–345; *Кресін О.В.* Ідея суспільного договору та конструювання соціальних держави і права у західноєвропейській думці другої половини XVI–початку XVIII ст. // Правова держава. 2016. Вип. 27. С. 125–139; *Кресін О.В.* Ідея нації, соціальна трихотомія і розвиток плюралістичного правового світогляду // Правова держава. 2015. Вип. 26. С. 409–423; *Кресін О.В.* Становлення ідеї соціального міжнародного права у XVII–на початку XIX ст. // Ідея порівняльного міжнародного права: pro et contra: Збірник наукових праць на честь іноземного члена НАН України та НАПрН України Уїльяма Елліотта Батлера / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 140–164; *Кресін О.В.* Лютер і Макіавеллі: пошук виправдання, сенсу й етичної автономії соціального буття (до питання про передумови становлення плюралістичного компаративістського світогляду в праві) // Філософія порівняльного правознавства: Збірник наукових праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 240–272; *Kresin O.V.* Social Law Doctrine and the Genesis of Procedural Comparative Jurisprudence // The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches / Ed. by W.E. Butler, O.V. Kresin. London: Wildy, Simmonds & Hill, Publishers, 2015. P. 12–47; *Кресін О.В.* Дискусія історичної та історико-філософської шкіл і питання про соціальні та компаративні засади права і юридичної науки // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 121–150; *Кресін О.В.* Наукова і філософська революції XVI ст., Жан Боден та ідея суспільства у контексті становлення плюралістичного правового світогляду // Порівняльно-правові дослідження. 2014. № 2. С. 31–64; *Кресін О.В.* Німецька філософія національного права наприкінці XVIII–на початку XIX ст. і трансформація юридичної науки // Філософія права і загальна теорія права. 2014. № 1–2. С. 312–322; *Кресін О.В.* Форми організації порівняльно-правового знання у першій третині XIX ст. // Правові системи сучасності: взаємодія та конфлікти: міжнар. круглий стіл (16 липня 2016 р., м. Одеса) [Електронний ресурс]. Одеса: Фенікс, 2016. С. 29–36. Режим доступу: http://eurolaw.org.ua; *Kresin O.V.* [Theses of speach "Towards the question of comparative law genesis] / Bermann G.A., Glenn P., Scheppele K.L., Shalakany A., Snyder D.V., Zoller E. Comparative Law: Problems and Prospects // American University International Law Review. 2011. Vol. 26. No. 4. P. 960 (935–968).

[113] *Gutteridge H.C.* The Study of Comparative Law in France and England // Journal of Comparative Legislation and International Law. 3d series. 1922. Vol. 4. P. 84–88.

сфері права, між європейськими народами та індіанцями[114]. Але ці роботи, на думку автора, залишалися лише поодинокими спробами, і лише великі перетворення у науці та освіті XIX ст. привернули увагу до порівняльних досліджень[115]. Власне історію порівняльного правознавства в Іспанії автор починає з 1851 р., коли в ухваленій державою програмі університетської підготовки юристів з'явилася дисципліна «порівняльне законодавство»[116].

Р.В. Лі у статті «Історія порівняльного права у Великій Британії» (1938 р.) звертався до кількох пізньосередньовічних праць з елементами порівняння, але датою народження порівняльного правознавства вважав 1861 р. — рік публікації «Стародавнього права» Г. Мейна, а більш узагальнено — другу половину XIX ст., з посиланням на статтю Ф. Поллока (він вказував на 1869 р.)[117]. Щодо пізнішої історії порівняльного правознавства у Великій Британії автор вказує на заснування профільних кафедр, журналу і наукового товариства у другій половині XIX ст.[118]

М. Ансель у нарисі «Сто років порівняльного права у Франції» (1969 р.) назвав постійною спокусою при розгляді історії порівняльного правознавства розпочинати останню з часів до XIX ст., оцінював раніші звернення до порівняння в праві як спорадичні, ненаукові, позбавлені послідовної методології; але і щодо початку XIX ст. він вказував на недостатню критичність праць, пов'язуючи його виникнення як науки із заснуванням Товариства порівняльного законодавства в Парижі та іншими подіями у 1869 р.[119] Предмет дослідження М. Анселя значно виходить за межі заявленої теми, він проаналізував передумови та особливості становлення порівняльного правознавства в європейських країнах у XIX ст.

Однією з найбільших підбірок досліджень щодо розвитку порівняльного правознавства в окремих країнах став збірник статей до столітнього ювілею Товариства порівняльного законодавства у Парижі, виданий у 1969 р. У ньому, зокрема, вміщено нариси щодо Франції, США, Англії,

---

[114] *Altamira y Crevea R.* Les etudes de droit compare en Espagne // Actorum Academiae universalis iuresprudentiae comparativae. Vol. 1. Berlin, London, Paris: Hermann Sack, 1928. S. 97–100.
[115] Ibid. S. 100.
[116] Ibid. S. 100.
[117] *Lee R.W.* L'Etude du droit compare en Grande-Bretagne // Introduction a l'etude du droit compare: Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert. T. 1 (Parties 1–2). Paris: Libraire de la Societe Anonyme du Recueil Sirey, Librarie generale de droit et de jurisprudence, 1938. S. 344–345.
[118] Ibid. S. 345–347.
[119] *Ancel M.* Cent ans de droit compare en France // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Un siecle de droit compare en France. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 3–6.

Угорщини, Італії, Японії, Польщі, Румунії, Швеції, Швейцарії, Чехословаччини, Туреччини, СРСР, Югославії[120].

Л.Н. Браун у нарисі «Еволюція порівняльного права в Англії після 1869 р.: особисте бачення» (1969 р.) у повній відповідності з концепцією видання, для якого нарис було підготовлено (книга до сторіччя Товариства порівняльного законодавства), та з посиланням на відому статтю Ф. Поллока без додаткових пояснень датував початок розвитку порівняльного правознавства 1869 р., хоча і з уточненням: книга Г. Мейна «Стародавнє право» опублікована у 1861 р., і саме з цього часу розвивається історико-порівняльний підхід у правознавстві, натхненний працями біолога Ч. Дарвіна та успіхами низки порівняльних дисциплін у межах наук про людину[121]. На підставі розвитку політичних умов автор здійснює періодизацію наступного розвитку порівняльного правознавства в Англії[122]. Також Л.Н. Браун у статті «Століття порівняльного права в Англії: 1869–1969 рр.» (1971 р.), посилаючись на статтю Ф. Поллока, відносить виникнення порівняльного правознавства до 60-х років XIX ст. і поділяє його розвиток у Англії на періоди, не вказуючи на жодні наукові критерії такої періодизації[123].

І. Сабо у статті «Історичні аспекти порівняльного права в Угорщині» (1969 р.) пов'язував появу порівняльного права в цій країні зі змінами соціально-економічних відносин — занепадом феодалізму і розвитком капіталізму, похідним від чого було прагнення юристів першої половини XIX ст. створити нову «капіталістичну систему права»[124]. Як зазначав автор, угорські юристи-реформатори 30–40-х років XIX ст. шукали доктринальну основу для трансформації суспільства і розглядали науку порівняльного законодавства як засіб творення нової правової системи, взаємодії правових систем, пізнання зарубіжного права та його порівняння з метою використання у законотворенні[125].

У статті «Порівняльне право в Італії протягом минулого століття» (1969 р.) М. Ротонді звернув увагу на порівняльно-правові ідеї Е. Амарі[126].

---

[120] *Livre* du centenaire de la Société de législation comparée. Tome 2. Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé. Paris: Libraire générale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 3–14, 337–622.

[121] *Brown L.N.* L'Evolution du droit compare en Angleterre depuis 1869: un aperçu personnel // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 356.

[122] Ibid. S. 355–363.

[123] *Brown L.N.* A century of comparative law in England: 1869–1969 // American journal of comparative law. 1971. Vol. 19. P. 232–252.

[124] *Szabo I.* Les aspects historiques du droit compare en Hongrie // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 378.

[125] Ibid. S. 378.

[126] *Rotondi M.* Le droit compare en Italie au cours du dernier siecle // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 393.

У статті «Деякі аспекти порівняльного права в Польщі» (1969 р.) В. Чачорський обмежив своє дослідження лише сферою порівняльного приватного права, здійснив періодизацію його розвитку, починаючи з 60-х років XIX ст.[127] Т. Іонеско у нарисі «Порівняльне право в Румунії» (1969 р.) зазначав, що у цій країні свідоме використання порівняльної методології у наукових дослідженнях розпочалося щонайпізніше у 1857 р., і поділив еволюцію юридичної компаративістики на два періоди[128].

Е. Малмстрьом у статті «Деякі ремарки щодо розвитку порівняльного правознавства у Швеції» (1969 р.) вказав загалом, що «компаративістська діяльність» до середини XIX ст., «можливо, не може називатися науковою в строгому значенні цього слова», але розпочав свій виклад фактично із середини XX ст.[129] У статті «Порівняльне право у Швейцарії» (1969 р.) А. Панчо виокремив три періоди в його розвитку, починаючи з кінця XIX ст.[130] В. Кнапп у статті «Порівняльне право у Чехословаччині» (1969 р.), коротко зазначивши, що юридична думка у цій країні почала розвиватися під автро-угорським впливом фактично у XIX ст., стверджував, що кодифікація австрійського права та домінуючий вплив угорського звичаєвого права створили «несприятливий клімат» для порівняльно-правових досліджень, а тому розпочав свій розгляд періодом після 1918 р.[131] У статті «Еволюція юридичної науки та порівняльного правознавства у СРСР» (1969 р.) В.М. Чхіквадзе і С.Л. Зівс без жодних пояснень розпочали виклад з поглядів В.І. Леніна і радянських юристів 1920-х років[132]. За таким же принципом — з часу створення сучасної держави — було написано нарис Б.Т. Благоєвича «Порівняльно-правові

[127] *Chachorski W.* Quelques aspects du droit compare en Pologne // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 479–492.
[128] *Ionasco T.* Le droit compare en Roumanie // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 496, 501, 508.
[129] *Malmsrom A.* Quelques remarques sur le developpement du droit compare en Suede // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et pro blemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 517–520.
[130] *Panchaud A.* Le droit compare en Suisse // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 523.
[131] *Knapp V.* Le droit compare en Tchecoslovaquie // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 533.
[132] *Tchkhikvadze V.M., Zivs S.L.* L'Evolution de la science juridique et de droit compare en URSS // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 581–582.

дослідження в Югославії та концепції порівняльного пізнання соціалістичного права» (1969 р.)[133].

Значну підбірку нарисів щодо розвитку порівняльного правознавства в окремих країнах було опубліковано в журналі «Revue internationale de droit compare» у 1999 р. як матеріали симпозіуму з нагоди п'ятдесятиріччя цього видання[134], а потім видано окремим збірником «Майбутнє порівняльного права. Виклик для юристів нового тисячоліття»[135]. Статті збірки охоплюють аспекти еволюції порівняльного правознавства у Німеччині, Аргентині, Бельгії, Бразилії, Іспанії, Фінляндії, Франції, Гонконзі, Угорщині, Індії, Ізраїлі, Італії, Новій Зеландії, Великій Британії, Швеції, США, і всі вони більшою чи меншою мірою торкаються питання про історичні аспекти його розвитку в цих країнах. У вступній статті до збірника К. Бланк-Жовен без додаткових пояснень зазначав, що часом народження порівняльного правознавства можна вважати Конгрес 1900 р.[136]

Дж. Берман у статті «Дисципліна порівняльне право у США» (1999 р.) і Ж. Вандерлінден у нарисі «Щодо одного покоління бельгійських компаративістів» розглянули лише проблеми другої половини XX ст.[137] У статтях Е. Пікара, П.Дж. Монатері, Дж. Белла подається лише сучасний зріз теоретико-методологічних дискусій у французькому, італійському, британському порівняльному правознавстві відповідно[138]. Нарис Г. Гарсіа Кантеро присвячено викладанню порівняльного правознавства в Іспанії та розпочинається із заснування кафедри порівняльних законодавств у Мадридському університеті у 1873 р.[139], а стаття Т. Модеена — розвитку практики (взаємодія і координація правових

[133] *Blagojevic B.T.* Les etudes de droit compare en Yougoslavie et les conceptions de la recherche comparative dans le droit socialiste // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. S. 603–622.

[134] *L'avenir* du droit comparé–Contributions offertes pour le cinquantenaire de la revue // Revue internationale de droit compare. 1999. No. 4. S. 747–1071.

[135] *L'Avenir* du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000.

[136] *Blanc-Jouvan X.* Prologue // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 7.

[137] *Bermann G.A.* The discipline of comparative law in the United States // Revue internationale de droit compare. 1999. No. 4. S. 1041–1052; Vanderlinden J. Autour et alentour d'une generation de comparatistes Belges // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 39–68.

[138] *Picard E.* L'etat du droit compare en France, en 1999 // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 149–179; *Monateri P.G.* Critique et difference: le droit compare en Italie // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 254–266; *Bell J.* Le droit compare au Royaume-Uni // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 283–296.

[139] *Garcia Cantero G.* L'Enseignement du droit compare en Espagne: Apercu historique et etat actuel // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 123–127.

систем) та викладання порівняльного правознавства у Фінляндії в XX ст.[140] Статті А. Гармати і С. Стрьомхолма присвячено розвитку порівняльного правознавства відповідно в Угорщині та Швеції протягом XX ст., хоча згадуються окремі факти середини — другої половини XIX ст.[141]

Г. Кьотц у статті «Сучасний стан порівняльного права в Німеччині» (1999 р.) зазначив, що до кінця XVIII ст. у континентальній Європі римське право залишалося загальним центральним елементом права, породжуючи відповідні юридичну науку і термінологію, але з появою національних кодексів почалася їх дезінтеграція, а юристи зайнялися переважно своїм національним правом[142]. Надалі автор вказав на низку компаративістів XIX ст. та спеціалізовані організації у сфері порівняльного правознавства у Німеччині у XIX ст., його визнання як наукової дисципліни на межі XIX і XX ст., розглянув розвиток порівняльного правознавства у Німеччині у XX ст.[143]

О.М. Лисенко у статті «Історія розвитку порівняльного правознавства в Україні» (2000 р.) зазначала, що до XIX ст. можна говорити про несистемний і практико-орієнтований розвиток порівняльно-правових досліджень, а у першій половині XIX ст. порівняльно-правова методологія в Україні починає активно і систематично розвиватися — до 20-х років XX ст., коли під впливом політики більшовицького уряду інтерес до порівняльного правознавства суттєво зменшився[144]. У статті О.Д. Тихомирова «Виникнення порівняльно-правових досліджень в Україні» (2005 р.) стверджується, що національна школа порівняльного правознавства як автономної дисципліни в Україні історично не склалася, але вказується на доволі багаті традиції здійснення порівняльно-правових досліджень[145]. Автор розглядає розвиток українського права в тому числі як взаємодію різних правових традицій, а для періоду з 30-х років XIX ст. виокремлює вже й теоретичне узагальнення порівняльно-правових досліджень — спочатку в межах групи вчених «слов'янської орієнтації»[146].

---

[140] *Modeen T.* Le developpement de la situation du droit compare en Finlande // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 139–147.

[141] *Harmathy A.* Comparative law in Hungary // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 209–216; *Stromholm S.* Le droit compare en Suede au seul du troisieme millenaire // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 297–304.

[142] *Kotz H.* Comparative law in Germany today // Revue internationale de droit compare. 1999. No. 4. S. 753.

[143] Ibid. S. 754.

[144] *Козюбра О.М.* Історія розвитку порівняльного правознавства в Україні // Актуальні проблеми міжнародних відносин: Зб. наук. праць. 2000. Вип. 22, Ч. II. С. 114–117.

[145] *Тихомиров О.Д.* Виникнення порівняльно-правових досліджень в Україні // Часопис Київського університету права. 2005. № 4. С. 33.

[146] Там само. С. 32–33.

М. Хофліч у нарисі «Порівняльне право у післявоєнній Америці» (2005 р.) проаналізував розвиток порівняльно-правових досліджень у США протягом кінця XVIII — першої половини XIX ст., періоду, який він назвав «протокомпаративізмом»[147]. Він розглянув, хоча й формально, проникнення порівняльної методології у наукові праці американських юристів, звернення до зарубіжного права у довідковій та іншій юридичній літературі того часу, вищій освіті, а також обставини і особливості «поширення порівняльного мислення» серед юристів[148].

Одну з найбільших підбірок щодо розвитку порівняльного правознавства у окремих країнах та групах країн опубліковано в «Оксфордській енциклопедії порівняльного права» (2006 р.): у Франції; Німеччині, Швейцарії та Австрії; Італії; Великій Британії; США; Центральній та Східній Європі; Латинській Америці; на Далекому Сході[149]. Зокрема, Б. Фоварк-Коссон у нарисі «Розвиток порівняльного права у Франції» (2006 р.) його розвиток до 1900 р. автор означає як «перші кроки» і розглядає починаючи з праць Монтеск'е[150]. Більш ранні пам'ятки правової думки Б. Фоварк-Коссон не аналізує, посилаючись на висновок М. Анселя щодо них: «несистемний курйозний космополітизм»[151]. Автор перелічує кафедри, навчальні курси, організації та журнали у сфері порівняльного правознавства, характеризує бачення останнього в європейських країнах у XIX ст. як «академічне та ідеалістичне» — на відміну від «більш конкретного і функціонального» бачення XX ст.[152] Додамо, що у своїй пізнішій статті «Два століття еволюції порівняльного права у французькій правовій доктрині» (2011 р.) Б. Фоварк-Коссон чітко виокремила період до XIX ст., коли «порівняльне право ще не існувало як самостійна юридична наука», і пізніший час, коли, хоча це безпосередньо не наголошено, порівняльне правознавство вже існує[153].

У нарисі І. Швенцер «Розвиток порівняльного права у Німеччині, Швейцарії та Австрії» (2006 р.) його еволюція розглядається починаючи з 1789 р., вказується на його основні школи та інституціоналізацію в першій половині XIX ст.[154] Посилаючись на працю К. Цвайгерта

[147] *Hoeflich M.H.* Comparative law in antebellum America // Washington university global studies law review. 2005. Vol. 4. P. 536.
[148] Ibid. P. 535–545.
[149] *The Oxford* handbook of comparative law... P. 35–303.
[150] *Fauvarque-Cosson B.* Development of comparative law in France // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 40.
[151] Ibid. P. 40.
[152] Ibid. P. 41–42.
[153] *Фоварк-Коссон Б.* Два століття еволюції порівняльного права у французькій правовій доктрині // Порівняльне правознавство. 2013. № 1–2. С. 320.
[154] *Schwenzer I.* Development of comparative law in Germany, Switzerland, and Austria // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 71–73.

і Г. Кьотца, І. Швенцер пише про занепад у розвитку порівняльного правознавства у середині XIX ст. внаслідок панування історичної школи[155]. Е. Гранде свій нарис «Розвиток порівняльного права в Італії» (2006 р.) без жодних пояснень розпочала з 60-х років XIX ст. — із ситуації, яку вона визначає як «культура запозичення» в праві з Франції та Німеччини, хоча вказує на вплив французького права в цій країні ще на початку XIX ст.[156] Дж. Кайрнз у нарисі «Розвиток порівняльного права у Великій Британії» (2006 р.) з посиланням на Ф. Поллока проголошує «символічною датою» виникнення порівняльного правознавства 1869 р., вказує на те, що його формування в цей час було пов'язане із «зростанням концентрації на праві як на національній, а не універсальній дисципліні», потребами Британської імперії, а також на те, що термін «порівняльне право» фіксується лише близько 1900 р.[157]

У нарисі «Розвиток порівняльного права у США» (2006 р.) Д. Кларк писав про свою згоду з думкою Р. Паунда щодо раннього виникнення (у другій половині XVIII ст.) юридичної компаративістики, але піддав сумніву його ідею щодо циклічного розвитку порівняльного правознавства та його занепаду в середині XIX ст.[158] Як підкреслює автор, для періоду до 60-х років XIX ст. щодо США може йтися лише про практичне використання порівняння як методу побудови правової системи країни, «запозичення римського чи романо-германського права (як природного права), порівняння його з позитивним загальним правом чи надання престижу рішенню, що не вдається обгрунтувати місцевими джерелами права»[159]. М.А. Дамірлі у книзі «Порівняльно-правова наука в Україні: теоретико-методологічні традиції (XIX — початок XX ст.) (2007 р.) стверджував, що передісторія порівняльного правознавства в Україні тривала до 30-х років XIX ст.[160]

Ж.-Л. Тіре у праці «Зародження порівняння права у Франції» (2009 р.) відзначає відмінності середньовічного і сучасного компаративізму, датує останній XVI ст., пов'язуючи з новим баченням людини і права, усвідомленням неможливості всесвітнього права, розширенням географічних перспектив, удосконаленням порівняльної методології,

[155] Ibid. P. 73.
[156] *Grande E.* Development of comparative law in Italy // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 108.
[157] *Cairns J.W.* Development of comparative law in Great Britain // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 132–133.
[158] *Clark D.S.* Development of comparative law in the United States // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 176.
[159] Ibid. P. 182.
[160] *Дамирли М.А.* Сравнительно-правовая наука в Украине... С. 17.

зміщенням дослідницького фокусу на своєрідність національних правопорядків та ін.[161]

У статті «Фрагменти ранньої історії порівняльного правознавства» (2015 р.) У.Е. Батлер звертає увагу на недоцільність обмеження нижньої дати в історії цієї науки початком XIX ст., вказує на давні англійські традиції використання порівняння в праві — принаймні з XIV ст., аналізував погляди англійського юриста XVII ст. Р. Уайзмана[162].

О.В. Єгоров у статті «Порівняльно-історична школа білоруської юриспруденції» (2015 р.)[163] простежує історію білоруської юридичної компаративістики з XVI ст., вказуючи на елементи порівняння (запозичення зарубіжного досвіду) в процесі розробки, застосування, тлумачення Статутів Великого князівства Литовського[164]. Щодо XVIII–XIX ст. автор стверджує, що білоруське порівняльне правознавство за своєю методологією не відрізнялося від інших європейських шкіл, було орієнтоване на прикладні дослідження[165]. О.В. Єгоров чи не вперше в компаративістському контексті називає, хоча й докладно не аналізує, низку праць білоруських (білорусько-польських, білорусько-українських, білорусько-литовських) учених-юристів другої половини XVIII — першої третини XIX ст.[166]

Слід відзначити також нечисленні праці, присвячені еволюції юридичної компаративістики у макрорегіонах, що охоплюють низку країн. Зокрема, М. Гутцвіллер у статті «Порівняльне право: континентальний погляд» (1954 р.) розглянув становлення цієї дисципліни у континентальній Європі, відзначивши, що на її формування вплинули християнство та римське право[167]. На думку М. Гутцвіллера, перший етап активного розвитку порівняльного правознавства на континенті припадає на другу половину XIX ст.[168] Для періоду, що почався у 60-х роках XIX ст., автор виокремлює національні школи порівняльного правознавства: французьку, німецьку, англійську[169].

---

[161] *Thireau J.-J.* L'avenement de la comparaison des droits en France // Comparer les droits, resolument / Sous la dir. de P. Legrand. Paris: Presses Universitaires de France, 2009. S. 598–600.

[162] *Батлер У.Э.* Фрагменты ранней истории сравнительного правоведения // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 223–228.

[163] Подібні ідеї висловлювалися у попередніх працях автора: *Егоров А.В.* Сравнительное правоведение в Беларуси: история, традиции, тенденции // Компаративистика-2012: сравнительное правоведение, сравнительное государствоведение, сравнительная политология: Сб. статей. Москва: РИОР-ИНФРА-М, 2013. С. 34–37; *Егоров А.В.* Теоретико-методологические основания сравнительного правоведения: Монография. Витебск: ВГУ им. П.М. Машерова, 2014. С. 9–20.

[164] *Егоров А.В.* Сравнительно-историческая школа белорусской юриспруденции // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 233–234.

[165] Там само. С. 236.

[166] Там само. С. 236–237.

[167] *Gutzwiller M.* Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht... S. 3–4.

[168] Ibid. S. 14–15.

[169] Ibid. S. 15–18.

П. Гленн у нарисі «Чи є порівняльне право цілісним?» (1999 р.) категорично обмежив історію порівняльного правознавства країнами Заходу: «В інших правових традиціях світу поняття порівняльного права не існує»[170]. Це не виключає ані використання порівняльно-правових аргументів, ані порівняння свого права із зарубіжним, але саме поняття та інституціоналізація порівняльного права не-західним традиціям не властиві[171]. У нарисі З. Кюна «Розвиток порівняльного права у Центральній та Східній Європі» (2006 р.) стверджується багата відповідна спадщина цього регіону, але виключно у сфері обслуговування практичних потреб, а виклад розпочинається з 1917 р.[172]

Зазначимо і свої праці, присвячені розвитку порівняльно-правових досліджень у окремих країнах[173].

Дослідження праць та ідей окремих компаративістів

Перші відомі нам праці, присвячені аналізу ідей ранніх компаративістів (умовно — до 1833 р.) саме як компаративістів, належать Г. Радбруху. В статтях «Ансельм Фейєрбах, провісник порівняльного права» (1938 р.) та «Ансельм фон Фейєрбах і порівняльне правознавство» (1940 р.) він зазначав, що першим до спадщини П.Й.А. Фейєрбаха у сфері порівняльного правознавства звертався, але побіжно, Дж. дель Веккіо у 1909 р.[174] Автор вказує на праці Фейєрбаха, в яких розвинено ідею порівняльного правознавства, починаючи з 1800 р., не здійснені проекти досліджень, які було опубліковано після його смерті, а також на доступні рукописи праць[175]. На його думку, в результаті своїх порівняльно-правових досліджень у пошуку всесвітньої історії права Фейєрбах «від юнацького доктринерства дедалі більше перетворювався на спраг-

[170] *Glenn H.P.* Vers un droit compare integre? // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. S. 105.
[171] Ibidem.
[172] *Kühn Z.* Development of comparative law in Central and Eastern Europe // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 216–217.
[173] *Кресін О.В.* Історична школа права і розвиток порівняльного правознавства в Україні // Правова держава. 2006. Вип. 17. С. 335–338; *Кресін О.В.* Особливості розвитку порівняльного правознавства в Україні // Шляхи євроінтеграції України. Зб. мат-лів наук. конф. Київ: Київський міжнародний університет, 2004. С. 218–220; *Кресін О.В.* Перспективи розвитку порівняльного правознавства в Україні // Правова держава. Щорічник наукових праць. 2003. Вип. 14. С. 438–443; *Кресин А.В.* Сравнительное правоведение: российская и зарубежные школы // Политико-правовые технологии взаимодействия власти, общества и бизнеса в регионах: Материалы междунар. науч.-практ. конференции. Саратов: Изд-во «Саратовский источник», 2010. С. 134–137.
[174] *Radbruch G.* Anselme Feuerbach. Precurseur du droit compare / Radbruch G. Gesamtausgabe / Hrsg. von A. Kaufman. Bd. 6: Feuerbach / Bearb. von G. Haney. Heidelberg: Muller, 1997. S. 306.
[175] Ibid. S. 306–307; *Radbruch G.* Anselm v. Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft / Radbruch G. Gesamtausgabe / Hrsg. von A. Kaufman. Bd. 6: Feuerbach / Bearb. von G. Haney. Heidelberg: Muller, 1997. S. 316.

лого фактів і смиренного перед справжнім емпіріцистським напрямом»[176]. Г. Радбрух зазначав, що Фейєрбах посідає почесне місце у невідомому періоді історії порівняльного правознавства між «Духом законів» Монтеск'є (1748 р.) і «Стародавнім правом» Г.С. Мейна (1861 р.), а його методологія однаково далека від учень історичної та природно-правової шкіл[177]. Автор вважав, що ідеї Фейєрбаха не мали суттєвого впливу на його сучасників, і все ж у другій з названих нами статей відносить праці Фейєрбаха до історії, а не передісторії порівняльного правознавства[178].

Низка праць, присвячених ідеям ранніх компаративістів, належить Г. Монгаупту. Ми проаналізуємо тут лише дві з них. У статті «Всесвітня історія, універсальне правознавство та порівняльно-правовий метод у працях П.Й.А. Фейєрбаха» (1991 р.) Г. Монгаупт зазначав, що праці Фейєрбаха стали ключовою точкою в формуванні сучасного порівняльного правознавства у XIX ст.[179] Джерелами формування Фейєрбахом ідеї порівняльного правознавства автор вважає становлення порівняльних підходів і порівняльних дисциплін у різних науках у XVIII–XIX ст., а також філософії позитивного права геттінгенської школи, застосування нею порівняльного підходу[180].

Нарис «Універсальна історія права та порівняння у Едуарда Ганса» (2002 р.) Г. Монгаупт почав з аналізу ідей П.Й.А. Фейєрбаха щодо сутності порівняльного правознавства та бачення Ганса як продовжувача його задуму написати порівняльну історію права, але й визначив суттєві розбіжності між їх позиціями, а також з історичною школою права, проаналізував розвиток порівняльно-правових досліджень у межах тогочасної гейдельберзької школи, до якої належав Ганс, а також вплив на останнього філософії Гегеля[181].

У статті Р. Лоне «Монтеск'є: спектр деспотизму і виникнення порівняльного права» (2001 р.) порівняльно-правові ідеї французького мислителя розглянуто в контексті історії французької правової думки, зокрема вчень юристів другої половини XVI ст., які піддавали сумніву універсальність права та виступили натомість з ідеями релятивізму, історизму та компаративізму[182]. М. Ріхтер у нарисі «Теорія і практика порівняльного методу Монтеск'є» (2002 р.) розглядає спадщину цього

[176] *Radbruch G.* Anselm v. Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft... S. 316.
[177] *Radbruch G.* Anselme Feuerbach. Precurseur du droit compare... S. 307–308.
[178] Ibid. S. 315; *Radbruch G.* Anselm v. Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft... S. 328.
[179] Mohnhaupt H. Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs... S. 98.
[180] Ibid. S. 101–107.
[181] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса... С. 108–124.
[182] *Launay R.* Montesquieu: the specter of despotism and the origins of comparative law // Rethinking the masters of comparative law / Ed. by A. Riles. Oxford, Portland Oregon: Hart, 2001. P. 23–25.

мислителя в контексті потреби і спроб узагальнення знань про не-європейські суспільства, накопиченої в його час[183].

У нарисі «Арістотель» (2007 р.) М.А. Дамірлі визначив давньогрецького мислителя як одного з перших «представників компаративістського знання», який найбільш повно в часи Античності «розробив і фактично застосував порівняльний метод»[184]. Зокрема, автор реконструював визначення та елементи порівняння у Арістотеля в контексті його логіки, застосування ним порівняння при аналізі політико-правових явищ[185].

В.В. Еміх у статті «Едуард Ганс про право, його походження та розвиток» (2015 р.) докладно аналізує структуру праці Е. Ганса «Спадкове право у всесвітньо-історичному розвитку» (1824–1835 рр.) та заявлені в ній позиції мислителя щодо порівняльного пізнання права. На думку дослідниці, порівняльний підхід, у тому числі в працях Е. Ганса, відіграв суттєву роль у переході правознавства «від прагматичного вивчення права у виключно практичних цілях до наукового дослідження права, що намагається виключити політизованість правової науки»[186].

Перелічимо також наші нариси, присвячені ролі в становленні порівняльно-правових досліджень Бодена[187], Лейбніца[188], Монтеск'є[189], Канта[190], П.Й.А. фон Фейєрбаха[191], Ж.Л.Е. Лерміньє[192].

---

[183] *Richter M.* Montesquieu's theory and practice of the comparative method // History of the human sciences. 2002. Vol. 15. No. 2. P. 21–22.

[184] *Дамірлі М.А.* Арістотель // Видатні компаративісти: творчий шлях, ідеї, праці / Кресін О.В. (кер. авт. кол.), В.Н. Денисов, М.А. Дамірлі та ін. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Логос, 2007. С. 6.

[185] Там само. С. 6–8.

[186] *Эмих В.В.* Эдуард Ганс о праве, его происхождении и развитии (по материалам труда «Наследственное право во всемирно-историческом развитии») // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 287.

[187] *Кресін О.В.* Наукова і філософська революції XVI ст., Жан Боден та ідея суспільства... С. 31–64.

[188] *Кресин А.В.* К вопросу о сравнительном подходе к познанию права и идее «театра права» в трудах Лейбница // Ştiinţa juridică universitară în contextul promovării valorilor europene. Conferinţa ştiinţifică teoretico-practică internaţională / Redactor-şef: Dr. V. Gamurari. Кишинів, 2013. С. 378–382.

[189] *Кресін О.В.* Шарль Луї де Монтеск'є і передісторія порівняльного правознавства // Право України. 2012. № 6. С. 262–275; *Кресін О.В.* Національне і наднаціональне в праві у баченні Монтеск'є // Правові проблеми цивілізаційного вибору України: Мат-ли всеукр. наук. конф., присвяч. пам'яті О.К. Вишнякова / Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса: Фенікс, 2015. С. 48–52.

[190] *Кресін О.В.* Кант і ідея позитивного національного права // Правові проблеми цивілізаційного вибору України: Мат-ли круглого столу, присвяч. 10-річчю кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства / Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса: Фенікс, 2014. С. 32–36.

[191] *Кресін О.В.* Формування теоретико-методологічних засад порівняльного правознавства у працях Пауля Йоганна Анзельма фон Фейербаха // Право України. 2012. № 1–2. С. 380–394; *Кресін О.В.* Пауль Йоганн Анзельм фон Фейербах і питання про генезу порівняльного правознавства // Порівняльно-правові дослідження. 2011. № 2. С. 22–28.

[192] *Кресін О.В.* Ж.Л.Е. Лерміньє як один з творців науки порівняльного правознавства // Правова держава. 2013. Вип. 24. С. 381–392; *Кресін О.В.* Жан Луї Ежен Лерміньє як тео-

Вивчення інституціоналізації порівняльно-правових досліджень

Існує кілька відомих нам досліджень, присвячених інституціоналізації порівняльного правознавства у першій третині XIX ст. У статті П. Грюнебаума-Балліна «Щодо заснування консулом Бонапартом першого французького центру вивчення зарубіжних законодавств і порівняльного права» (1953 р.) коротко описувалися обставини створення та діяльність Бюро зарубіжного законодавства в Парижі у 1801–1804 рр.; до статті додано документи[193]. У статті Г. Монгаупта «Порівняльне право у «Критичному журналі зарубіжної юридичної науки та законодавства» (1829–1856 рр.) Міттермайєра» (1999 р.) аналізуються роль журналів у розвитку науки та наукової комунікації у XIX ст., обставини і особливості видання, проблематика, ключові програмні матеріали «Критичного журналу…»[194]. Ще дві статті присвячено історії кафедри загальної та філософської історії порівняльних законодавств у Колеж де Франс під керівництвом Ж.Л.Е. Лермінье (1831–1849 рр.)[195].

Відзначимо також наші праці, присвячені питанням інституціоналізації порівняльно-правових досліджень у першій третині XIX ст.[196]

Дослідження теоретико-методологічних питань історії порівняльно-правових досліджень

Попри те, що теоретико-методологічні аспекти дослідження еволюції порівняльного правознавства розглядаються у науковій літературі при-

ретик і викладач порівняльного законодавства // Порівняльне правознавство. 2012. № 3–4. С. 428–452; *Кресін О.В.* Жан Луї Ежен Лермінье: формулювання порівняльного підходу до пізнання права // Право України. 2012. № 8. С. 306–326.

[193] *Grunebaum-Ballin P.* Comment Bonaparte, Premier Consul, fonda le premier organisme francais d'etude des legislations etrangeres et du droit compare // Revue internationale de droit compare. 1953. Vol. 5. No. 2. P. 268–272.

[194] *Mohnhaupt H.* Rechtsvergleichung in Mittermaiers "Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Ausländes" (1829–1856) // Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.–20. Jahrhunderts / Hrsg von M. Stolleis. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999. S. 277–301.

[195] *Audren F., Navet G.* Note sur la carriere d'Eugene Lerminier au College de France (1831–1849) // Revue d'histoire des sciences humaines. 2001. Vol. 1. No. 4.; *Smith B.G.* The rise and fall of Eugene Lerminier // French historical studies. 1982. Vol. 12. No. 3.

[196] *Кресін О.В.* Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст. // Право України. 2013. № 3–4. С. 136–153; *Кресін О.В.* Компаративізація німецької юридичної освіти в першій третині XIX століття: перша модель європеїзації після краху ius commune // Європеїзація української юридичної освіти: німецько-український досвід: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. Київ, 21 і 22 листопада 2014 / Федеральне міністерство освіти і науки ФРН; Університет ім. Ґеорга Авґуста м. Ґеттінґена, Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ: Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка, 2015. С. 46–49; *Кресін О.В.* Позитивізація німецької юридичної освіти у першій половині XIX ст. // Людина, суспільство, держава: правовий вимір в сучасному світі: Матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції. Київ: Національний авіаційний університет, ТОВ МП Леся, 2014. С. 300–303.

наймні з 1857 р. (праця Е. Амарі та ін.), предметом окремого розгляду вони стали лише на початку XXI ст. Зокрема, насамперед цим питанням присвячена передмова («Проекти порівняння») А. Райлз до антології «Переосмислюючи майстрів порівняльного права» (2001 р.). На її думку, історія порівняльного правознавства як наукової дисципліни має бути насамперед «критичною історією осіб і проектів», а не «історією прогресу моделей»; саме проекти, а не власне порівняння, на думку автора, завжди були центральним елементом порівняльного правознавства[197].

О.Д. Тихомиров у книзі «Юридична компаративістика» (2005 р.), зважаючи на «історичний та географічний плюралізм у розумінні порівняльного права», зазначає, що воно «не існує поза національними науками». А тому розвиток порівняльного правознавства має розглядатися «в контексті виникнення і становлення його національних шкіл»[198].

У дисертації Ф. Балаша «Парадигми сучасного порівняльного права. До нової інтерпретації історії порівняльного права» (Будапешт, 2009 р.) предметом праці визначено «історію порівняльно-правового мислення», а також інституціоналізацію порівняльного правознавства та внутрішню трансформацію наукового співтовариства компаративістів[199]. Ф. Балаш прагнув прикласти до свого предмета філософію науки Т. Куна, а саме теорію парадигм, яку вже застосовували раніше до вивчення історії окремих наук; натомість традиційні підходи «можуть бути визначені як лінеарні та примітивні, позаяк вони спрямовані на збирання та перелічення фактів та подій, пов'язаних з певною наукою»[200]. При цьому Ф. Балаш вказав на те, що парадигмальний підхід до історії порівняльного правознавства раніше вже було сформульовано у статті його наукового керівника З. Петері у 2004 р.[201] Також автор вказує на використання ним динамічного підходу до історії порівняльного правознавства, застосованого раніше М. Анселем[202]. М.В. Немитіна у статті «Простір порівняльно-правових досліджень» (2013 р.) звернула увагу на необхідність розрізнення понять «порівняльне правознавство» та «порівняльно-правові дослідження» і також запропонувала використовувати для пізнання їх історії та становлення порівняльного правознавства парадигмальний підхід[203].

---

[197] *Riles A.* Introduction: The projects of comparison... P. 4–8, 15.
[198] *Тихомиров А.Д.* Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы... С. 47; див. також с. 78.
[199] *Balazs F.* Paradigms of modern comparative law... P. 2, 4.
[200] Ibid. P. 2.
[201] Ibid. P. 3.
[202] Ibid. P. 4.
[203] *Немытина М.В.* Пространство сравнительно-правовых исследований // Методология сравнительно-правовых исследований. Жидковские чтения: Мат-лы всеросс. науч. конф. / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. Москва: РУДН, 2013. С. 19.

У статті «Історичний та географічний плюралізм розвитку порівняльного правознавства» (2015 р.) О.Д. Тихомиров зазначив, що конституювання порівняльно-правових досліджень на певному етапі їх розвитку в науку юридичну компаративістику було лише одним з можливих варіантів організації порівняльно-правового знання, до того ж національним варіантом, що протягом певного часу домінував щодо альтернативних підходів, але не став єдиним[204]. Надалі автор розглядає як методологічну, так і дисциплінарну форми організації таких досліджень, одна з яких домінує в певний час, у певному місці, за певних умов, але плюралізм організації порівняльно-правового знання при цьому ніколи не зникає[205].

Зазначимо і свої праці, присвячені теоретико-методологічним питанням історії порівняльно-правових досліджень[206].

Питання про періодизацію еволюції порівняльно-правових досліджень та основні підходи до її розуміння

Починаючи з першого відомого нам дослідження еволюції порівняльного правознавства Е. Амарі вчені поділяли її на передісторію та історію, виокремлювали періоди останньої. Автори спиралися при цьому на різні критерії, які ми розглянемо нижче, або перебували під впливом тих чи інших зразків, на які ми вже звертали увагу. Попри розмаїття періодизацій можна виокремити певні періоди, які виокремлюються більшістю дослідників, що дасть можливість нижче розглянути їх окремо.

Значна частина авторів виокремлюють передісторію порівняльного правознавства, що тривала від Стародавнього світу до другої половини XVI ст. (Г. Ролен-Жакмен, Ф.В. Тарановський, Г.К. Гаттерідж, Л. Ребет, Дж. Холл, П. де Круз, О.В. Єгоров), середини XVIII ст. (Е. Амарі, Г. Хайєм, У. Хуг, М. Ротонді, А. Тилле і М. Файзієв, Г.В. Швеков, В.Н. Денисов, С.О. Шаляпін) чи кінця XVIII ст. (Дж. дель Веккіо, Г. Радбрух, Р. Давид, М. Гутцвіллер, М. Ансель, В. Краснянський, Л.-Ж. Константинеско, К. Цвайгерт і Г. Кьотц, А. Саїдов, О.М. Лисенко, В.І. Лафітський, Р. Скарцигліа, М.В. Захарова, Б. Фоварк-Коссон).

Наступним значна частина дослідників вважає перехідний період формування передумов юридичної компаративістики. Зокрема, цей період датують другою половиною XVI — серединою XVIII ст. (Г. Ролен-Жакмен, Ф. Поллок, Ф.В. Тарановський, Р. Альтаміра Кревеа, Л. Ребет, Ф. де Сола Канізарес, Дж. Холл, К. Цвайгерт і Г. Кьотц, Г. Хамза, П. де

[204] *Тихомиров О.Д.* Історичний та географічний плюралізм розвитку порівняльного правознавства... С. 17–18.
[205] Там само. С. 18–19, 20–24.
[206] *Кресін О.В.* Критерії при вивченні генези порівняльного правознавства // Право України. 2011. № 8. С. 330–343; *Кресін О.В.* Питання критеріїв при вивченні генези порівняльного правознавства // Правова держава. 2010. Вип. 21. С. 431–445.

Круз, Ч. Донахью, О.В. Єгоров), серединою — другою половиною XVIII ст. Е. Амарі, У. Хуг, Г.К. Гаттерідж, А. Тилле і М. Файзієв. У баченні кількох авторів середина — друга половина XVIII ст. натомість є першим періодом історії порівняльного правознавства (Г. Ролен-Жакмен, Г. Хамза, Р. Шлезінгер, А. Райлз, О.В. Ткаченко).

Деякі вчені першим періодом в історії порівняльного правознавства вважають першу половину XIX ст. (Е. Амарі, Дж. дель Веккіо, Л.-Ж. Константинеско, К. Цвайгерт і Г. Кьотц, Ч. Донахью, О.В. Малько і О.Ю. Саломатін, І. Швенцер) або першу третину XIX ст. (М.К. Ренненкампф, Г. Хайєм, Дж. Холл, У. Евальд, В.І. Лафітський, Р. Скарцигліа). Інші вважають першу третину XIX ст. періодом становлення порівняльно-правової методології чи наукового становлення, але із застереженнями (Ф. Поллок, Ф.В. Тарановський, У. Хуг, Г. Радбрух, Г.К. Гаттерідж, Л. Ребет, М. Ансель, Г.В. Шведов, О.В. Єгоров, О.М. Лисенко). Окремі автори вважають кінець XVIII — середину XIX ст. другим періодом еволюції юридичної компаративістики (Г. Ролен-Жакмен, Г. Хамза).

Другу половину XIX ст. одні вчені вважають першим періодом становлення порівняльного правознавства як науки (Ф. Поллок, Р. Паунд, М. Ансель, Л.Н. Браун, Т. Іонеско, А. Тилле і М. Файзієв, Я. Майда, М.М. Марченко, А. Саїдов, П. де Круз, Р. Хайленд, Ф. Балаш) або першим періодом з різними застереженнями (Н. Сугияма, В. Чачорський, В. Краснянський), інші — другим періодом його історії, коли воно перетворилося з методу на науку (Ф.В. Тарановський, У. Хуг, Р. Альтаміра Кревеа, Г. Радбрух, Г.К. Гаттерідж, Л. Ребет, М. Гутцвіллер, Дж. Холл, Л.-Ж. Константинеско, К. Цвайгерт і Г. Кьотц, Г.В. Шведов, Г. Хамза, У. Евальд, А. Райлз, О.В. Малько і О.Ю. Саломатін, В.І. Лафітський, О.В. Єгоров, І. Швенцер). Натомість усе XIX ст. першим періодом розвитку порівняльного правознавства, з різними застереженнями, вважають: Ф. де Сола Канізарес, С.О. Шаляпін, М.В. Захарова, Б. Фоварк-Коссон.

Кінець XIX — початок XX ст. чи 1917 — 1918 рр. деякі автори вважають новим періодом еволюції юридичної компаративістики (Ф.В. Тарановський, Н. Сугияма, Г.К. Гаттерідж, Л. Ребет, Ф. де Сола Канізарес, Р. Паунд, В. Краснянський, Л.-Ж. Константинеско, А. Тилле і М. Файзієв, Я. Майда, М.М. Марченко, А. Саїдов, П. де Круз, Р. Хайленд, А. Райлз, С.О. Шаляпін, Ф. Балаш, М.В. Захарова, Б. Фоварк-Коссон, І. Швенцер), інші розпочинають із цього часу перший період (Р. Давид, Л.Н. Браун, В. Чачорський, А. Панчо, В.Н. Денисов, Х.Н. Бехруз, О.Д. Тихомиров).

Учені майже одностайно розпочинають новий період історії порівняльного правознавства після 1945 р. (Р. Давид, Л.Н. Браун, В. Чачорський, Т. Іонеско, А. Панчо, А. Тилле і М. Файзієв, Я. Майда, М.М. Марченко, В.Н. Денисов, А. Саїдов, Р. Шлезінгер, А. Райлз,

Х.Н. Бехруз, Ф. Балаш, Р. Скарцигліа, О.Д. Тихомиров). Наступні періоди деякі вчені розпочинають з 1960-х рр. (В. Чачорський, Я. Майда, М.М. Марченко) та з 80–90-х років XX ст. (А. Саїдов, Р. Хайленд, А. Райлз, Х.Н. Бехруз, О.Д. Тихомиров, О.В. Ткаченко).

Також важливо зазначити, що значна частина авторів обстоюють переривчастий характер розвитку порівняльного правознавства: з періодами занепаду в Середніх віках (Г. Ролен-Жакмен, М.К. Ренненкампф, Ф. Поллок, У. Хуг, К. Цвайгерт і Г. Кьотц, А. Тилле і М. Файзієв, Г.В. Швеков), у XVII — середині XVIII ст. (М.К. Ренненкампф, У. Хуг, Л. Ребет, Г. Хамза), другій третині XIX ст. (У. Хуг, Г.К. Гаттерідж, Л.-Ж. Константинеско, К. Цвайгерт і Г. Кьотц, У. Евальд, І. Швенцер).

Окрім того, в історіографії історії порівняльного правознавства багатьма авторами підкреслюється обмежена придатність загальної періодизації. Зокрема, Г. Хайєм одним із перших ще у 1909 р. вказав на проблему нерівномірності розвитку порівняльного правознавства в різних європейських країнах[207], а пізніше на цій думці наголошували У. Хуг, О.Д. Тихомиров та ін. Наприклад, суттєво відмінний від загальних схем періодизації історії порівняльного правознавства підхід щодо Росії запропонований Ю.О. Тихомировим: 1) початок XX ст. — 1917 р., об'єктивістський опис зарубіжного правового досвіду; 2) 1917 р. — 60-і роки XX ст., критичний етап, протиставлення доктрин і правової практики; 3) 60–70-і роки XX ст., переклад зарубіжних книг і перші власні праці; 4) з 80-х років XX ст., сучасний період «серйозної уваги до зарубіжного досвіду»[208]. Також М. Гутцвіллер у 1954 р. вказав на особливості розвитку порівняльного правознавства у континентальній Європі[209], а П. Гленн у 1999 р. виокремив два періоди в історії західного порівняльного правознавства: 1) конструювання і артикуляції європейських національних правових систем; 2) з XIX ст. — удосконалення і прилаштування цих систем[210].

Також низкою дослідників (А.Х. Саїдовим, М.М. Марченко, М.А. Дамірлі, М.В. Немитіною) на основі власних поглядів, напрацювань філософії науки здійснювалося узагальнення підходів до періодизації еволюції порівняльного правознавства. Зокрема, А.Х. Саїдов серед підходів до вивчення розвитку порівняльного правознавства (щоправда, щодо сучасного періоду) виокремлював насамперед формально-інституційний: кількість здійснюваних наукових досліджень і публікацій; наявність систематизуючих і оглядових праць; проведення міжнародних наукових заходів; спеціалізовані періодичні видання і журнали з постійними спеціалізованими розділами; систему підготовки спеціаліс-

[207] *Hayet H.* L'etude du droit compare... S. 330–333.
[208] *Тихомиров Ю.А.* Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики... С. 3–4.
[209] *Gutzwiller M.* Rechtsvergleichung in kinentaler Sicht... S. 3–4.
[210] *Glenn H.P.* Vers un droit compare integre?.. S. 106.

тів, навчальні програми і посібники; формування національних і міжнародних науково-дослідних центрів, шкіл, напрямів[211].

М.М. Марченко виокремлює змістовні параметри аналізу розвитку порівняльного правознавства (ідеї та принципи, внутрішню структуру, «характер відносин із зовнішнім світом», методологію), але акцентує увагу, знов-таки, здебільшого на формально-інституційних відмінностях сучасного порівняльного правознавства від попередніх етапів його розвитку: завершення його становлення як відносно самостійної галузі знань та академічної дисципліни, систематичність порівняльно-правових досліджень, безпрецедентне поширення сфери і географії його поширення і впливу, його глобалізація, «інституціональне оформлення», прагнення створити його цілісну концепцію[212].

М.А. Дамірлі пропонує поділ еволюції порівняльного правознавства на передісторію та історію: до передісторії належить період, «коли певного явища ще немає в житті, але є лише окремі елементи майбутнього повноцінного явища»[213]. Також він пропонує критерії науковості, що «дають змогу визначити історичний «рубіж», з якого починається повноцінне «життя»» порівняльного правознавства: онтологічні, гносеологічні (епістемологічні) та інституційно-організаційні[214].

М.В. Немитіна виокремлює змістовний та організаційний аспекти «еволюційного зростання» порівняльного правознавства, причому для змістовного характерні «якісні стрибки, обумовлені тими чи іншими політико-правовими зовнішніми детермінантами» (завершення Другої світової війни, розпад СРСР, глобалізація), зміна наукових проблем, що є «предметом актуалізації», об'єктів порівняльно-правового аналізу, розширення географічного спектра досліджень, а для організаційного — накопичення та прогрес інституційних форм[215].

На нашу думку, представлене розмаїття періодизацій еволюції порівняльного правознавства не дає підстав для виокремлення ані єдиної, ані домінуючої, ані найбільш обгрунтованої схеми. Найбільш продуктивним нам видається виокремлення та аналіз підходів до періодизації, які висувалися авторами і які ми спробували класифікувати на групи.

Насамперед слід звернути увагу на *філософсько-світоглядний підхід*. Значна частина дослідників вказує на розвиток філософії як на один із визначальних чинників становлення й трансформації порівняльного правознавства (Г. Ролен-Жакмен, Ф.В. Тарановський, Дж. дель

[211] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность... С. 284–285.
[212] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения... С. 104–105, 108–112, 116.
[213] *Дамирли М.А.* Сравнительно-правовая наука в Украине... С. 17.
[214] *Дамирли М.А.* Сравнительное правоведение: Ч. 1. Статус, предмет и система. Одесса: Феникс, 2013. С. 24.
[215] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения... С. 81, 84–85.

Веккіо, У. Хуг, Л. Ребет, Р. Паунд, У. Евальд, І. Швенцер, О.Л. Львова і Л.О. Макаренко) — те, що О.В. Ткаченко визначає як зміну «конструкцій європейської раціональності».

Вчені, зокрема, вважають передумовами появи юридичної компаративістики формування «порівняльного мислення» (поняття Ч. Донахью, М. Хофліча і Ф. Балаш) або «порівняльного дискурсу» (поняття М. Ріхтера), що передбачало: подолання метафізичного (Г. Ролен-Жакмен, У. Хуг, Л. Ребет, Р. Паунд, Л.-Ж. Константинеско, В.Н. Денисов, У. Евальд, Т.П. ван Реенен, Ч. Донахью), раціоналістського (Г. Ролен-Жакмен), спекулятивного (Ф. Поллок, Ф.В. Тарановський, Дж. дель Веккіо, Г. Хайєм, У. Хуг, Г.К. Гаттерідж, Л. Ребет, Л.-Ж. Константинеско, Т.П. ван Реенен, І. Швенцер, Ф. Балаш, В.І. Лафітський, Р. Скарцигліа) мислення, формування позитивістського праворозуміння (Л. Ребет, М. Гутцвіллер, Л.-Ж. Константинеско, А.Х. Саїдов, Г. Монгаупт, Ф. Балаш).

Також формування такого мислення передбачало подолання ідеї універсальності та абсолютного авторитету будь-якого права (У. Хуг, Г. Радбрух, Р. Давид, Р. Паунд, Л.-Ж. Константинеско, Ж.-Л. Тіре, В.І. Лафітський), в тому числі римського права (Дж. дель Веккіо, Л. Ребет, М. Гутцвіллер, В.Н. Денисов, Г. Хамза, Т.П. ван Реенен, Г. Кьотц, П. де Круз, Р. Хайленд, Б. Фоварк-Коссон, П.Дж. Монтатері) і канонічного права (Т.П. ван Реенен, П. де Круз, Б. Фоварк-Коссон), розширення уявлень про різноманіття у світі, в тому числі завдяки географічним відкриттям (Р. Альтаміра Кревеа, Ж.-Л. Тіре).

Елементом такого мислення є концептуалізація національного права (Ф.В. Тарановський, Л. Ребет, Л.-Ж. Константинеско, Г. Хамза, М. Ріхтер, О.Л. Львова і Л.О. Макаренко, Ж.-Л. Тіре, Р. Скарцигліа, П.Дж. Монтатері), груп правопорядків (М. Гутцвіллер, В.І. Лафітський), права європейських країн (М. Ріхтер) і Заходу (П.Дж. Монтатері) у контексті правового різноманіття.

Основою такого мислення є становлення плюралістичного і релятивістського світогляду, який: дає змогу розглядати розвиток права у світі як єдність у різноманітті (Г. Радбрух, Л. Ребет, Л.-Ж. Константинеско, У. Евальд, Р. Сакко, Р. Брукс); долає зверхність, сприймає чуже право як рівне і самодостатнє — не об'єкт диктату і не інструмент (Г. Ролен-Жакмен, Дж. дель Веккіо, Г.К. Гаттерідж, Л.-Ж. Константинеско, Р. Сакко, Б. Фоварк-Коссон, А. Райлз, М. Ріхтер, Ч. Донахью); передбачає визнання неуникненності відмінностей між правопорядками (Г. Ролен-Жакмен, Р. Альтаміра Кревеа, Р. Сакко, У. Евальд, Р. Хайленд, Ч. Донахью); передбачає ціннісне сприйняття правового порівняння як елемента правової культури (Г.К. Гаттерідж, Р. Давид, А. Райлз, Ф. Балаш).

Починаючи від Е. Амарі дослідники вказують на *теоретичний та методологічний підходи* до формування і трансформації порівняльного

правознавства. Зокрема, вказувалося, що цей процес слід розглядати в контексті формування юридичної науки (Г. Ролен-Жакмен, В.Н. Денисов, О.М. Лисенко, І. Швенцер, Р. Брукс), становлення принципу історизму (Г. Ролен-Жакмен, М.К. Ренненкампф, Ф. Поллок, Ф.В. Тарановський, У. Хуг, Г.К. Гаттерідж, Л. Ребет, Л.-Ж. Константинеско, У. Евальд, М.В. Захарова), ідеї прогресу (Е. Амарі, Г. Ролен-Жакмен, Ф. Поллок, Р. Паунд, І. Сабо, Л.-Ж. Константинеско). Практично всі автори вказують на запозичення у процесі формування юридичної компаративістики порівняльної методології та принципів організації інших наук, зокрема порівняльного мовознавства, етнографії, біології та інших природничих наук.

Частина вчених зазначають, що юридична компаративістика стає наукою, коли: замість спостереження (простого знання, емпіричного знання) з'являється індукційне узагальнення, вивчення причин і закономірностей (Е. Амарі, М.К. Ренненкампф, Ф. Поллок, Дж. дель Веккіо, У. Хуг, Г. Радбрух, Л. Ребет, М. Гутцвіллер, Р.А. Саїдов), процесів (Г. Хайєм, У. Хуг) у сфері права; порівняння відокремлюється від апріорної спекуляції (У. Хуг, Л. Ребет, М. Ансель, П. де Круз); зарубіжне право починає вивчатися за певними принципами, критеріями (Г. Ролен-Жакмен, У. Хуг); з'являється розуміння, а не просто знання зарубіжного права (Р. Сакко). На первинності становлення порівняльно-правової методології наполягали Ф. Поллок, Г.К. Гаттерідж, Ф. де Сола Канізарес, М. Ансель, А. Панчо, А.О. Тілле і Г.В. Швеков, М. Ріхтер, Ж.-Л. Тіре, Р. Скарцигліа, О.В. Єгоров; на розвитку порівняння від факту до методу і системи досліду — Л. Ребет, від методу до науки — С.О. Шаляпін. При цьому зміну дисциплінарної організації порівняльного знання методологічною і навпаки в процесі його еволюції вважали можливою М.К. Ренненкампф, Ф. де Сола Канізарес, В.Н. Денисов, А. Райлз; на плюралізм такої організації вказують О.Д. Тихомиров і М.В. Захарова.

Обов'язковим критерієм практично всі дослідники вважають подолання ізольованості досліджень, досягнення їх масовості, системності та продовжуваності. Так само практично всі автори вбачають втілення цього критерію в формуванні, розвитку, зміні наукових шкіл, а також у наявності дискусії між ними (М.К. Ренненкампф, У. Хуг, В.І. Лафітський), узгодженні та зближенні їх позицій (М.К. Ренненкампф, Л. Ребет, Г. Монгаупт, Ф. Балаш).

Іншим критерієм частина дослідників вважають формування ідентичності юридичної компаративістики: відокремлення порівняльно-правових досліджень від простого вивчення зарубіжного права (Л.-Ж. Константинеско, Р. Сакко, Х. Бехруз), появу поняття «порівняльне правознавство» (Ф. Поллок, Ф.В. Тарановський, Дж. дель Веккіо, У. Хуг, Г. Радбрух, Р. Давид, Г. Монгаупт, Б. Фоварк-Коссон, Дж. Кайрнз, Р. Скарцигліа), його самоусвідомлення як науки (Ф. Поллок, Л.-Ж.

Константинеско), галузі знань (Г. Хайєм, У. Хуг) чи методології (Л. Ребет, М. Ротонді), формування його теорії (Л. Ребет, В. Чачорський, Л.-Ж. Константинеско, А.Х. Саїдов, О.М. Лисенко, О.Д. Тихомиров, Х.Н. Бехруз, О.В. Єгоров) та її поєднання з практикою (Ф.В. Тарановський, У. Хуг, Г. Радбрух, Р. Давид, Л. Ребет, Ф. де Сола Канізарес, А.Х. Саїдов, В.В. Еміх).

Деякі дослідники вважають критерієм також появу та розвиток певної проблематики порівняльно-правових досліджень: класифікації правових систем (Ф.В. Тарановський, В.Н. Денисов, Ф. Балаш), їх взаємодії (Х.Н. Бехруз та ін.).

Разом філософсько-світоглядні, теоретичні та методологічні підходи окремі автори інтегрують у понятті парадигми, використовуючи відомий підхід Т. Куна (Р. Хайленд, З. Петері, Ф. Балаш, М.В. Немитіна).

Практично всі дослідники вказують на вирішальність чи принципову важливість для завершення формування порівняльного правознавства його *інституціоналізації*, а М. Ансель навіть ототожнював становлення його як науки та компаративізму як наукового руху. Частина авторів вважали також вирішальним критерій визнання юридичної компаративістики як науки чи галузі правових знань (Ф. Поллок, Г.К. Гаттерідж, Р. Давид, Л. Ребет, Дж. Холл, К. Цвайгерт і Г. Кьотц, А.Х. Саїдов, П. де Круз, І. Бабич, Х. Бехруз). Низка вчених вважала критерієм у розвитку порівняльного правознавства становлення його окремої практичної функції, виникнення окремої порівняльно-правової професійної діяльності (Ф. де Сола Канізарес, Дж. Холл, Р. Шлезінгер, Р. Сакко, О.М. Лисенко, Е. Гранде).

Чимало дослідників вказують на *зовнішній підхід* до періодизації історії порівняльного правознавства — зовнішні чинники, що стали домінантами його розвитку. Зокрема, автори вважають такою домінантою розвиток потреб юридичної практики (Ф.В. Тарановський, У. Хуг, Р. Давид, Л. Ребет, Ф. де Сола Канізарес, М. Ансель, І. Сабо, К. Цвайгерт і Г. Кьотц, В.Н. Денисов, А.Х. Саїдов, І. Швенцер, Дж. Кайрнз, М.В. Захарова). При цьому практично всі вчені звертають увагу на специфічні потреби, що виникли у зв'язку з формуванням національного права, частина — у зв'язку із соціально-економічним розвитком — становленням капіталізму (М. Ансель, І. Сабо, А. Тилле і М. Файзієв, В.Н. Денисов, А.Х. Саїдов, М.М. Марченко, О.В. Малько і О.Ю. Саломатін), політичним розвитком окремих країн (Л.Н. Браун) чи їх груп (Х.Н. Бехруз), необхідністю забезпечення відносин між країнами та їх правопорядками (Е. Амарі, Ф. Поллок, Є. Губер, М. Ковалевський, Ф.В. Тарановський, У. Хуг, Дж. Холл, П. де Круз, О.Д. Тихомиров; М.М. Марченко називає це «порівняльно-правовим процесом»).

Висновки до першого розділу

До історії порівняльно-правових досліджень учені почали звертатися у 30-х роках XIX ст. (Ж.Л.Е. Ортолан), але на спеціалізований предмет дослідження вона перетворилася у 1850-х роках у зв'язку з написанням Е. Амарі праці «Критика та історія науки порівняльних законодавств». З 1900 р. у зв'язку з включенням історії порівняльного правознавства як окремого пункту до програми Міжнародного конгресу порівняльного права та проведенням спеціального присвяченого їй засідання можна говорити про її визнання як предмета дослідження.

Перші сплески зацікавленості цим предметом можна датувати 50 — 60-и роками XIX ст. і початком XX ст. Відтоді кількість досліджень повільно зростає, а у перше десятиліття після Другої світової війни можна спостерігати різкий стрибок у їх кількості. Ці дати співпадають з трансформаціями у порівняльному правознавстві, що визнаються сучасними компаративістами. Це свідчить про звернення до історії юридичної компаративістики саме у зв'язку із змінами в її теоретичних, методологічних, інституційних засадах, що викликало необхідність осмислення її спадщини.

Звернення до історії порівняльного правознавства у середині XX ст. мало особливий характер — цю проблематику було інтегровано до університетських підручників з порівняльного правознавства у Великій Британії, Франції, Іспанії, що згодом перекладалися, перевидавалися, були поширені й використовувалися у значній частині країн. Це популяризувало її, зробило невід'ємною частиною комплексного осмислення і пізнання юридичної компаративістики. Можна стверджувати, що з того часу кількість досліджень цієї проблематики невпинно зростає, досягаючи свого максимуму в період з 1990 р. й донині.

Усі праці з еволюції порівняльного правознавства у XIX — на початку XX ст. можна визнати цілком оригінальними, опертими на власні дослідження авторів. Але кілька статей Ф. Поллока (по суті, один і той самий текст) 1900 — 1903 рр., зважаючи на їх публікацію кількома мовами, до того ж у поширених і авторитетних виданнях, стали першим «каноном» історії юридичної компаративістики, що суттєво вплинув на розвиток відповідних досліджень — безпосередньо до 1980-х років (зокрема, праці Г.К. Гаттеріджа, Дж. Холла, частково — К. Цвайгерта і Г. Кьотца та ін.), а через використання його ідей, частково відображених у працях інших авторів, — і пізніше.

Праці Ф. Поллока стали першими оприлюдненими спеціальними дослідженнями (відповідна незавершена робота Е. Амарі віднайдена лише нещодавно) синтетичного характеру, що представили історію порівняльного правознавства як цілісний предмет дослідження. Але вибіркове знайомство автора з джерелами привело його до сумнівних, а часом і відверто помилкових тверджень щодо ідей та подій другої половини XVIII — першої половини XIX ст., що стали «темним боком» дослі-

дження предмета. Одним з яскравих прикладів є помилкове твердження Ф. Поллока про появу поняття «порівняльне правознавство» лише у 1830-і роки і тільки у методологічному значенні.

Хронологічно наступними «канонічними», модельними працями з історії порівняльно-правових досліджень, що викликали пряме наслідування чи суттєво вплинули на погляди інших учених, стали праці У. Хуга, Г.К. Гаттеріджа, Р. Давида, М. Анселя, К. Цвайгерта і Г. Кьотца. Всі вони, окрім нариса У. Хуга 1932 р., безпосередньо або «через другі руки» значною мірою успадкували підходи Ф. Поллока і суттєво впливають на розвиток предмета донині.

Але найбільш впливовою працею став нарис Л.-Ж. Константинеско 1971 р., особливо в СРСР і пострадянських країнах — через його переклад і публікацію В. Тумановим. Він став першою доступною російською мовою синтетичною працею з історії порівняльного правознавства, його підходи безпосередньо запозичувалися й продовжують запозичуватися багатьма вченими, а через їх відображення у найбільш популярному в пострадянських країнах підручнику з порівняльного правознавства А.Х. Саїдова — залишаються домінуючими в цьому регіоні вже понад сорок років. Окрім того, під впливом підходів Л.-Ж. Константинеско написана низка досліджень у Західній, Центральній Європі та США.

Л.-Ж. Константинеско, який спирався на підходи У. Хуга і Г.К. Гаттеріджа, частково переосмислив їх у своїй праці, що дало змогу «емансипувати» ідеї та праці першої половини XIX ст. Але, на жаль, через слабке звернення до джерел того часу автор зосередився переважно на зміні оцінок нечисленних ідей та праць, уже описаних його попередниками, в тому числі повторюючи їх помилки та засновуючи на них свої висновки.

Отже, можна стверджувати, що вже понад сто років існує певний «канон» синтезу історії порівняльно-правових досліджень (власне, порівняльного правознавства), що, принаймні щодо другої половини XVIII — першої третини XIX ст., є моделлю, яка дуже повільно змінюється за своїми підходами, заснована на недостатньому і вибірковому знайомстві з джерелами своїх засновників, простому чи критичному відтворенні інформації з її несуттєвим поступовим доповненням. Принаймні щодо відображення зазначеного періоду в синтетичних працях починаючи з 70-х років XX ст. спостерігається певна стагнація, за вийнятком оригінальних підходів Г. Хамзи і У. Евальда.

Вихід із цього стану можна побачити, зокрема, у появі спеціальних досліджень щодо передісторії та ранньої історії порівняльного правознавства, що формуються як жанр історіографії лише починаючи 1990-х років. Серед них домінують дослідження ідей та праць XVIII — першої третини XIX ст., хоча окремі автори звертаються до матеріалів часів Стародавнього світу та Середньовіччя, і лише дослідження Ч. Донахью претендує на синтез проблематики із стародавніх часів до кінця

XVIII ст. Безумовно, всі ці праці значно розширили коло аналізованих ідей та праць, суттєво збагатили базу для вивчення розвитку юридичної компаративістики.

Інший жанр — дослідження еволюції порівняльного правознавства в окремих країнах — виник ще у 20-х роках XX ст., але став масовим у зв'язку із святкуванням сторіччя Товариства порівняльного законодавства в Парижі у 1969 р., яке ініціаторами, не без зрозумілої зацікавленості, вважалося також століттям порівняльного правознавства загалом. На жаль, саме ця «ювілейність» жанру привела до ігнорування передісторії та раннього розвитку юридичної компаративістики низкою авторів, але водночас сприяла зверненню інших авторів до ранніх матеріалів — принагідно чи з метою довести значущість саме своєї національної інтелектуальної традиції. Така ж ситуація з аналогічними наслідками повторилася у 1999–2000 рр. у зв'язку із святкуванням тим самим Товариством порівняльного законодавства століття Міжнародного конгресу порівняльного права 1900 р.

Такий же підхід було застосовано при підготовці «Оксфордської енциклопедії порівняльного права» (видана у 2006 р.), яка готувалася її упорядниками у зв'язку з двохсотріччям Французького цивільного кодексу 1804 р., а авторам було запропоновано обмежитися у нарисах щодо розвитку порівняльного правознавства у своїх країнах XIX–XX ст. Утім всі автори, окрім І. Швенцер (нарис щодо Німеччини, Швейцарії та Австрії), виявилися неготовими до аналізу матеріалів до 1860-х років, частина їх при цьому безпосередньо посилалася на оцінки Ф. Поллока, М. Анселя та інших авторів синтетичних праць щодо марності розгляду більш ранніх ідей та праць. І все ж поява авторитетної оксфордської енциклопедії є проривом за межі «канону» узагальнюючих праць XX ст. у проблематику ранньої історії порівняльного правознавства.

Також слід зазначити, що у деяких дослідженнях останніх років, зокрема Ж.-Л. Тіре та У. Батлера, такий «ювілейний» підхід до історії порівняльного правознавства успішно долається. Історія порівняльного правознавства в Україні стала предметом дослідження лише починаючи з 2000–2001 рр. (роботи О.М. Лисенко) і поки відображена лише у кількох працях, автори яких здебільшого датують його генезу 30–40-и роками XIX ст.

Ще одним жанром є дослідження порівняльно-правових ідей окремих мислителів й учених. Щодо періоду до другої третини XIX ст. цей жанр виник у 1938–1940 рр. (праці Г. Радбруха), але наступні дослідження з'явилися лише у 90-х роках XX ст. і відтоді безперервно розвиваються, суттєво збагачуючи фактологічну базу досліджень та уточнюючи оцінки синтетичних праць. Праці щодо ранньої інституціоналізації порівняльного правознавства стали окремим жанром досліджень у 1953 р. (стаття П. Грюнебаума-Балліна), але наступні спеціальні

праці з цієї проблематики з'явилися лише протягом останніх десятиліть.

Важливою стала поява починаючи з 2001 р. (А. Райлз) спеціальних праць щодо теоретико-методологічних аспектів дослідження історії порівняльного правознавства, зокрема її раннього періоду. Відповідна проблематика була присутня і в раніших синтетичних працях, але з цього часу вона наголошується і піддає сумніву усталений «канон».

Можна стверджувати, що дослідження щодо окремих періодів ранньої історії порівняльного правознавства, його національних традицій, ідей окремих мислителів і вчених, ранньої інституціоналізації, теорії й методології його пізнання активно розвиваються лише протягом останніх двадцяти п'яти років. Напрацьовані в них матеріали й підходи вперше створили основу для перегляду схем, що склалися протягом XX ст. та повністю чи здебільшого ігнорують передісторію та ранній розвиток порівняльно-правових досліджень. Водночас, на жаль, проникнення нових підходів до синтетичних праць ще не відбулося, що актуалізує проблематику узагальнення еволюції порівняльно-правових досліджень у середині XVIII — першій половині XIX ст.

Аналіз періодизацій, що пропонуються в історіографії розвитку порівняльно-правових досліджень, демонструє неможливість виокремлення однієї опорної моделі, на яку можна спертися при проведенні нашого дослідження. Окрім того, низка авторів висувають суттєві застереження щодо обмеженої придатності будь-яких загальних чи регіональних періодизацій у цій сфері, що дає змогу визначити не-абсолютність їх значення, але й не заперечує останнє.

Водночас співставлення періодизацій дає змогу твердити, що дослідники виокремлювали приблизно одні й ті самі періоди, але їх оцінка є суттєво, інколи радикально відмінною. Самі по собі оцінки ми розглянули вище, зважаючи на те, що аналіз певних періодів і становить основні сюжети в історіографії еволюції порівняльно-правових досліджень. Одним із шляхів розв'язання проблеми періодизації є виокремлення та узагальнення підходів, представлених у історіографії, та їх застосування до сукупності ідей, підходів та фактів, що містяться у зібраних і розглянутих нами джерелах та історіографічних працях.

Зокрема, аналіз історіографії дав нам змогу здійснити авторську класифікацію представлених у ній підходів до виникнення та трансформації порівняльно-правових досліджень: філософсько-світоглядний, теоретичний та методологічний, інституційний, зовнішній. Окрім того, аналіз літератури свідчить про консенсус авторів щодо поділу історичного розвитку порівняльно-правових досліджень на передісторію, період формування передумов і власне історію.

Отже, узагальнення історіографії розвитку порівняльно-правових досліджень створює робочу гіпотезу для нашого дослідження: 1) наявність поділу на передісторію, період передумов і власне історію; 2) основними періодами, кожний з яких може претендувати на окреме осмислення, є: Стародавній світ, Середні віки, Відродження і Реформація, XVII — перша половина XVIII ст., друга половина XVIII ст. — початок XIX ст., перша третина XIX ст.; 3) взаємопов'язаність філософсько-світоглядних, теоретичних та методологічних, інституційних, зовнішніх чинників розвитку.

Розділ 2
Наукові підходи до осмислення періодів і проблем історії порівняльно-правових досліджень

Порівняння права у Стародавньому світі

Більшість авторів проаналізованих праць не вважають, що у стародавні часи існувала наука порівняльного правознавства. Водночас у значній частині досліджень стверджується, що протягом цього періоду відбувалися перші відомі звернення до зарубіжного права. Зокрема, відзначалося, що порівняння використовувалося як мисленнєва операція (Л.-Ж. Константинеско[216]), засіб отримання знання зарубіжного права (Г. Ролен-Жакмен[217], М. Ротонді[218], Л.-Ж. Константинеско[219], К. Цвайгерт і Г. Кьотц[220]), забезпечення взаємодії правопорядків (Е. Амарі[221], У. Хуг[222], Л. Ребет[223], А. Тілле і М. Файзієв[224], М.М. Марченко («порівняльно-правовий процес»)[225]), підкріплення переконань та ілюстрації ідей, сформульованих дедуктивним шляхом (М. Ансель[226]). Зазначимо, що ще під час Міжнародного конгресу порівняльного права 1900 р. у доповідях Ф. Поллока, Є. Губера й М. Ковалевського підкреслювалося, що як інструмент юридичної техніки, спрямований на забезпечення взаємодії правових систем, порівняльне правознавство має тривалу історію, починаючи із Стародавнього світу, яскравим прикладом чого є римське *jus gentium*[227].

---

[216] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения... С. 104.
[217] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international... P. 4.
[218] *Rotondi M.* Diritto comparato... P. 776.
[219] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения... С. 104.
[220] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I... С. 77–79.
[221] *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate... S. 473–648.
[222] *Hug W.* The History of Comparative Law... P. 1031–1033.
[223] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права... С. 4–7.
[224] *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения... С. 23–24.
[225] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения... С. 75–79, 90, 93.
[226] *Ancel M.* Cent ans de droit compare en France... S. 3.
[227] *Session* du Congres. Proces-verbaux sommaires... S. 53; Pollock F. The History of Comparative Jurisprudence... P. 80.

Дослідники відзначали неможливість розвитку повноцінної порівняльної методології у Стародавньому світі через: принагідність, одиничність, непов'язаність досліджень, що не становили певної традиції (Ф. Поллок[228], Г.К. Гаттерідж[229], Л. Ребет[230], А.О. Тілле і Г.В. Швеков[231], Ч. Донахью[232], Р. Скарцигліа[233]), відсутність спеціальних досліджень (М.М. Марченко[234]), поєднання порівняння з раціональною спекуляцією (У. Хуг[235]), упередженість народів — несприйняття чужого права як рівного, а лише як об'єкта свого правового диктату (Г. Ролен-Жакмен[236], Дж. дель Веккіо[237]). Можливо, найкраще це сформулював Л. Ребет: порівняння в праві у стародавні часи було лише фактом, а не методом чи теорією[238].

Також П. де Круз у книзі «Порівняльне право у світі, що змінюється» (1999 р.) зазначав, що сприйняття зарубіжного правового досвіду в стародавні часи «розглядалося як прийняття не зарубіжного права, але права, яке є кращим за своє»[239], тобто не передбачало повноцінного процесу власне пізнання зарубіжного права. В.Н. Денисов у нарисі «До критики буржуазних концепцій порівняльного правознавства» (1985 р.) відзначав, що в добу Античності філософія виступала як недиференційована всезагальна наука, а тому складно говорити про існування порівняльно-правової методології чи порівняльного правознавства в той час[240]. Ч. Донахью у статті «Порівняльне право до Кодексу Наполеона» (2006 р.) вказав також на неможливість встановлення власне емпіричного порівняльного характеру окремих інтелектуальних явищ Античності, який їм приписується (порівняння «конституцій» грецьких полісів Арістотелем, *jus gentium*)[241].

Інша позиція представлена у працях Р. Брукса, В.І. Лафітського, М.В. Захарової, О.В. Єгорова, М.А. Дамірлі. Зокрема, Р. Брукс розглянув період з VII ст. до н.е. до IV ст. н.е. як етап розвитку порівняльно-правової думки. На його думку, попри те, що порівняльне правознав-

---

[228] *Session* du Congres. Proces-verbaux sommaires... S. 52–53; *Pollock F.* Le Droit compare: Prolegomenes de son histoire... S. 248–261; *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence... P. 83–84.
[229] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research... P. 11–12.
[230] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права... С. 4–7.
[231] *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах... С. 15.
[232] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon... P. 4–5.
[233] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison... P. 298.
[234] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения... С. 75–79, 90, 93.
[235] *Hug W.* The History of Comparative Law... P. 1031–1033.
[236] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international... S. 4.
[237] *Del Vecchio G.* Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato... S. 1037–1040.
[238] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права... С. 4.
[239] *De Cruz P.* Comparative law in a changing world... P. 11.
[240] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения... С. 243, 245–247.
[241] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon... P. 4–5.

ство не існувало в еллінському світі — «принаймні тому, що не існувало відокремленого комплексу юридичних інституцій», а відповідно й юридичних праць, право не було відокремлене від політики, але порівнювалося у межах праць з історії, філософії, риторики, драматичних творах, існувала «антична традиція порівняльного права»[242].

На думку Р. Брукса, саме в еллінській думці, на відміну від до-гомерівської ідеї долі та необхідності, виникли поняття зваженого вибору та гуманістичний підхід, принципово важливі для розуміння сутності та практики порівняльного правознавства — «відкритого та інклюзивного бачення плюралізму» — більше, ніж «стерильне і наукове дослідження у період Просвітництва» (коли виникло наукове порівняльне правознавство), «вужчі й більш спеціалізовані підходи»[243]. Автор вважає, що давньогрецьке бачення порівняльного правознавства поклало початок його «класичній гуманістичній концепції» як періоду, що тривав до XVIII ст.[244]

Сутністю класичного порівняльного правознавства Р. Брукс називає «процес зваженого вибору», а саме воно стало результатом: «1) історичної конвергенції зарубіжних конфліктних історій режимів та права, яке вони ухвалювали; 2) оцінки цього права у контексті більш загальних етичних і політичних спроб визначити принципи хороших життя, держави, правового режиму; 3) визнання конфліктних альтернатив і, відповідно, риторична аргументація на користь цих альтернатив; судження між несумісними альтернативами у праві в ситуації емоційних конфліктів»[245]. «Зважений вибір» у класичному періоді розвитку порівняльного правознавства, як і воно саме, на думку автора, були політико- та практико-орієнтованими, спрямованими на вирішення конкретних соціальних проблем, квазіоб'єктивними — на відміну від теоретичності та науковості, не-об'єктивності сучасної компаративістики[246].

На думку В.І. Лафітського, у часи Античності та пізніше, до XIV ст., витоки порівняльного правознавства були втілені у порівняльно-правових підходах та ідеях порівняльного правознавства, традиціях співставлення законів та звичаїв різних народів, відкиненні умоглядних підходів, включенні права у загальний контекст всесвітньо-історичного розвитку, широкому тлумаченні права (включно із звичаями та моральністю), представленні загальної панорами правового простору, в тому числі взаємодії правопорядків, виокремленні загального та особливого,

[242] *Brooks R.* The emergence of the Hellenic deliberative ideal: the classical humanist conception of comparative law… P. 43–44, 47, 50–51.
[243] Ibid. P. 44, 46–48, 52.
[244] Ibid. P. 50.
[245] Ibid. P. 52.
[246] Ibid. P. 52–53, 60–61, 75.

формулюванні положень щодо сутності правових та політичних явищ, а також як предмет відокремленого дослідження[247].

М.В. Захарова дитячу епоху в розвитку порівняльного правознавства пов'язує з проявами інтересу до зарубіжного права, використання «прийомів зіставлення», вважає періодом, що заклав основи для «формування порівняльного правознавства як методологічної та світоглядної систем і його вступу до фази інституціоналізації»[248]. О.В. Єгоров вказує на існування стародавнього періоду розвитку порівняльного правознавства, протягом якого праці у різних країнах світу «містили елементи порівняльного аналізу державно-правових інститутів», але «не мали розвинутої наукової форми і суворих методологічних правил», були спрямовані на пізнання природи людського соціального буття, «заклали основи сучасної методології як мистецтва порівняння»[249]. М.А. Дамірлі, як уже згадувалося, зазначає, що вже Арістотель може вважатися представником компаративістського знання, позаяк розробив і застосував порівняльний метод при вивченні політико-правових явищ[250].

Порівняння права в Середні віки

У значній частині проаналізованих праць розвитку порівняння у праві в Середні віки приписувалися ті ж характеристики, що й у Стародавньому світі (наприклад, Л. Ребет, М. Ротонді, М. Ансель, Р. Брукс, В.І. Лафітський, М.В. Захарова та ін.). Але окремі автори виділяють нові принципи та сфери застосування порівняння в Середньовіччі: встановлення положень природного права (Ф.В. Тарановський[251]), розвиток «внутрішнього порівняльного права» — порівняння здійснювалося між наднаціональними (канонічне та римське право) та партикулярними (звичаєве право та ін.) правовими системами (У. Хуг[252], Р. Скарцигліа[253]). Ж.-Л. Тіре відзначає існування середньовічного компаративізму, що передбачав спрямування на практичне порівняння різних джерел і масивів у праві тієї чи іншої країни; його об'єктом є різноманіття, що суттєво відрізняється від сучасного компаративізму, спрямованого на редукування цього різноманіття, збирання всіх елементів в єдину і несуперечливу систему[254].

---

[247] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права… С. 12, 14–19, 23–24; *Лафітський В.І.* Відповідь на рецензію… С. 361–362.
[248] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения… С. 65–66.
[249] *Егоров А.В.* Сравнительно-историческая школа белорусской юриспруденции… С. 232–233.
[250] *Дамірлі М.А.* Арістотель...– С. 6–8.
[251] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 321.
[252] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1029–1044.
[253] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison… P. 298–299.
[254] *Thireau J.-J.* L'avenement de la comparaison des droits en France… S. 598.

Р. Шлезінгер зазначав, що порівняльне правознавство як регулярна діяльність юристів виникло наприкінці XI — на початку XII ст. разом із формуванням школи глоссаторів. Цей період тривав до початку ери кодифікації у другій половині XVIII ст. і характеризувався використанням римського права та доктрини, формуванням європейського *jus commune* у сфері приватного права. Щоправда, зазначає вчений, ці правові матеріали розглядалися не як зарубіжні, а як елементи чинного права. При цьому «процес порівняння був більшою мірою інтегративним, ніж контрастним»[255]. Він зазначав, що в цей період порівняння права в Європі «стало стандартною технікою юристів і суддів», зокрема завдяки єдності римського права як нормативної і доктринальної основи права[256].

На думку О.В. Єгорова, у добу Середньовіччя були здійснені масштабні й порівняльно-правові за своєю сутністю проекти, зокрема, рецепція римського права, а «метафізика допомогла праву і правовим системам, що його формують, подивитися на себе збоку в стані певного діалектичного спокою», було сформовано доктринальний компонент порівняльного законодавства і догматику порівняльного аналізу[257]. М.М. Марченко зазначає наявність не лише порівняльно-правових ідей та явищ, а й «інститутів та установ», можливо, пов'язуючи це з рецепцією римського права[258].

Низка авторів писали загалом про занепад у цій сфері (М.К. Ренненкампф[259], Ф. Поллок[260], К. Цвайгерт і Г. Кьотц[261], А.О. Тілле і Г.В. Швеков[262]) чи вказували на його причини: фрагментованість права, казуальність і незначна роль законодавства (Г. Ролен-Жакмен[263]), уявлення про втілення у чинному праві розуму (Божого?), що відповідно не може бути поліпшений (Г. Ролен-Жакмен[264]), панування схоластицизму в науці (В.Н. Денисов[265]), «відсутність кваліфікованих юридичних досліджень» (Р. Скарцигліа[266]), абсолютний авторитет реципійова-

[255] *Schlesinger R.B.* The Past and Future of Comparative Law… P. 477–479.
[256] Ibid. P. 477–479.
[257] *Егоров А.В.* Сравнительно-историческая школа белорусской юриспруденции… С. 233–235.
[258] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения... С. 89–91, 99.
[259] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 95–96.
[260] *Session* du Congres. Proces-verbaux sommaires… S. 52–53; *Pollock F.* Le Droit compare: Prolegomenes de son histoire… S. 248–261; *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 83–84.
[261] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. С. 77–79.
[262] *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах. С. 15.
[263] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international… S. 4–5.
[264] Ibid. S. 4–5.
[265] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения… С. 243, 245–247.
[266] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison… P. 298–299.

ного римського права і канонічного права (П. де Круз[267]). Ч. Донахью стверджує, що для окремих середньовічних праць, що містили зіставлення права, характерна визначеність результатів співставлення заздалегідь сформульованим висновком автора — матеріали зарубіжного права ставали лише простими ілюстраціями, підібраними у вигідний для авторської позиції спосіб[268].

У. Хуг пропонував уточнену періодизацію. Протягом раннього Середньовіччя попри співіснування і взаємодію різних правових масивів у Європі їх порівняння майже не здійснювалося[269]. У розвиненому Середньовіччі автор вказує на розвиток ломбардійської школи юристів, які вивчали й порівнювали з практичною метою римське, канонічне, феодальне і місцеве право, що діяло в Ломбардії, а згодом — на школи глоссаторів і постглоссаторів, що вивчали й адаптували до потреб свого часу римське право[270]. Водночас через абсолютний авторитет римського і канонічного права, зазначав У. Хуг, в Європі в цей період «не виникало жодного зацікавлення в порівняльних дослідженнях»[271].

Т.П. ван Реенен розглянув період з 500 по 1500 р. і зазначав, що тогочасна правова думка була орієнтованою насамперед на розвинене ще стоїками поняття космономічного світового порядку, в якому вічне право, яке співпадає з логікою, було встановлене Творцем, а його відгалуження піддалися впливу людського розуму через особливості уявлень про природне право і розглядалися як абсолютний критерій для творення та реалізації позитивного права: «Неісторичний та універсальний дух Середніх віків розглядав існування багатоманіття світських (секулярних) правових систем як безбожний стан справ, який слід виправити». Негативним для порівняльно-правових досліджень було й політичне тло — постійне намагання Церкви та імператора здобути всезагальну владу не передбачало визнання відмінностей у праві[272].

Основним методом пізнання залишався схоластицизм, що передбачав «теологічну і філософську спекуляцію, спрямовану на раціональні вивчення та систематизацію письмово проявлених істин за допомогою філософських концептів». Основний і безумовний авторитет серед позитивного права належав Кодексу Юстиніана і кодифікаціям канонічного права, які розглядалися як *ratio scripta*: «Презюмувалося, що всі норми в цих компіляціях були логічно сумісні між собою, не було жодних суперечностей чи лакун у їх рамках, і що їх знання є логічно задовільним та всеохопним юридичним знанням»; позитивне місцеве і зарубіжне право ігнорувалося[273].

---

[267] *De Cruz P.* Comparative law in a changing world… P. 12.
[268] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon… P. 14.
[269] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1035.
[270] Ibid. P. 1035–1036.
[271] Ibid. P. 1038.
[272] *Van Reenen T.P.* The comparison of laws in medieval legal thought… P. 660, 667–668.
[273] Ibid. P. 662–663, 667–668.

Т.П. ван Реенен зазначає, що порівняльно-правові дослідження у добу Середньовіччя були винятками. Внутрішнє порівняння, яке, на думку автора, з'являється ще раніше, у X ст. в Англії, а незабаром стає загальноєвропейським феноменом, було пов'язане з намаганням мислителів виокремити право своєї країни, «уніфікувати різноманіття фрагментованого права у межах окремих держав і конструювати загальне внутрішнє чи національне право за допомогою, серед іншого, порівняльного дослідження». Попри те, що інтерес до зарубіжного права почав зростати у XIII ст., зовнішнє порівняння, зазначає ван Реенен, в праві не було розвинене, і тенденційні праці коментаторів та Фортескью, на які посилаються інші автори, лише підтверджують цю тезу: підхід при співставленні був орієнтований на природне право[274].

Порівняльно-правові дослідження у добу Відродження і Реформації

Деякі вчені вказують на появу чи відродження порівняльно-правових досліжень (Р. Альтаміра Кревеа[275], К. Цвайгерт і Г. Кьотц[276]), порівняльного підходу до права (М.К. Ренненкампф[277]) у XV — XVI ст. у зв'язку з гуманістичними вченнями (Ф.В. Тарановський[278], Г. Хамза[279], В.І. Лафітський[280]) та великими географічними відкриттями (Р. Альтаміра Кревеа[281], В.В. Лафітський[282]). Новими сферами використання порівняння в праві у цей період учені називають емпіричне вивчення правових явищ та їх типологію (Ф.В. Тарановський[283]), критичний аналіз і порівняння римського права та германського звичаєвого права (У. Хуг[284], Л. Ребет[285], П. де Круз[286]), у тому числі через прагнення конструювати національні правопорядки (Р. Скарцигліа[287]), осмислення відмінностей, зокрема у сфері права, між європейськими народами та індіанцями (Р. Альтаміра Кревеа[288]). Водночас дослідники наголошують, що порівняльно-правові дослідження залишалися поодиноки-

[274] Ibid. P. 666–668.
[275] *Altamira y Crevea R.* Les etudes de droit compare en Espagne… P. 97–100.
[276] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. С. 77–79.
[277] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 95–96.
[278] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права... С. 321.
[279] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity... P. 24–27.
[280] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. С. 36, 55; *Лафітський В.І.* Відповідь на рецензію… С. 362.
[281] *Altamira y Crevea R.* Les etudes de droit compare en Espagne… S. 97–100.
[282] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. С. 36, 55; *Лафітський В.І.* Відповідь на рецензію… С. 362.
[283] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права. С. 321.
[284] *Hug W.* The History of Comparative Law. P. 1040–1042, 1044.
[285] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 7.
[286] *De Cruz P.* Comparative law in a changing world. P. 12–13.
[287] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison. P. 300–301.
[288] *Altamira y Crevea R.* Les etudes de droit compare en Espagne… P. 97–100.

ми і не пов'язаними між собою (Р. Альтаміра Кревеа[289], Г.К. Гаттерідж[290], Л. Ребет[291], Ф. де Сола Канізарес[292]), практико-орієнтованими без звернення до теоретико-методологічних питань (Л. Ребет[293], Ф. де Сола Канізарес[294], Р. Скарцигліа[295]), обмежувалися внутрішнім порівнянням (У. Хуг[296], Л. Ребет[297], Р. Скарцигліа[298]).

Як зазначав Л. Ребет, у XV–XVI ст. у вченнях європейських мислителів римське право поступово втрачало універсальне значення, а національні правопорядки набували самостійного значення, що відповідало становленню національних держав[299]. Разом з цим зникли політичні й культурні перешкоди для порівняння права, насамперед права автохтонного походження з римським і канонічним, воно застосовується частіше, але переважно з практичною метою — для узгодження різних правових масивів у межах однієї країни: «Порівнальні твори не занимаються свідомо чужими правами з метою поглибити правниче знання і ясно оформити правничі поняття», порівняльні праці є поодинокими і не пов'язаними між собою, питання про методологічне значення порівняння не розглядається[300].

Інші дослідники вважали XV — XVI ст. початком принципово нового періоду в історії порівняльно-правових досліджень. Ф. де Сола Канізарес зазначав, що у XV ст. розпочався перший етап розвитку порівняльного правознавства — «попередники», що тривав до середини XVIII — початку XIX ст. і охоплював діяльність щодо пізнання зарубіжного права[301]. Р. Лоне стверджував, що юристи другої половини XVI ст. піддали сумніву універсальність права та виступили натомість з ідеями релятивізму, історизму та компаративізму, але використовували порівняння з політичною метою[302]. На думку Дж. Холла, наприкінці XVI ст. порівняльно-правові дослідження стали «визнаною професією, здійснюваною в багатьох країнах», про що свідчать праці Бодена та інших юристів[303].

---

[289] Ibid. P. 97–100.
[290] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research. P. 11–12.
[291] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права. С. 7–8.
[292] *De Sola Canizares F.* Iniciacion al derecho comparado. P. 48–51.
[293] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права. С. 7–8.
[294] *De Sola Canizares F.* Iniciacion al derecho comparado. P. 48–51.
[295] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison. P. 300–301.
[296] *Hug W.* The History of Comparative Law. P. 1040–1042, 1044.
[297] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права. С. 7–8.
[298] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison. P. 300–301.
[299] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права. С. 7.
[300] Там само. С. 7–8.
[301] *De Sola Canizares F.* Iniciacion al derecho comparado. P. 48–51.
[302] *Launay R.* Montesquieu: the specter of despotism and the origins of comparative law... P. 23–25, 28–38.
[303] *Hall J.* Comparative law and social theory. P. 15.

Г. Хамза з гуманістів XVI ст. розпочинав розгляд використання порівняльної методології в правознавстві[304].

Ч. Донахью зазначав, що передумовою для активного використання порівняльного методу в працях французьких мислителів-гуманістів другої половини XVI ст. (Ф. Боден та інші) стало узагальнення і нормативне санкціонування французького звичаєвого права, яке таким чином відкрилося для порівняння[305]. Водночас, як зазначає автор, основним питанням при використанні співставлення у праві залишався пошук «правильної» норми щодо кожної конкретної проблеми, а також здійснювалося співставлення суміші «абстракцій найвищого рівня», «абстракцій середнього рівня» (доктрини) та емпіричних даних щодо історії суспільств, що разом свідчить про несформованість порівняльного мислення[306]. Окрім того, процес співставлення не був ціннісно нейтральним, а мислителі вірили в об'єктивне існування позасоціального непозитивного права[307].

Ж.-Л. Тіре відносить до XVI ст. появу сучасного компаративізму, пов'язуючи з новим баченням людини і права, усвідомленням неможливості всесвітнього права, розширенням географічних перспектив, удосконаленням порівняльної методології, зміщенням дослідницького фокусу на своєрідність національних правопорядків та ін.[308] В.І. Лафітський вважає, що у XIV — XV ст. розпочинається другий період в історії порівняльного правознавства, що виявився у збільшенні кількості праць, де використовувалося порівняння, поступовому формулюванні цілей, методів і прийомів порівняльного аналізу, в тенденції до виокремлення порівняльного правознавства «із складу тих наук, в надрах яких воно було народжене» (філософія, історія, правознавство), використанні методів історичного, філософського і лінгвістичного аналізу[309].

О.В. Єгоров із XVI ст. простежує історію білоруської юридичної компаративістики, вказуючи на елементи порівняння (запозичення зарубіжного досвіду) в процесі розробки, застосування, тлумачення Статутів Великого князівства Литовського (1529, 1566, 1588 рр.)[310].

Порівняння права у XVII — середині XVIII ст.

Два суттєво відмінні погляди на цей період сформувалися ще у заочній дискусії 1869 р. Г. Ролен-Жакмен вважав XVII–XVIII ст. принципо-

[304] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity. P. 24–27.
[305] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon… P. 16, 20–21.
[306] Ibid. P. 16, 21–22.
[307] Ibid. P. 22.
[308] *Thireau J.-J.* L'avenement de la comparaison des droits en France… P. 600.
[309] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. С. 36, 55; *Лафітський В.І.* Відповідь на рецензію… С. 362.
[310] *Егоров А.В.* Сравнительно-историческая школа белорусской юриспруденции… С. 233–234.

во новим етапом у розвитку порівняльно-правових досліджень, пов'язуючи це із зверненням Ф. Бекона до проблем порівняльного методу і проголошенням ним науки «універсальної юстиції» як філософії права на основі емпіричних узагальнень права різних країн, ідеями Г. Гроція, формуванням сприйняття чужого права як рівного[311]. Такий підхід заперечувався М.К. Ренненкампфом, який вказував, що у межах школи природного права необхідність порівняльно-правового підходу усвідомлювалася, він розумівся як засада юридичної науки загалом, «але ані матеріали, ані вчені того часу не були підготовлені до застосування цих ідей, і вони залишилися без плідного розвитку»[312]. М.К. Ренненкампф вважав, що праці мислителів XVII–XVIII ст., хоча й містять співставлення правового матеріалу, але «далекі від порівняльного правознавства в сучасному розумінні», не є науковими: позитивний матеріал підібраний тенденційно і слугує для доведення апріорних засад, методологія нерозвинена (зокрема, відсутній історизм), порівняльне правознавство не відокремлене від філософії права, порівняльно-правові дослідження були безсистемними[313]. Водночас обидва вчені не вважали твори XVII — першої половини XVIII ст. повною мірою науковими: Г. Ролен-Жакмен зазначав, що наукове порівняльне правознавство починається з «Духу законів» Монтеск'є, М.К. Ренненкампф — з 20-х років XIX ст.

Надалі низка дослідників стверджувала значний прогрес у розвитку порівняльної методології в правознавстві у XVII — першій половині XVIII ст., яка, втім, ще не була повною мірою науковою (Ф. Поллок[314], Г.К. Гаттерідж[315], Г. Хамза[316], Р. Скарцигліа[317]). Інші вчені заперечували суттєвий прогрес у цій сфері, але й не відкидали використання порівняльного підходу протягом даного періоду (Г. Хайєм[318], Ф.В. Тарановський[319]). Сферою використання порівняльного підходу, на думку перших, протягом цього часу стало насамперед конструювання природного права на основі порівняння та абстрагування позитивного права (Ф.В. Тарановський[320], Г. Хамза[321], Р. Скарцигліа[322],

---

311 *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international... S. 1–5.
312 *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 96.
313 Там само. С. 91–95.
314 *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 79, 86.
315 *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 12.
316 *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 24–27.
317 *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison… P. 301–302.
318 *Hayet H.* L'etude du droit compare… P. 329–330.
319 *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права... С. 321–323.
320 Там само. С. 321–323.
321 *Hamza G.* Comparative law and Antiquity... P. 24–27.
322 *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison… P. 301–302.

А.М. Михайлов[323]), а також визначення ідентичності національного права у порівнянні з іншими та протиставленні з не-європейським досвідом (М. Ріхтер[324]). На думку других, апріорно-дедуктивний підхід класичного юснатуралізму практично виключав застосування підходу порівняльного (Л. Ребет[325], В.Н. Денисов[326]), а поза тим юристи концентрували зусилля на відокремленому дослідженні свого права з метою конструювання національних правопорядків (П. де Круз[327] та ін.). Як зазначав Л.-Ж. Константинеско, природно-правовий підхід до права, згідно з яким необхідною основою позитивного права має бути незмінне й вічне право, що «виходить від Бога чи породжене розумом і природою людини», позбавляв порівняльне правознавство «будь-яких шансів на існування», адже «відмовляє історичній реальності й конкретним правопорядкам у скільки-небудь істотних відмінностях і специфічних рисах»[328].

Обидві групи вчених наголошували на ізольованості досліджень, де використовувався порівняльний підхід (Ф. Поллок[329], У. Хуг[330], Г.К. Гаттерідж[331], Б. Фоварк-Коссон[332]), нерозробленості методології, що не підіймалася вище за спостереження (Ф. Поллок[333], Л. Ребет[334], Б. Фоварк-Коссон[335]), змішанні порівняльно-правових і спекулятивних тверджень, підпорядкованості перших другим (Ф. Поллок[336], Г. Хайєм[337], У. Хуг[338], Л. Ребет[339], Г. Хамза[340], П. де Круз[341], Ч. Донахью[342]), відсутності історизму (Ф. Поллок[343], Г. Хамза[344]), політизованості та європоцентризмі досліджень (М. Ріхтер[345]).

---

[323] *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 159.
[324] *Richter M.* Montesquieu's theory and practice of the comparative method… P. 21–22.
[325] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 8.
[326] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения… С. 248–249.
[327] *De Cruz P.* Comparative law in a changing world… P. 12–13.
[328] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 108.
[329] *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 79.
[330] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1045, 1047–1049, 1051.
[331] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 12.
[332] *Fauvarque-Cosson B.* Development of comparative law in France… P. 40.
[333] *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 79, 86.
[334] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 9–10.
[335] *Fauvarque-Cosson B.* Development of comparative law in France… P. 40.
[336] *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 79.
[337] *Hayem H.* L'etude du droit compare… P. 329–330.
[338] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1045, 1047–1049, 1051.
[339] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 9–10.
[340] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 28–30.
[341] *De Cruz P.* Comparative law in a changing world… P. 12–13.
[342] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon… P. 23–24, 26, 31.
[343] *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 86.
[344] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 28–29.
[345] *Richter M.* Montesquieu's theory and practice of the comparative method… P. 21–22.

Крім того, представники скептичної позиції в цьому питанні пропонують додаткові аргументи. Зокрема, як зазначав В.Н. Денисов, мислителі епохи Просвітництва все ще не відокремлювали юридичні закони від законів суспільного розвитку, які розглядалися ними як природні та розумні; відповідно, право інших держав розглядалося з позиції загальних законів природи людини і суспільства[346]. Так само Р. Брукс вказує при цьому на просвітницьке розуміння науки, здатної віднайти об'єктивні закони природи, думки та соціальної дії, віру в можливість кращого права: «Проект порівняльного права Просвітництва» був спрямований на «наукове дослідження зарубіжного права з метою визначення кращого права» через відкриття універсальних законів, виведення параметрів еволюції права, які приведуть до вдосконалення права[347].

Розвивається й «оптимістична» позиція. На думку У. Хуга, у цей час було засновано порівняльну історію права — англійським юристом Дж. Селденом (1584–1654), який наголошував на необхідності порівняльних досліджень, свідомо застосовував порівняння при дослідженні права різних країн у різні епохи, взаємовпливу правових систем[348]. Також Г.К. Гаттерідж, який не визнавав науковості використання порівняльного підходу в праві у XVII — першій половині XVIII ст., водночас стверджував зародження сучасного порівняльного правознавства протягом цього періоду в Англії. Зокрема, він вказував на «перше використання порівняльного права в сучасному значенні цього терміна» ще Ф. Беконом на початку XVII ст., на використання «порівняльного методу юридичних досліджень» англійськими «юристами-компаративістами» XVII–XVIII ст., відзначав прикре ігнорування їх внеску в нарисах з історії порівняльного правознавства[349]. У.Е. Батлер визнав компаративістом у сучасному розумінні англійського юриста XVII ст. Р. Уайзмана, який порівнював загальне і римське право, наполягаючи на перевагах останнього, не вважаючи його універсальним, але водночас вираженням чистої раціональності, що сформувалася історично завдяки порівнянню і сприйняттю досвіду багатьох народів[350].

О.В. Ткаченко пов'язує першу формалізацію порівняння в історії юридичної науки з юснатуралізмом, який не передбачав спеціального інструментарію для пізнання зарубіжного права, наполягав на сутнісній єдності правопорядків, незмінності смислу права та його незалеж-

[346] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения… С. 252–253.
[347] *Brooks R.* The emergence of the Hellenic deliberative ideal: the classical humanist conception of comparative law… P. 49, 75.
[348] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1047–1048.
[349] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 14–16.
[350] *Батлер У.Э.* Фрагменты ранней истории сравнительного правоведения… С. 225–228.

ності від мислення[351]. На думку О.В. Єгорова, у XVII ст. порівняльний метод «став розглядатися як певна теоретична цінність, а не лише як практичний інструмент зміни нормативних регуляторів і засіб задоволення цікавості окремої касти юристів-компаративістів», про що свідчать ідеї Ф. Бекона: своє право не може бути критерієм оцінки себе самого[352]. Є.В. Ромінський розглядає порівняльний метод як один з найбільш ранніх і основних методів історико-правових досліджень, що почав застосовуватися ще у XVII ст.[353]

Внесок Ш.-Л. Монтескьє у розвиток порівняльно-правових досліджень

Переважна частина авторів проаналізованих нами праць звертає увагу на особливу роль у становленні порівняльно-правових досліджень ідей Ш.-Л. Монтеск'є. Можна виокремити принаймні три позиції у цьому питанні. Представники першої вважають Ш.-Л. Монтеск'є засновником науки порівняльного правознавства. Це стверджував ще Е. Амарі, вказуючи, що в нього замість простих спостережень з'являється індукційне узагальнення і вивчення причин і закономірностей розвитку явищ[354]. І все ж Е. Амарі писав про пізніші відкриття, що перетворили юридичну компаративістику на «дійсно нову науку»[355].

Представники другої позиції, виходячи з тих самих або подібних особливостей ідей Ш.Л. Монтеск'є, вважають його лише провісником порівняльного правознавства, мислителем, який є перехідною фігурою між його передісторією та власне історією (Ф.В. Тарановський[356], У. Хуг[357], Г. Радбрух[358], В.Н. Денисов[359] та ін.). Зокрема, Г. Ролен-Жакмен зазначав, що Монтеск'є першим зробив спробу вивчати право різних народів за певними принципами, але, в дусі свого століття, був захоплений ідеєю раціонального реформування законодавства, не використовував історичний підхід, а його критерії, пов'язані з природою, виявилися

---

[351] *Ткаченко О.В.* Правове порівняння: ретроспектива епістемологічних моделей… С. 55–56.
[352] *Егоров А.В.* Сравнительно-историческая школа белорусской юриспруденции… С. 235.
[353] *Ромінський Є.В.* Фантоми історіографії: щодо деяких проблем звернення до порівняльного методу в історико-правових дослідженнях… С. 287.
[354] *Amari E.* Critica di una scienza delle legislazioni comparate. Genova: Tipografia del R.I. De'Sordomuti, 1857. S. 13; *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate… S. 484; *Rotondi M.* Per la storia del diritto comparato (La "Critica di una scienza delle legislazioni comparate" di Emerico Amari) // Liber amicorum baron Louis Fredericq. T. II. Gent: Wetenschappelijke Uitgeverij, 1966. S. 855.
[355] *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate… S. 499.
[356] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 323.
[357] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1050.
[358] *Radbruch G.* Anselme Feuerbach. Precurseur du droit compare… S. 307–308.
[359] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения… С. 252–253.

перебільшеними[360]. Ф. Поллок вказував на недостатню точність його історичних знань, відсутність послідовної ідеї еволюції, через які Ш.-Л. Монтеск'є «не може побудувати ані вчення, ані представити певний метод», він «побачив благословенну землю в далині, але не мав спорядження, щоби її досягнути»[361].

На думку У. Хуга, важливою рисою порівняльного підходу Монтеск'є є «використання зарубіжних правових матеріалів не як ілюстрацій, як робили його попередники, а як джерел правового досвіду і з метою надихнути правову науку широтою інтелектуального світогляду», вивчити можливості та шляхи вдосконалення законодавства[362]. Водночас, зазначав У. Хуг, недоліками дослідницького підходу Монтескьє були: несформованість критеріїв підбору та недостатня критика джерел, гіперболізація одних (клімат, географічне положення) та недооцінка інших (традиції, національна культура) чинників правового розвитку, неврахування стадіальності історичного розвитку права[363].

Г. Радбрух зазначав, що для Монтеск'є характерна «афористична манера гри духу, натхненної політичними, а не науковими проблемами»[364]. Г.К. Гаттерідж вказував на розірваність, несистемність, ексцентричність праці Монтеск'є, а також на те, що компаративні ідеї цього мислителя не мали послідовників через концентрацію юристів на пошуку універсальних природно-правових принципів[365]. Р. Лоне пов'язує джерела «Духу законів», зокрема щодо зарубіжного права, з політичним світоглядом Ш.-Л. Монтеск'є і доводить, що він, як і попередні мислителі, використовував порівняння з політичною метою, а також відображав у ньому свій європоцентризм[366].

М. Ріхтер прослідкував появу в працях Монтеск'є погляду на порівняння як вищу здатність людського розуму, виокремив два запропоновані мислителем розуміння порівняння: філософське («залежність людського розуму від вражень, отриманих від відчуттєвого сприйняття зовнішніх об'єктів, та від сформованих ідей щодо останніх») і методологічне[367]. На думку автора, Монтеск'є розробив п'ять окремих видів порівняння, які вплинули на формування низки дисциплін і сфер

---

[360] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international… P. 5–6, 8.
[361] *Session* du Congres. Proces-verbaux sommaires… S. 52–53; *Pollock F.* Le Droit compare: Prolegomenes de son histoire… S. 248–261; *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 83–84.
[362] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1050.
[363] Ibid. P. 1050.
[364] *Radbruch G.* Anselme Feuerbach. Precurseur du droit compare… S. 307–308.
[365] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 12.
[366] *Launay R.* Montesquieu: the specter of despotism and the origins of comparative law… P. 28–38.
[367] *Richter M.* Montesquieu's theory and practice of the comparative method… P. 22–23.

знань у науках про людину: 1) створення ідеальних типів для класифікації (застосовано щодо форм правління); 2) порівняння різних форм господарювання та типів права, що відповідають ним; 3) порівняння етичних регуляторів різних суспільств (звичаїв і моральності) як основи їх права; 4) історико-генетичне порівняння в межах одного суспільства для виявлення системних зв'язків і співставлення з іншою системою; 5) порівняння духу («колективного способу думки») суспільств на основі презумпції взаємодії його фізичних і моральних чинників[368]. І все ж М. Ріхтер дійшов висновку про те, що праці Ш.-Л. Монтеск'є є політико-філософськими, а позиції — заангажованими, через що його не можна вважати засновником сучасного порівняльного правознавства[369].

На думку Ч. Донахью, «Монтеск'є використовував щось дуже близьке, якщо не те саме, що сучасний порівняльний метод»[370]. У працях Монтеск'є, якого автор не вважає юснатуралістом, «географічний та культурний спектр прикладів» значно збільшується, відсутній і «головний наратив», з'являється прагнення пояснити причини різноманіття права замість його засудження як невідповідного розуму, проте підхід мислителя до своїх джерел був абсолютно некритичним, залишилася й ціннісна заангажованість[371]. В.І. Лафітський вважає Монтеск'є родоначальником порівняльного правознавства як відокремленого наукового напряму[372], С.О. Шаляпін — засновником порівняльного методу в правознавстві[373], Б. Фоварк-Коссон — фундатором нового компаративістського мислення юристів[374], але всі вони пишуть про пізніше творення юридичної компаративістики як науки.

Третя позиція представлена, зокрема, Г. Хайємом, який стверджував, що праці Монтеск'є, як і порівняльні дослідження у XVIII ст. загалом, були ненауковими, адже підпорядковані пошуку розумного права, демонстрації його спекулятивних ідей[375]. М. Ансель зазначав, що Монтеск'є «не практикував ані історичний, ані тим більше те, що ми нині називаємо порівняльним методом», «контролював свої джерела», а «компаративізм у добу Просвітництва все ще був курйозним видом космополітизму»[376].

---

[368] Ibid. P. 24–31.
[369] *Richter M.* Introduction // Montesquieu Ch. Selected political wrightings / Ed., introd., preface by M. Richter. Indianapolis, 1990. P. 10–11, 13–16, 22, 25–27, 32.
[370] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon… P. 28.
[371] Ibid. P. 26, 31.
[372] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. С. 58.
[373] *Шаляпин С.О.* Сравнительное правоведение: от метода познания к отрасли науки… С. 10.
[374] *Fauvarque-Cosson B.* Development of comparative law in France… P. 40.
[375] *Hayet H.* L'etude du droit compare… P. 329–330.
[376] *Ancel M.* Cent ans de droit compare en France… S. 3.

Розвиток порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII — на початку XIX ст.

Цей період в еволюції порівняльно-правових досліджень є малодослідженим. На нього звертали увагу здебільшого при визначенні зовнішніх домінант, і лише незначною мірою — щодо розвитку самого предмета. Навіть ті дослідники, які пов'язують перший чи новий період у розвитку порівняльного правознавства з працями Монтеск'є, практично не звертають увагу на еволюцію цієї науки, сфери досліджень чи методології у другій половині XVIII ст.

Насамперед учені звертають увагу на ключові події та явища цього часу в сфері політики і права: Велика французька та американська революції (Г. Ролен-Жакмен[377], А. Тиллє і М. Файзієв[378]), кодифікації права в низці європейських країн (Е. Амарі[379], Г. Ролен-Жакмен[380], М.В. Захарова[381]) і пов'язані з ними втрата загальної чинності в Західній та Центральній Європі римським правом, що уособлювало загальноєвропейську правову єдність (М. Гутцвіллер[382], Г. Кьотц[383]), та формування національних правових систем (Л.-Ж. Константинеско[384]). Якщо для одних дослідників усе це стало передумовами подальшого розвитку порівняння в праві, то для інших — створило на певний час перешкоду для останнього (наприклад, Г. Кьотц[385]). Але науковці описують різні реалії, що не суперечать одна одній: якщо для багатьох французьких учених, чиє право на початку XIX ст. стало «експортуватися» до інших країн, претендуючи на роль нового ius commune, порівняння із зарубіжним правом не виглядало нагально необхідним (Г. Хайєм[386], У. Хуг[387], М. Гутцвіллер[388], Г.К. Гаттерідж[389], Л. Ребет[390]), то для юристів інших країн Велика французька революція, зникнення

[377] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international... S. 7–8.
[378] *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения... С. 24–25.
[379] *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate... P. 492.
[380] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international... P. 7–8.
[381] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения... С. 71–72.
[382] *Gutzwiller M.* Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht... S. 7–8.
[383] *Kotz H.* Comparative law in Germany today... P. 753.
[384] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения... С. 104–107, 115.
[385] *Kotz H.* Comparative law in Germany today... P. 753.
[386] *Hayet H.* L'etude du droit compare... P. 331–333.
[387] На думку У. Хуга, юристи повністю сконцентрувалися на тлумаченні нових кодексів, а юридична наука розглядалася через свою практичну функцію, що привело до звуження кола досліджуваних об'єктів і юридичного світогляду загалом, «було створено атмосферу, в якій дослідження із зарубіжного та порівняльного права розглядалися як марні». Див.: *Hug W.* The History of Comparative Law... P. 1053.
[388] *Gutzwiller M.* Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht... S. 14–15.
[389] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research... P. 13.
[390] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права... С. 11, 15.

загальноєвропейського римського права та поява французьких кодексів стали поштовхом до осмислення національного і нового зарубіжного права (Л. Ребет[391], А. Тиллє і М. Файзієв[392]). Як зазначав Г. Ролен-Жакмен, «Доти наука випереджала факти. Раптово факти вийшли за рамки науки», «спонтанний неперебірний рух» змінив право[393]. Це піддало сумніву або заперечило критерії порівняння права у Монтеск'є, які він вважав непорушними і пов'язував з природою, а як виявилося — значно перебільшував[394].

Зокрема, М. Гутцвіллер вважав кінець XVIII ст. ключовим моментом у становленні порівняльного правознавства: якщо рецепція римського права та його розробка глоссаторами відокремили континентальне право від англійського нормативно, але зберігався їх духовний зв'язок, то з формуванням національних правових систем у континентальній Європі, прискореним кодифікацією, відбулося їх остаточне розділення[395]. Також внаслідок кодифікацій перервалася єдність європейського правознавства, що тривала близько семисот років; завдяки рецепції французьких кодексів відбувалося формування романської групи правових систем; дуже швидко почала розвиватися група правових систем загального права[396]. Так народився світ існування і взаємодії загального, особливого і окремого в праві[397].

Низка вчених передумовами появи порівняльного правознавства вважають економічні явища — інтенсивний розвиток промисловості, економічних зв'язків у XVIII ст., який змінив європейські суспільства (А. Тиллє і М. Файзієв[398]). О.В. Малько і О.Ю. Саломатін пов'язують становлення порівняльного правознавства з початком промислового перевороту в Західній Європі наприкінці XVIII ст., що також вплинув на трансформацію суспільств та ідеології, викликав потребу в кардинальному оновленні права та інтенсифікації взаємодії правових систем[399].

Водночас у літературі щодо другої половини XVIII–XIX ст. звертається увага й на явища інтелектуального характеру, пов'язані з розвитком порівняльно-правового мислення, але також зовнішні щодо нього. Г. Ролен-Жакмен новий етап у розвитку порівняльного законодавства пов'язував, серед іншого, з розвитком філософії («французькі матеріалісти, німецькі спіритуалісти, філософи шотландської школи, послідов-

[391] Там само. С. 18.
[392] *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения… С. 24–25.
[393] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international… P. 8.
[394] Ibid. P. 8.
[395] *Gutzwiller M.* Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht… S. 6.
[396] Ibid. S. 7–8.
[397] Ibid. S. 10.
[398] *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения… С. 24–25.
[399] *Малько А.В., Саломатин А.Ю.* Сравнительное правоведение… С. 79.

ники Беккаріа»)[400]. Нещодавно ці ідеї було розвинено У. Евальдом, який виявив принципові трансформації у мисленні про право у другій половині XVIII — на початку XIX ст. — від підпорядкування права універсалістській та субстанціалістській моральній філософії, абстрагованій від емпіричної соціальної реальності, в тому числі доктрині природного права, — до соціально-вольової, емпіріцистської та історицистської, плюралістичної, формалістичної філософії права, сприйняття іншого права як інакшого, заснованого на відмінному розумінні права, що сформоване історично, належить окремому народу і входить до предмета дослідження[401].

Е. Амарі вказував на значний вплив на становлення порівняльного правознавства успіхів інших наук, зокрема етнографії й порівняльного мовознавства. Наприклад, він вважав принципово важливим відкриття спорідненості мов і відповідно народів та їх права[402]. А. Тилле, Г. Швеков, М. Файзієв також відзначали масове та свідоме застосування порівняльного методу в зв'язку з розвитком наук та «діалектичного методу, що вимагав розглядати всі явища у постійному русі, розвитку, в зв'язку та взаємодії»; метод порівняння став розвиватися філософами, з'явилися особливі порівняльні галузі в межах низки наук[403]. На останнє вказував також Г. Монгаупт, але в контексті загального запозичення методології природничих і технічних наук новоствореними суспільними науками[404]. Окрім того, Г. Монгаупт однією з передумов становлення порівняння у правознавстві вважає розвиток наукової комунікації у XVIII ст., особливо через періодичні видання[405].

Проте, на думку окремих учених, протягом цього періоду в досліджуваній сфері не відбулося жодних суттєвих змін, а панування юснатуралізму в правознавстві залишалося абсолютним. Зокрема, на думку Л. Ребета, панівним світоглядом до першої третини XIX ст. включно був природно-правовий, перед юристами поставало завдання відшукати природне право шляхом «розумових спекуляцій», апріорної дедукції[406]. Навіть у тих нечисленних працях (Пюттер, Шотт), де використовувалося порівняння, воно слугувало лише додатковим аргументом для дове-

---

[400] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international... P. 7–8.
[401] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?.. P. 1990–2044, 2106–2111, 2118.
[402] *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate... P. 492.
[403] *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах... С. 8, 15–16; *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения... С. 24–25.
[404] *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs... S. 101–107; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса... С. 118–119.
[405] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklarung als Erkenntnismethode... С. 100–104; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса... С. 118–119.
[406] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права... С. 8.

дення апріорних тверджень, порівняльний метод не розробляється, а увага юристів була прикута до ідеального природного чи свого національного права[407]. Такої ж думки дотримувався Р. Давид: до XIX ст. наукове правознавство було спрямоване на пошук справедливого права, відірване від позитивного права, що залишалося справою практикуючих юристів; вчені ж узагальнювали «справжнє» право, загальне для всіх[408].

Деякі інші вчені вказували на здобутки окремих компаративістів другої половині XVIII ст. Зокрема, Г. Ролен-Жакмен вказував на новий період у розвитку порівняльного законодавства, представником якого вважав Бентама, наголошував, що той створив законодавчу науку з практичними цілями, застосовував критичний аналіз права, вказав на єдність людської природи і водночас на її особливості залежно від часу і місця[409]. А. Тиллє і Г. Швеков розпочинали розгляд історії порівняльного пізнання права в Російській імперії від праць С. Десницького 60–70-х років XVIII ст.[410] В.І. Лафітський вказує, що заслугою нарисів «Федераліст» стала відмова від апріорних універсалістських конструкцій[411].

У 1990-х роках з'явилися узагальнюючі дослідження, що дало змогу авторам виявити значний прогрес в еволюції порівняльного правознавства у другій половині XVIII — на початку XIX ст. Зокрема, Г. Хамза вказує на виникнення першої порівняльно-правової школи юристів серед геттінгенських професорів Й.С. Пюттера і А.Ф. Шотта[412]. На основі ознайомлення з рідкісними першоджерелами автор аналізує генезу позицій геттінгенців та їх ідеї, зокрема щодо очищення римського права і його відокремлення від автохтонного германського права, що має бути реконструйоване при вивченні чинного права, щодо національності права, а також порівняльного пізнання правопорядків[413]. На те, що біля витоків порівняльного підходу до права стояла філософія позитивного права школи Й.С. Пюттера, звертав увагу і Г. Монгаупт[414]. З ідеями і працями цієї школи О.В. Єгоров пов'язує початок теоретичної розробки

[407] Там само. С. 9–10.
[408] *Давид Р., Жоффре-Спиноси К.* Основные правовые системы современности… С. 8.
[409] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international… S. 8–10.
[410] *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах… С. 45–48.
[411] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. С. 66.
[412] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 30. У 1909 р. про праці представника геттінгенської школи Г. Гуго в контексті внеску історичної школи у формулювання ідеї національності права та становлення порівняльного правознавства писав Г. Хайєм. Див.: *Hayet H.* L'etude du droit compare… S. 331–333.
[413] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 30–34.
[414] *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs… S. 101–107; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 110.

порівняльного правознавства і новий етап його історії[415], а Є.В. Ромінський — початок наукових історико-правових досліджень і водночас їх порівняльної методології[416].

У праці М. Ріхтера «Порівняльне дослідження політичних режимів та суспільств у XVIII ст.» (2006 р.) вказувалося на активний прогрес порівняльних досліджень у середині — другій половині XVIII ст., розвиток у той час «порівняльного дискурсу» та порівняльного методу, розкрито правові сюжети у працях таких мислителів, як Вольтер, Юм, Рейнел, Дідро, Гердер. На думку автора, основною метою порівняння була ідентифікація «свого» — нації, Європейського континенту та епохи[417]. Аналізуються джерела, що використовувалися у порівняльних дослідженнях, вказується на політичну мотивацію до їх здійснення. М. Ріхтер також проаналізував причини заперечення порівняння деякими вченими, зокрема Гердером[418]. Г. Монгаупт зазначає, що у XVIII ст. порівняльний підхід проник до літератури з державознавства та такого жанру як *"notitia rerum publicarum"* («інформування громадськості»), що охоплював значну частину знань про право, насамперед публічне; так само він з'являється у той час у літературі з приватного права, де був спрямований на пошук оптимальних загальнопридатних норм[419]. На думку С.О. Шаляпіна, як ми вже зазначали, з середини XVIII ст. розпочалося становлення методу порівняльного правознавства[420], а О.В. Єгоров вважає, що у другій половині XVIII — на початку XIX ст. порівняльний метод дав життя порівняльному напряму правових досліджень[421]. Зрештою, П. Гленн пов'язував перший період у розвитку порівняльного правознавства з конструюванням і артикуляцією європейських національних правових систем до початку XIX ст.[422] Так само А. Райлз вказує на досить пізнє (порівняно з іншими порівняльними дисциплінами) «виокремлення порівняльного мислення про право в окрему дисципліну», після праць Монтеск'є[423].

О.В. Єгоров пише про білоруське порівняльне правознавство XVIII — початку XIX ст., що за своєю методологією не відрізнялося від інших європейських шкіл, було орієнтоване на прикладні дослідження, чи не

---

[415] *Егоров А.В.* Сравнительно-историческая школа белорусской юриспруденции... С. 235–236.
[416] *Ромінський Є.В.* Фантоми історіографії: щодо деяких проблем звернення до порівняльного методу в історико-правових дослідженнях... С. 288.
[417] *Richter M.* The comparative study of regimes and societies in the Eighteenth-Century... P. 147, 169.
[418] Ibid. P. 148–149, 169–170.
[419] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklarung als Erkenntnismethode... C. 106, 114.
[420] *Шаляпин С.О.* Сравнительное правоведение: от метода познания к отрасли науки... С. 10.
[421] *Егоров А.В.* Сравнительно-историческая школа белорусской юриспруденции... С. 238.
[422] *Glenn H.P.* Vers un droit compare integre?.. P. 106.
[423] *Riles A.* Introduction: The projects of comparison... P. 8–9.

вперше в компаративістському контексті називає, хоча й докладно не аналізує, низку праць білоруських (білорусько-польських, білорусько-українських, білорусько-литовських) учених-юристів другої половини XVIII — першої третини XIX ст.[424]

Порівняльно-правові дослідження у першій третині XIX ст. — загальна характеристика

Починаючи з Е. Амарі значна частина дослідників вважають, що у перших десятиліттях XIX ст. сформувалася «дійсно нова наука» порівняльного правознавства[425]; інші, наприклад, Б. Фоварк-Коссон, розглядають цей період у контексті формування її передумов[426]. Такої ж думки дотримуються Ч. Донахью й упорядники «Оксфордської енциклопедії порівняльного права», які поділяють сутнісний розвиток порівняльного правознавства на досучасний і сучасний, межа між якими пролягла на початку XIX ст.[427]

При цьому вчені звертають увагу на світоглядні підстави формування юридичної компаративістики. Для нового періоду, на думку Г. Ролен-Жакмена, характерний космополітичний рух: збереження ідентичності народів («у обсязі, необхідному для захисту його незалежності від інших народів»), але її підпорядкування вимогам гуманності та природного права, що передбачає готовність до «розгляду реформ, здійснених в інших місцях у цьому напрямі», відкритість до запозичення зарубіжного досвіду для збагачення свого права[428]. Р. Давид зазначав, що у XIX ст. внаслідок національних кодифікацій ідея загального права втратила актуальність, відбулася «культурна революція», з'явилася можливість і необхідність порівняння національних правопорядків — «розвиток порівняльного права був логічним наслідком надання праву національного характеру і відповідної зміни концепції права», а також розширення міжнародних зв'язків[429]. Однією з передумов появи порівняльного правознавства Л.-Ж. Константинеско вважав «вироблення певного праворозуміння», в тому числі формування «розуміння і поняття власного права»[430].

Р. Шлезінгер відзначав, що кодекси, ухвалені наприкінці XVIII — на початку XIX ст., а також їх застосування були значною мірою національно-індивідуальними, і це стало причиною виникнення «інтелекту-

[424] *Егоров А.В.* Сравнительно-историческая школа белорусской юриспруденции… С. 236–237.
[425] *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate… P. 499.
[426] *Фоварк-Коссон Б.* Два століття еволюції порівняльного права у французькій правовій доктрині… С. 320.
[427] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon… P. 26.
[428] *Rolin-Jaequemyns G.* De l'etude de la legislation comparee et du droit international… P. 10–11.
[429] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности… С. 8.
[430] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 104–107, 115.

альних бар'єрів» між новими правовими системами[431]. Виокремлення особливостей зарубіжного права привело до формування контрастивного підходу в порівняльно-правових дослідженнях, радикально відмінного від попереднього інтегративного[432].

Л. Ребет зробив наголос на необхідності дослідження історії порівняльного правознавства у контексті «перехресних впливів головних напрямків в науці права» і виокремив в еволюції правознавства два основні підходи — індуктивно-позитивістський та дедуктивно-метафізичний, які уособив у «історичній школі та праві природи», але останні в його викладі виходять за рамки безпосереднього зв'язку зі школою Гуго-Савіньї-Пухти, з одного боку, і юснатуралістами[433]. На його думку, розвиток порівняльного правознавства («порівнальної методи») відбувався у суперництві та синтезі цих ліній: зокрема, його формування було пов'язане з пануванням історичної школи і витісненням школи природного права, порівняльне правознавство розглядалося як засіб такого витіснення й утвердження плюралізму та релятивізму в праві. Але, на думку автора, історична школа, як і юснатуралістична, спиралася у своїх теоріях лише на історичний досвід, реальний чи вигаданий, конкретних правових систем (історична школа перенесла природно-правовий підхід на національне право), а порівняльне правознавство вдосконалило історичний підхід, ознаменувало вихід за рамки свого права, розширення світогляду юристів, появу їх зацікавлення історичними досвідами різних народів[434]. Також У. Евальд наголошував, що порівняльне правознавство на початку XIX ст. стало прямим породженням трансформації німецької філософії, як і інші загальноправові дисципліни, що формувалися в той час[435]. А.М. Михайлов розглядає природно-правову та історичну школи права як певну опозицію ідей універсальності та соціальної сингулярності (національності) в праві, доходить висновку про те, що теоретичні засади кожного з двох напрямів можуть стати засадами порівняльного правознавства, хоча між собою вони несумісні[436].

М. Ансель однією з передумов становлення компаративізму в праві вважав зміни у світогляді європейців під впливом промислової революції початку XIX ст.: ліберальний космополітизм вимагав права, що за своїми методами і характером було б інтернаціоналізованим, полегшувало міжнародні економічні відносини, спиралося б на кращий досвід незалежно від його походження; такими ж інтернаціоналізованими

---

[431] *Schlesinger R.B.* The Past and Future of Comparative Law… P. 479.
[432] Ibid. P. 479.
[433] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 146.
[434] Там само. С. 146–147, 151.
[435] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?.. P. 2118–2119.
[436] *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика ввоззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 151–159, 161–165.

були їх візаві — соціалістичні ідеї[437]. М. Ансель зазначав, що юристи початку XIX ст. надавали порівняльному правознавству більшого значення, ніж філософи XVIII ст., вони критично оцінювали існуючі інститути права, засновані на ідеї універсального природного права, що нібито перевершує позитивні законодавства, і вірили у можливість творення на основі порівняння останніх раціональних правових моделей; автор пише навіть про «порівняльно-правовий інстинкт» — спершу щодо історичної школи права у Німеччині, а згодом — щодо французької юридичної науки[438].

Серед явищ теоретико-методологічного характеру, що стали визначальними у становленні порівняльного правознавства, Л.-Ж. Константинеско вказував на поширення на початку XIX ст. історизму в суспільно-гуманітарних науках, зміщення уваги вчених у пошуках кращих правових зразків з внутрішнього на зовнішнє порівняння; місце логіко-спекулятивного дискурсу природного права зайняли історико-правові дослідження позитивного права[439]. Вплив на теоретико-методологічні засади правознавства розвитку порівняльних дисциплін у межах інших наук (ми вже згадували про це щодо другої половини XVIII ст.) на початку XIX ст. відзначав А. Саїдов[440].

Інші дослідники роблять більший наголос на розвиток практичних потреб у пізнанні зарубіжного права та порівнянні правопорядків, практичну орієнтацію порівняльно-правових досліджень у цей період (Л.Ж. Константинеско[441]). На думку Ф.В. Тарановського, з погляду практики XIX ст. стало століттям запозичень у законодавчій сфері від одних народів іншими, що викликало необхідність вивчення зарубіжного права, як щодо вже запозичених елементів, так і в пошуку кращих для вдосконалення свого національного права, і появу порівняльного законодавства як догматичної дисципліни[442]. Як зазначав У. Хуг, протягом цього періоду було піддано сумніву універсальну придатність будь-якого права, через що юристи «відчували потребу розширити обсяг свого пізнання й отримати користь від правового досвіду інших країн» для його впровадження у своїх країнах; але, попри масовість звернення до зарубіжного правового досвіду, такі практичні дослідження були досить примітивними, спрямованими на пошук готових рішень своїх проблем, «у дуже небагатьох випадках були порівняльними в строгому сенсі цього слова»[443]. К. Цвайгерт і Г. Кьотц вказували на формування у першій половині XIX ст. практико-орієнтованого, «законодавчого» порів-

[437] *Ancel M.* Cent ans de droit compare en France… P. 4.
[438] Ibid. S. 3–4.
[439] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 104–107, 122.
[440] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность... С. 30–31.
[441] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 119–120.
[442] *Тарановский Ф.В.* Сравнительное правоведение в конце XIX века… С. 2–3, 11, 23–24.
[443] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1069–1070.

няльного правознавства у зв'язку з потребами в уніфікації права німецьких держав, поліпшенні національних правопорядків через запозичення зарубіжних моделей[444]. А. Саїдов вважав, що причинами виокремлення порівняльного правознавства були насамперед його практичні цілі — вихід за межі національного права для забезпечення потреб інтернаціоналізованої економіки, торгівлі, експорту капіталу та експансії колоніалізму[445]. Р. Шлезінгер звернув увагу на те, що право інших країн на початку XIX ст. насправді стало зарубіжним (та іншомовним), з яким більшість юристів — суддів, адвокатів, викладачів — була зовсім не знайома, що перетворило порівняльне правознавство на спеціалізовану сферу юридичних досліджень з наголосом на зарубіжному праві, з'явилися фахівці з порівняльного правознавства, до яких зверталися законодавці та судді[446]. О.В. Малько і О.Ю. Саломатін відзначають, що передумови для виникнення «стійкого інтересу до правових порівнянь» найраніше проявилися на початку XIX ст. у Німеччині через її роздробленість[447].

В.Н. Денисов вказує на вирішальну роль соціально-економічних передумов виникнення порівняльного правознавства, як і правознавства загалом, його «остаточного виокремлення з політичної теорії державного управління» — утвердження буржуазного ладу і формування національних правових систем, принципове розширення міжнародних зв'язків, інтернаціоналізація виробництва, що наперед визначило розвиток колізійного права та уніфікацію приватного права, рецепцію права та колоніальну політику великих держав[448]. Це привело до того, що зарубіжне право набуло значного практичного значення і стало предметом активного вивчення юристів, з'явились ідеї уніфікації права, а потім і відповідна діяльність у цій сфері[449]. Подібної думки дотримувався і А. Саїдов, який наголошував, що порівняльне правознавство з'явилося на початку XIX ст. «після утвердження капіталістичного ладу і виникнення на цій основі національних правових систем»[450].

Окремі дослідники, наприклад, Н. Сугияма і В. Краснянський, вважали, що у межах наукових шкіл першої третини XIX ст. не відбулося суттєвого прогресу в порівняльно-правових дослідженнях[451]. Інші вказу-

---

[444] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I... С. 80–82, 85.
[445] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность... С. 31–32.
[446] *Schlesinger R.B.* The Past and Future of Comparative Law... P. 479.
[447] *Малько А.В., Саломатин А.Ю.* Сравнительное правоведение... С. 79–80.
[448] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения... С. 254, 257.
[449] Там само. С. 254–255.
[450] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность... С. 22–24, 30.
[451] *Sugiyama N.* Essai d'une conception synthetique du droit compare... S. 57; *Краснянский В.Э.* Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке... С. 30–31, 35.

вали на прогрес порівняльно-правових досліджень протягом цього періоду, але наголошували на нерозвиненості його теоретичних і методологічних засад. Так, на думку У. Хуга, цей час «не дав поштовху до жодної дискусії щодо об'єктів таких досліджень та методів, яким варто слідувати, але він розвинув метод емпіричного спостереження та практичного використання одержаних за його допомогою результатів і був просякнутий гострим і тривалим інтересом, який може слугувати стандартом навіть у наш час»[452]. Подібні думки висловлював також Г.К. Гаттерідж[453]. Л. Ребет зазначав, що у першій половині XIX ст. було визнано наукову значущість порівняльно-правового методу, але він «не добився загального признання в науці права»[454]. Автор категорично стверджував щодо першої половини XIX ст.: «У той час мало турбувалися тим, щоби визначити, що ж таке порівняльне правознавство, і точно окреслити його предмет», «порівняльне правознавство… не відокремлювалося від вивчення зарубіжного права», а основною формою діяльності тогочасних компаративістів вважав «переклад зарубіжних кодексів та іншого законодавства», прагнення створити автономну науку було відсутнє[455].

Водночас А. Саїдов появу порівняльного правознавства як самостійної науки та «розробленого науково і систематично застосовуваного методу» виводить фактично з початку XIX ст., із застереженням, що його специфічний підхід та предмет як автономної галузі правового знання були загально визнані у другій половині цього ж століття. Він наголошував, що виокремлення порівняльного правознавства відбулося у процесі «суміщення власне теоретичного підходу (він зустрічався і раніше) з практико-прикладним». А. Саїдов зробив висновок про те, що «у першій половині XIX ст. у Німеччині були зроблені значні кроки в розвитку порівняльного правознавства»[456].

У. Хуг вказував на вузькість кола компаративістів у цей час, що свідчить про те, що тоді «ще не прийшов час для загального зацікавлення» порівняльним правознавством[457]. На те, що порівняльно-правові дослідження у першій половині XIX ст. спочатку здійснювалися окремими вченими, звертали увагу Г.К. Гаттерідж[458] і В. Краснянський[459]. Натомість інші дослідники вказують на кількість і організованість порів-

[452] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1069–1070.
[453] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 13, 16.
[454] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 18.
[455] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 106–107, 115, 122.
[456] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 22–24, 29–32, 41, 285.
[457] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1060.
[458] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 13, 16.
[459] *Краснянский В.Э.* Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке… С. 30–31, 35.

няльно-правових досліджень у цей час як на ознаку виникнення порівняльного правознавства. Л.-Ж. Константинеско наполягав, що з початком XIX ст. «порівняльний метод виходить за рамки випадкових зусиль окремих людей», вказував на формування компаративістських наукових шкіл[460]. Цієї ж думки, але з акцентом на дисциплінарність порівняльного правознавства, дотримуються О.М. Лисенко[461], О.Л. Львова і Л.О. Макаренко[462]. У. Евальд стверджував, що «поза працями окремих осіб, таких, як Бекон, Лейбніц та Монтеск'є, порівняльне право як організована академічна дисципліна розпочало своє існування у XIX ст.», і виокремив його перший період — від «кодифікаційних дебатів» 1814 р. до смерті Е. Ганса у 1839 р.[463] Раніше з дискусією між історичною та філософською (йдеться про історико-філософську) школами «рішучий поворот» у розвитку порівняльного правознавства пов'язував М. Ренненкампф[464], пізніше цю ж думку висловлював Р. Циммерманн[465]. М.В. Захарова пише, що з початку XIX ст. відкривається інституційна епоха в історії порівняльного правознавства, коли воно набуло сучасних обрисів, отримало цілковито нові онтологічні засади: порівняльно-правові дослідження набули системного характеру, сформувались його наукові школи, канали комунікації (журнали, форуми), компаративістика перетворилася зі сфери індивідуального ентузіазму на масовий рух[466]. Натомість Х.Н. Бехруз зазначає, що з 1800 р. починається передісторія порівняльного правознавства, коли воно ще не відокремлювалося від вивчення зарубіжного права, але з'явилися перші спеціалізовані журнали та кафедри[467].

Також низка вчених пов'язують виникнення порівняльного правознавства у цей час з іншими причинами. Р. Скарцигліа вважає, що початок XIX ст. став відправною точкою у розвитку сучасного порівняльного правознавства під впливом інших порівняльних дисциплін[468]. А П. Гленн зазначав, що у XIX ст. розпочався другий період в історії порівняльного правознавства — вдосконалення і прилаштування національних правових систем[469].

---

[460] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 104–107, 122.
[461] *Козюбра О.М.* Історія розвитку порівняльного правознавства в Україні… С. 114–115.
[462] *Бигич О.Л.* Порівняльне правознавство: минуле та сучасне… С. 32; *Порівняльне* правознавство (теоретико-правове дослідження)… С. 44.
[463] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?... P. 2116, 2119–2121.
[464] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 96–97.
[465] *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… P. 576–605.
[466] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения... С. 66–72.
[467] *Бехруз Х.* Сравнительное правоведение… С. 84–91.
[468] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison… P. 303.
[469] *Glenn H.P.* Vers un droit compare integre?.. S. 106.

І. Швенцер вважає, що порівняльне правознавство як сфера досліджень (методологія та інституціоналізація), а також у його «впливі на правові зміни» (використання порівняльних підходів судами та легіслатурами) виникає після Великої французької революції. Це стало «відповіддю на революційні ідеї, що штовхнули Європу в сучасну добу», і пов'язане з формуванням сучасних правових систем і сучасної юридичної науки[470]. На думку І. Швенцер, з ухваленням кодексів у Прусії, Франції та Австрії наприкінці XVIII — на початку XIX ст. завершилася епоха Просвітництва і розпочалася «епоха порівняння» (термін Ф. Ніцше) — було втрачено єдність природного права, з його дедуктивним методом і фокусуванням на загальних для всіх принципах, сформовано правове різноманіття, що зробило порівняння не лише можливим, а й необхідним[471].

Порівняльно-правові праці та ідеї П.Й.А. фон Фейєрбаха

Одним із сюжетів у дослідженнях, присвячених еволюції порівняльно-правових досліджень, часто виступає оцінка праць П.Й.А. фон Фейєрбаха. Одні вчені вважають його засновником порівняльного правознавства, інші — провісником цієї науки, треті — одним із представників її донаукового періоду.

Першим до аналізу праць Фейєрбаха в цьому контексті звернувся у 1908–1909 рр. Дж. дель Веккіо, вважаючи його першим, хто у 1810 р. «сформулював чітку програму універсального порівняльного правознавства», причому в основі поглядів Фейєрбаха лежав критичний раціоналізм Канта[472]. Водночас Дж. дель Веккіо зазначав, що така програма означала відмову від виведення абсолютних принципів права виключно з чистого розуму, його доповнення «повним і глибоким знанням правового явища, що досягається шляхом порівняння інститутів усіх часів і народів». Щоправда, на думку автора, це мало видаватися утопічним його сучасникам. З цього Дж. дель Веккіо робив висновок, що ідея порівняльного правознавства за своєю сутністю походить не з емпіричної, а з раціональної концепції філософії права[473].

Так само засновником порівняльного правознавства Фейєрбаха називали багато інших учених. Думка щодо кантіанської основи поглядів Фейєрбаха відтворювалася У. Хугом[474], Л.-Ж. Констан-

[470] *Schwenzer I.* Development of comparative law in Germany, Switzerland, and Austria… P. 70–71.
[471] Ibid. P. 71–72.
[472] *Del Vecchio G.* Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato… P. 1040, 1046, 1051–1052.
[473] Ibid. P. 1052.
[474] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1054.

тинеско[475], А.Х. Саїдовим[476], Г. Монгауптом[477], М.В. Захаровою[478]. У. Хуг, здебільшого відтворюючи оцінки Дж. дель Веккіо, вказав, що Фейєрбах конструював науку порівняльного права на зразок порівняльного мовознавства, а також зробив більший наголос на емпіризмі його підходу — щоправда, як доповнення до філософського і теоретико-правового пізнання[479].

Г. Радбрух вперше вказав на низку праць, проектів, рукописів Фейєрбаха, в яких розвинуто ідею порівняльного правознавства[480]. На його думку, в результаті своїх порівняльно-правових досліджень підходи Фейєрбаха поступово стали цілковито емпіричними, світогляд — плюралістичним, він розробив «чудовий метод по-справжньому наукового порівняння прав»[481]. Але Г. Радбрух стверджував, що наука порівняльного права у баченні Фейєрбаха все ж слугувала правовому універсалізму, а також була спрямована на правову політику[482]. Крім того, він вважав, що ідеї Фейєрбаха не мали суттєвого впливу на його сучасників, більше захоплених юриспруденцією понять або історичною школою права[483]. І попри це, як уже згадувалося, він визначає Фейєрбаху місце в історії, а не в передісторії порівняльного правознавства[484].

Думку про емпіричність підходів Фейєрбаха було відтворено також Л. Ребетом[485], щодо порівняльного правознавства як засобу правової політики — Л.-Ж. Константинеско[486] і М.В. Захаровою[487]. Л.-Ж. Константинеско, в основному відтворивши оцінки праць Фейєрбаха своїх попередників, наголосив на «соціологічній основі» та етнологічному підході в його працях, наявності у них «принципу еволюціонізму»[488]. Г. Монгаупт вважав заслугою Фейєрбаха формулювання тези про те, що «загальне і окреме… можуть бути визначені лише через взаємне порівняння, що забезпечить наукову класифікацію і принцип пізнан-

---

[475] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 109–110.
[476] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 35.
[477] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 110.
[478] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения… С. 73.
[479] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1053–1054.
[480] *Radbruch G.* Anselme Feuerbach. Precurseur du droit compare… S. 306–307; *Radbruch G.* Anselm v. Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft… S. 316.
[481] *Radbruch G.* Anselm v. Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft… S. 307–308, 316.
[482] *Radbruch G.* Anselme Feuerbach. Precurseur du droit compare… S. 315.
[483] Ibid. S. 315.
[484] *Radbruch G.* Anselm v. Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft… S. 328.
[485] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 16.
[486] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 110.
[487] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения… С. 74–76.
[488] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 112.

ня для всіх наукових дисциплін»[489]. Також він вказав на роль Фейєрбаха у становленні позитивізму в юридичній науці, продемонстрував зв'язок між позитивізмом та емпіризмом методології мислителя, описав проблематику його порівняльно-правових праць, але не представив щодо всього цього жодних висновків[490].

Також у науковій літературі міститься низка сумнівних тверджень, не опертих безпосередньо на праці Фейєрбаха та його сучасників. Ф. де Сола Канізарес, засновуючись на працях У. Хуга і Г. Радбруха, вважав Фейєрбаха безпосереднім попередником порівняльного правознавства, але зазначав, що «його праці страждають через недоліки матеріалів, що використовувалися в той час»[491]. Дж. Холл, погоджуючись з Г. Радбрухом у тому, що Фейєрбах є засновником порівняльного правознавства, зазначав: «У будь-якому разі пройшло набагато більше часу, поки порівняльне право стало широковизнаним як тип чи галузь правових досліджень»[492]. М. Ансель вказував на недостатню критичність праць Фейєрбаха[493]. В. Краснянський відносив Фейєрбаха до послідовників Гегеля[494]. В. Краснянський, Л.-Ж. Константинеско, А.Х. Саїдов, Г. Хамза, М.В. Захарова[495] вважали, що у працях Фейєрбаха ідеї порівняльного правознавства та загальної історії права виступають як практично тотожні[496]. К. Цвайгерт і Г. Кьотц стверджували, що ідею порівняльного правознавства Фейєрбах висунув лише в посмертно опублікованій статті й лише як принцип побудови юридичної науки на порівняльних засадах[497]. П.Дж. Монатері зараховував П.Й.А. Фейєрбаха і Е. Ганса до «відданих послідовників» Савіньї[498].

Серед курйозних тверджень у науковій літературі щодо Фейєрбаха як компаративіста, пов'язаних з відсутністю звернення до праць цього вченого, є думка про те, що сам він порівнянням не займався (Л. Ребет[499],

---

[489] *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs… S. 98–99.
[490] Ibid. S. 99, 108–128; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 108.
[491] *De Sola Canizares F.* Iniciacion al derecho comparado… P. 48–51, 55.
[492] *Hall J.* Comparative law and social theory… P. 15–16.
[493] *Ancel M.* Cent ans de droit compare en France… P. 3.
[494] *Краснянский В.Э.* Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке… С. 32.
[495] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения… С. 74–76.
[496] *Краснянский В.Э.* Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке… С. 32; *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 110; *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 40–41; *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 36–37.
[497] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 83.
[498] *Monateri P.G.* Methods in comparative law. An intellectual overview… С. 34.
[499] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 16.

К. Цвайгерт і Г. Кьотц[500]). Також характерною помилкою низки авторів є датування часу виникнення порівняльного правознавства 1833 р., спираючись на одну з пізніх праць Фейєрбаха або на повторні видання його ранніх праць[501].

Порівняльно-правові погляди представників німецької історичної школи права

Щодо ролі німецької історичної школи права у становленні порівняльно-правових досліджень у історіографії сформувалися три різні погляди — як на, відповідно, конструктивний чи деструктивний їх чинник, а також компромісна позиція.

Перший погляд було запропоновано ще Ф. Поллоком, який відзначав, що в основі позицій історичної школи права («національно-історичного напряму») лежить принцип історизму як сучасного наукового методу в правознавстві, що був спрямований на осмислення Французької революції і свідчив про формування порівняльного правознавства[502]. Надалі на формуванні в межах історичної школи ідеї національності права як однієї з ключових для порівняльного правознавства наголошували Г. Хайєм[503], Л. Ребет[504], П.Дж. Монатері[505], М.В. Захарова[506]. Ідею щодо історизму позицій історичної школи поділяли Л.-Ж. Константинеско[507], П.Дж. Монатері[508], М.В. Захарова[509].

Г. Хайєм вказував на розвиток у межах історичної школи права ідеї взаємодії в праві, що перетворювало порівняльне правознавство з простого знання зарубіжного права на науку про процеси в праві[510]. Л. Ребет зазначав, що історична школа права заклала основи для

---

[500] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I... С. 83.

[501] Див. напр.: *Heun W.* Die Entdeckung der Rechtsvergleichung... S. 12.

[502] *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence... P. 86; *Тарановский Ф.В.* Сравнительно-исторический метод и сравнительное правоведение // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. С. 201–205.

[503] *Hayet H.* L'etude du droit compare... S. 331–333.

[504] Не пропонуючи безпосередньо порівнювати право, ця школа, на думку автора, накреслила до нього шлях «силою факту»–своїм ученням про національність права, його історичність та вбудованість у національну культуру. Див.: *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права... С. 16.

[505] Автор, зокрема, вважає, що німецький правовий історицизм початку XIX ст. розвинув бачення римського права не як всесвітнього, позачасового, раціонального, а як чітко обмеженого регіонально історичного явища. Див.: *Monateri P.G.* Methods in comparative law. An intellectual overview... C. 33.

[506] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения... С. 72–73.

[507] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения... С. 108.

[508] *Monateri P.G.* Methods in comparative law. An intellectual overview... C. 31–32.

[509] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения... С. 72–73.

[510] *Hayet H.* L'etude du droit compare... P. 335.

подальшого розвитку науки права, і зокрема для «методичного порівнювання», але сама зосередилася виключно на римському та німецькому праві, відкидаючи дослідження інших правових систем[511]. Значення історичної школи, на думку автора, полягало насамперед у запереченні юснатуралістських учень та проголошенні ексклюзивності позитивного права[512]. Останню думку підтримували також М. Ренненкампф[513] і П.Д. Монатері[514].

Представники компромісної позиції вказують на позитивні та негативні елементи впливу історичної школи на юридичну компаративістику. Зокрема, Ф.В. Тарановський зазначав, що історична школа права вважала право витвором духу конкретного народу, а тому не відчувала потреби в його порівняльному пізнанні, проте вона використовувала порівняння для конструювання національного права, особливо щодо минулого, з партикулярних правопорядків[515]. Також У. Хуг вказував, що історична школа права сприяла зростанню інтересу юристів до порівняння національного права з римським, «інтерес до зарубіжного та порівняльного права зростав у Франції та Німеччині, …Англії та США»[516].

Л.-Ж. Константинеско розглядав ідеї та діяльність історичної школи як поштовх, але й перепону на шляху розвитку порівняльного правознавства. Поштовхом був емпіричне, історичне, індуктивне розуміння юридичної науки й об'єктивне розуміння права цією школою[517]. Перепона полягала, на думку автора, у невизнанні представниками цієї школи специфіки права інших народів, а отже, плюралізму правових систем та їх особливостей, ігноруванні вивчення зарубіжного права та порівняння, твердженні про непорівнянність і відсутність взаємодії правових систем (право пов'язане з розвитком конкретного народу, а тому його використання іншим народом може мати лише негативні наслідки); історична школа цікавилася виключно правом німецькомовних країн та римським правом. Отже, порівняння не має практичного інтересу, взаємодія правових систем не є предметом дослідження[518].

А.Х. Саїдов вказував на позитивну роль історичної школи у виникненні порівняльного правознавства, але зазначав, що вона спрямувала порівняння більшою мірою на протиставлення правопорядків[519]. Цю

[511] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 11, 15.
[512] Там само. С. 11.
[513] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 97.
[514] *Monateri P.G.* Methods in comparative law. An intellectual overview… С. 32.
[515] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права... С. 323–324.
[516] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1053.
[517] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 104–106, 108.
[518] Там само. С. 109.
[519] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 33–34.

позицію поділяє В.В. Еміх[520]. М.В. Захарова заслугою історичної школи права називає формування порівняльної історії права як окремого напряму юридичної компаративістики[521].

Негативна позиція щодо історичної школи також представлена у низці досліджень. Зокрема, Г.К. Гаттерідж зазначав, що ідеї історичної школи про те, що право походить із спільної свідомості нації і не має зважати на чужі елементи, були ворожими до порівняльного права[522]. Цей погляд поділяли В. Краснянський[523], У. Евальд[524], І. Швенцер[525], О. Львова і Л. Макаренко[526], А.М. Михайлов[527]. На думку К. Цвайгерта і Г. Кьотца, історична школа права перешкоджала розвитку порівняння, обмеживши дослідженням римського і германського права[528]. А Г. Хамза пов'язував негативний вплив німецької історичної школи права на розвиток порівняння в правових дослідженнях через приписування ексклюзивного авторитету римському праву[529]. Водночас він аналізував праці представників цієї школи К.Т. Пюттера і Й. Унгера, засновані на використанні порівняльно-правової методології[530]. Г. Монгаупт пов'язував негативний вплив історичної школи з розглядом юридичної науки як прикладної, а тому обмеженої національними рамками[531].

Внесок історико-філософської школи у розвиток порівняльно-правових досліджень

Інша наукова школа першої третини XIX ст., на яку звертається увага в численних нарисах з історії порівняльного правознавства, —

---

[520] *Эмих В.В.* Ганс vs Савиньи: полемика между философской и исторической школами права… С. 146–147.
[521] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения… С. 72–73.
[522] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 13.
[523] *Краснянский В.Э.* Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке… С. 34.
[524] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?... P. 2116–2119.
[525] *Schwenzer I.* Development of comparative law in Germany, Switzerland, and Austria… P. 72–73.
[526] *Порівняльне* правознавство (теоретико-правове дослідження)...— С. 43–44.
[527] Погляди представників історичної школи були спрямовані проти порівняння: універсального права немає, національні правопорядки, що походять від народного духу, неспівставні, «відсутні критерії, за якими дух одного народу може бути зіставлений з духом іншого народу». Див.: *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 160.
[528] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 79–80, 84.
[529] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 34–36.
[530] Ibid. P. 37–39, 41–43.
[531] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 121–124.

історико-філософська (Г.К. Гаттерідж[532], Л. Ребет[533], Ф. де Сола Канізарес[534], Л.-Ж. Константинеско[535], І. Швенцер[536] та ін.). На відміну від історичної школи щодо цього напряму правової думки оцінки авторів мають виразно позитивний характер. Ще Ф.В. Тарановський однією з теоретичних причин виникнення юридичної компаративістики вважав поширення філософії Гегеля, що «спонукала юристів зайнятися порівняльними дослідженнями шляху всесвітньо-історичного розвитку ідеї права»[537]. Водночас у іншій праці цей вчений зазначав, що гегельянці натомість використовували порівняння лише для виправдання певної апріорної схеми розвитку[538]. Г. Хамза відзначав, що філософія Гегеля «підходила на роль фундаменту» для порівняльно-правових досліджень[539]. Також на використання Гегелем методу порівняльного аналізу при дослідженні державно-правових явищ, зокрема національних правопорядків, їх місця та співвідношення з іншими національними правопорядками, що виступило як настанова для інших тогочасних юристів, звертали увагу автори монографії «Порівняльне правознавство: теоретико-првове дослідження» (2007 р., за редакцією О.В. Зайчука і Н.М. Оніщенко)[540].

У. Хуг, відзначаючи здобутки гегельянського філософського напряму в порівняльному правознавстві першої половини XIX ст., проголосив Е. Ганса «першим представником всесвітньої історії права», але зазначив, що дослідження інших тогочасних учених мали лише практичний характер[541]. Л. Ребет, погоджуючись з такою оцінкою праць Е. Ганса, уточнював назву заснованої ним дисципліни — порівняльна історія права, але зазначав, що його ідеї не мали суттєвого впливу[542]. На думку В. Краснянського, це була універсальна правова історія, яка «у факті виникнення права всіх народів та епох вбачала прояв якоїсь внутрішньої ідеї чи духу» і творилася в річищі «природно-історичного еволюціонізму», була спрямована на творення нової ідеальної правової системи[543].

На думку Л.-Ж. Константинеско, історико-філософська школа мала «ліберальний і космополітичний дух», розглядала зарубіжне право не

[532] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 13, 16.
[533] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 17.
[534] *De Sola Canizares F.* Iniciacion al derecho comparado… P. 55.
[535] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 106–107.
[536] *Schwenzer I.* Development of comparative law in Germany, Switzerland, and Austria… P. 72–73.
[537] *Тарановский Ф.В.* Сравнительное правоведение в конце XIX века… С. 1.
[538] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 324.
[539] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 39–41.
[540] *Порівняльне* правознавство (теоретико-правове дослідження)… С. 43–44.
[541] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1055–1056, 1069.
[542] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 17.
[543] *Краснянский В.Э.* Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке… С. 31, 34.

лише як об'єкт юридичного знання, а й як інструмент поліпшення законодавчим шляхом національного права», матеріал для виведення загальних принципів права. Її автор уявляв у межах кантіанського (П.Й.А. Фейєрбах) і гегельянського (Е. Ганс) напрямів правової думки, які розглядав окремо[544].

Гегельянський напрям у порівняльному правознавстві першої половини XIX ст., на думку Л.-Ж. Константинеско, спрямовував свої зусилля на вироблення юридичних понять на основі порівняння та «відкривав шлях позитивізму». Автор зазначає, що першим гегельянцем, який звернувся до порівняльного правознавства, став Е. Ганс, який «прагнув інтегрувати порівняльне право у філософсько-історичну концепцію» та «створив низку праць прикладного значення, покликаних підтвердити загальний концептуальний підхід», а «його концепцію можна назвати порівняльною історією права»[545]. Ганс вважав за можливе на основі застосування діахронного порівняння визначити етапи розвитку права у всесвітньому масштабі — як «етапи розвитку розуму, що рухає всесвітнім ходом історії». Появу праці Е. Ганса «Спадкове право у всесвітньо-історичному розвитку» (1824–1835 рр.) Л.-Ж. Константинеско вважає «днем народження сучасного порівняльного права», хоча й зазначає, що вона не мала відгуків і послідовників (і нижче сам собі суперечить)[546]. Основні позиції Л.-Ж. Константинеско були відтворені А.Х. Саїдовим[547] і М.В. Захаровою[548].

Г. Хамза, зазначаючи, що у працях представників «універсально-правової історичної школи» «порівняльний підхід було розширено до дуже широкого спектра», її недоліком вважав ієрархічне ранжування правових систем, засноване на «суб'єктивній оцінці права, що вивчалося»[549].

У. Евальд, слідом за Л.Ж. Константинеско, вважає щодо першої третини XIX ст. компаративістською за духом лише історико-філософську школу, асоційовану з Гейдельберзьким університетом (Фейєрбах, Тибо, Цахаріа, Міттермайєр, Ганс). Особливістю цього кола вчених було те, що вони зверталися до порівняння не лише писаного права, а й ідей та теорій. На думку У. Евальда, завдяки цій школі порівняльне правознавство стало «систематичною науковою діяльністю»[550].

Г. Монгаупт аналізує розвиток порівняльно-правових досліджень у межах тогочасної гейдельберзької школи, до якої належав Ганс, а також вплив на останнього філософії Гегеля, вказує на те, що в основі цього

---

[544] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 107, 109–110.
[545] Там само. С. 112–113.
[546] Там само. С. 112–114, 124–125.
[547] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 33, 35.
[548] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения… С. 73–76.
[549] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 42–43.
[550] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?.. P. 2116–2119.

напряму, на відміну від ідей кантіанця Фейєрбаха, ініціатора порівняльної історії права, лежала історична філософія, розкриває сутність його бачення правознавства як «чистої» (і відповідно універсальної) науки[551]. В.В. Еміх зазначає, що у баченні Ганса через порівняння пізнається вища істина — закономірності розвитку правових порядків, а також визначається «краще право», придатне для запозичення, а його праці відіграли суттєву роль у переході правознавства «від прагматичного вивчення права у виключно практичних цілях до наукового дослідження права, що намагається виключити політизованість правової науки»[552].

Також низка авторів звертають увагу на порівняльно-правові праці К.С. Цахаріа і К. Міттермайєра як представників південнонімецької (гейдельберзької) школи юристів, пов'язаної з гегельянством. Починаючи з У. Хуга[553] дослідники вказують на практико-орієнтований характер праць цих гейдельберзьких учених (К. Цвайгерт і Г. Кьотц[554], М.В. Захарова[555]). Л.-Ж. Константинеско зазначав, що Міттермайєр був першим, хто перетворив порівняльно-правові дослідження на «інструмент, покликаний вирішувати практичні завдання», вивчав насамперед сучасне право кількох європейських держав з метою визначення норм та інститутів зарубіжного права, запозичення яких може допомогти вдосконалити національне право[556].

Г. Хамза також зазначав, що на початку XIX ст. зародилася ідея арійського («індогерманського») права, заснована на використанні порівняльного підходу[557]. А П.Дж. Монатері стверджував, що «арійська теорія», завдання реконструкції «первинного арійського права» були розвинені вже у працях Гегеля і залишалися основними для німецьких компаративістів протягом XIX ст.[558], щоправда, посилаючись щодо першої третини XIX ст. лише на самого Гегеля і ще одне відповідне джерело.

Для багатьох учених моментом відліку в історії порівняльного правознавства стала дискусія історичної та історико-філософської шкіл. Як уже зазначалося, М.К. Ренненкампф чомусь відніс цю дискусію на 20-і роки XIX ст. і наголошував, що її результатом став «рішучий пово-

---

[551] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса... С. 108–118, 121–124.
[552] *Эмих В.В.* Ганс vs Савиньи: полемика между философской и исторической школами права... С. 146–147; *Эмих В.В.* Эдуард Ганс о праве, его происхождении и развитии... С. 287.
[553] *Hug W.* The History of Comparative Law... P. 1056–1060.
[554] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I... С. 86–87.
[555] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения... С. 76–78.
[556] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения... С. 115–119.
[557] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity... P. 44–45.
[558] *Monateri P.G.* Methods in comparative law. An intellectual overview... С. 34–35.

рот» у розвитку порівняльного правознавства, який заклав «міцні підвалини» його наукового розвитку. В результаті боротьби між собою представники цих шкіл поступово відмовилися від крайнощів своїх поглядів — історична школа, що була за своєю сутністю позитивістською, визнала, що національне право є лише окремим явищем у загальному правовому розвитку, а філософська школа відмовилася від апріорних побудов, не заснованих на узагальненні позитивного права. «Середнім примирливим грунтом», компромісом між ними стало порівняльне дослідження права як основа історичних та догматичних праць, а з 1830-х років воно стало розглядатися як самостійний метод[559].

У. Евальд стверджує, що порівняльне право як організована академічна дисципліна розпочало своє існування від «кодифікаційних дебатів» 1814 р., такої ж думки дотримується Р. Циммерманн[560]. Думку щодо оформлення юридичної компаративістики як «самостійного наукового напряму та навчальної дисципліни» в Німеччині у зв'язку із суперництвом історичної та природно-правової (так автор називає тогочасний історико-філософський напрям) шкіл обстоює також В.І. Лафітський[561].

Порівняльно-правові дослідження у першій третині XIX ст. поза Німеччиною

Кілька авторів звертали увагу на розвиток у першій третині XIX ст. порівняльно-правових досліджень поза німецькими державами. Зокрема, Г. Хайєм звернув увагу на обгрунтування необхідності вивчення зарубіжного права та коротку бібліографію з цієї проблематики Камю в його «Листах щодо професії адвоката» (не пізніше 1804 р.), зазначивши, що в цій праці знання про зарубіжне право виступає як галузь юридичних знань[562]; коротко про цю працю згадав У. Хуг[563]. Але загалом дослідники заперечували, поза питанням про інституціоналізацію (про це див. нижче), розвиток у Франції порівняння в праві протягом цього періоду (У. Хуг[564], Л.-Ж. Константинеско[565]) і навіть постановку питання щодо нього (М. Ансель[566]). Цікаво, що У. Хуг і М. Ансель, згадуючи про Ж.Л.Е. Лерміньє, заперечують, що він був автором порівняльно-правових праць[567].

---

[559] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 96–97.
[560] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?.. P. 2116, 2119–2121; *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… P. 576–605.
[561] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1… С. 68, 70; *Лафітський В.І.* Відповідь на рецензію… С. 362.
[562] *Hayet H.* L'etude du droit compare… P. 330–331.
[563] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1060.
[564] Ibid. P. 1060–1061.
[565] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 119–120.
[566] *Ancel M.* Cent ans de droit compare en France… P. 5.
[567] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1060–1061; Ancel M. Cent ans de droit compare en France… P. 4.

З англійських юристів першої третини XIX ст. дослідники в контексті нашої проблематики згадують лише І. Бентама та Дж. Остіна. Так, на думку Ф. Поллока, поняття «порівняльне правознавство» першим використав Дж. Остін близько 1830 р., але це стосувалося не науки, а методу[568]. У. Хуг вказував на визнання Дж. Остіном порівняльного правознавства як галузі юридичного знання, але зазначав, що англійські юристи першої половини XIX ст. загалом не цікавилися зарубіжним правом і порівняльним правознавством[569]. Л.-Ж. Константинеско зазначає нечисельність порівняльно-правових досліджень у Великій Британії та США у першій половині XIX ст.[570]

Кілька дослідників зверталися також до розвитку в першій третині XIX ст. порівняльно-правових досліджень у США. У. Хуг проаналізував практичну діяльність американських юристів щодо використання зарубіжного права в період формування національної правової системи цієї держави, вказавши на зникнення інтересу до нього згодом[571]. Г.К. Гаттерідж згадував про ідеї американських юристів щодо порівняльного пізнання загальних принципів права[572]; К. Цвайгерт і Г. Кьотц стверджували навіть «розквіт порівняльного правознавства» у США у 1800–1850 рр.[573] М. Хофліч розглянув розвиток порівняльно-правових досліджень у США кінця XVIII — першої половини XIX ст.[574].

Інституціоналізація порівняльно-правових досліджень у першій третині XIX ст.

Автори деяких нарисів звертали увагу на значення інституціоналізації для розвитку порівняльно-правових досліджень у першій третині XIX ст. Зокрема, функціонування Бюро зарубіжного законодавства в Парижі у 1801–1804 рр. було проаналізовано у статті П. Грюнебаума-Балліна[575], про нього також згадує Р. Скарцигліа[576].

«Критичному журналу зарубіжної юридичної науки та законодавства» (1829–1856 рр.) було присвячено статтю Г. Монгаупта[577]. Ф.В. Тарановський простежував існування порівняльного правознав-

[568] *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 74.
[569] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1063–1064.
[570] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 120–121.
[571] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1066–1067.
[572] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 13, 16.
[573] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 85.
[574] *Hoeflich M.H.* Comparative law in antebellum America… P. 536.
[575] *Grunebaum-Ballin P.* Comment Bonaparte, Premier Consul, fonda le premier organisme francais d'etude des legislations etrangeres et du droit compare… P. 268–272.
[576] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison… P. 303–304.
[577] *Mohnhaupt H.* Rechtsvergleichung in Mittermaiers "Kritische Zeitschrift fur Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes" (1829–1856)… S. 277–301.

ства як догматичної дисципліни принаймні з часу заснування цього журналу[578]. На позитивну роль цього видання у становленні юридичної компаративістики вказували У. Хуг[579], Г.К. Гаттерідж[580], Л. Ребет[581], К. Цвайгерт і Г. Кьотц[582], Г. Хамза[583], П. де Круз[584], І. Швенцер[585], В.І. Лафітський[586], Р. Скарцигліа[587], П.Дж. Монтатері[588]. Л.-Ж. Константинеско вказував на цей журнал як на «перше у світі періодичне видання, що вийшло за рамки національного правопорядку» і «значно зміцнило основу порівняльного правознавства»[589].

У статтях Б. Сміта, Ф. Одрена і Г. Наве висвітлювалася історія кафедри загальної та філософської історії порівняльних законодавств у Колеж де Франс під керівництвом Ж.Л.Е. Лерміньє (1831–1849 рр.)[590]. З відкриттям саме цієї кафедри пов'язували початок викладання порівняльного правознавства у світі Г. Хайєм[591], Г.К. Гаттерідж[592], Р. Давид[593], Л. Ребет[594], Л.-Ж. Константинеско[595], К. Цвайгерт і Г. Кьотц[596], П. де Круз[597], І. Бабич[598], Р. Скарцигліа[599]. Заперечував власне порівняльно-правовий характер викладання на цій кафедрі М. Ансель[600]. В.І. Лафітський пов'язує оформлення порівняльного правознавства як науки, самостійного наукового напряму та навчальної дисципліни у

---

[578] *Тарановский Ф.В.* Сравнительное правоведение в конце XIX века… С. 3.
[579] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1056–1060.
[580] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 13, 16.
[581] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 18.
[582] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 86–87.
[583] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 43–44.
[584] *De Cruz P.* Comparative law in a changing world… P. 13–14, 16.
[585] *Schwenzer I.* Development of comparative law in Germany, Switzerland, and Austria… P. 72–73.
[586] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1… С. 68, 70; *Лафітський В.І.* Відповідь на рецензію… С. 362.
[587] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison… P. 303–304.
[588] *Monateri P.G.* Methods in comparative law. An intellectual overview… С. 34.
[589] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 115–119.
[590] *Audren F., Navet G.* Note sur la carriere d'Eugene Lerminier au College de France (1831–1849)…; *Smith B.G.* The rise and fall of Eugene Lerminier...
[591] *Hayet H.* L'etude du droit compare… S. 327.
[592] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 13, 16.
[593] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности… С. 9, 11.
[594] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 18.
[595] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 119–120.
[596] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 86–87.
[597] *De Cruz P.* Comparative law in a changing world… P. 13–14, 16.
[598] *Бабич І.* Виникнення та розвиток порівняльного правознавства як навчальної дисципліни… С. 141–142.
[599] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison… P. 303–304.
[600] *Ancel M.* Cent ans de droit compare en France… S. 4.

Франції саме з відкриттям цієї кафедри[601], а М.В. Захарова вважає цю дату початком інституційної епохи розвитку порівняльного правознавства взагалі[602].

Загальна характеристика розвитку порівняльно-правових досліджень у другій третині XIX ст.

Друга третина XIX ст., точніше, період еволюції порівняльно-правових досліджень, що тривав, згідно з думками різних авторів, до 1861 чи 1869 рр., залишається недостатньо дослідженим. Незалежно від того, чи виокремлюються у відповідних історичних нарисах як періоди перша та друга половини XIX ст., чи історія предмета починається з 1830-х або 1860-х років, друга третина XIX ст. у них здебільшого ігнорується. Наприклад, М.К. Ренненкампф вважав, що порівняльне дослідження права з 1830-х років стало розглядатися як самостійний метод з «особливими прийомами», рівний нормативному («позитивному») та філософському, але конкретних подальших праць і авторів не називав[603].

Низка авторів пов'язували цей період з поширенням юридичного позитивізму в порівняльно-правових дослідженнях. Зокрема, на думку М.К. Ренненкампфа, самостійність порівняльного методу в цей час була вченими заперечена, порівняння стало розглядатися як «один із засобів розуміння та вивчення», що не має «незалежних способів розробки і користується лише двома загальними шляхами людської думки, аналізу і синтезу», але є науковою діяльністю, що продукує порівняльно-правові дослідження, має свій предмет, завдання та інституціоналізацію[604]. Водночас окремі автори пов'язують поширення позитивізму в порівняльно-правових дослідженнях з 60–70-и роками XIX ст., фактично ототожнюючи його із соціологічним та етнологічним підходами у порівняльному правознавстві[605].

При цьому низка авторів розглядають вплив поширення юридичного позитивізму на розвиток порівняльно-правових досліджень негативно. Зокрема, У. Хуг вважав, що зусилля компаративістів «впали під переможним впливом позитивізму» в 50-х роках XIX ст., коли своє націо-

---

[601] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1... С. 68, 70; *Лафітський В.І.* Відповідь на рецензію... С. 362.

[602] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения... С. 66–72, 76–78.

[603] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения... С. 97.

[604] Там же. С. 97–99.

[605] *Тарановский Ф.В.* Сравнительное правоведение в конце XIX века... С. 1; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права... С. 324–326; *Gutzwiller M.* Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht... S. 14–15; *Rotondi M.* Diritto comparato... S. 779; *Brown L.N.* L'Evolution du droit compare en Angleterre depuis 1869: un aperçu personnel... S. 356; *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения... С. 123–133; *Саидов А.Х.* Теоретические проблемы советского сравнительного правоведения: Дисс... С. 68; *Balazs F.* Paradigms of modern comparative law... P. 9.

нальне право стало єдиним об'єктом юридичної науки[606]. На думку К. Цвайгерта і Г. Кьотца, засади діяльності пандектистів і юридичного позитивізму «не створювали сприятливого клімату для успішного розвитку порівняльного права: його роль у правовій науці не була визнана»[607]. У. Евальд писав про домінування юридичного позитивізму, «ворожого до концепції порівняльного права, на якій наполягали Ганс та його колеги»; засадничі ідеї юридичного позитивізму передбачали марність порівняння в праві: походження права з волі влади, суверенність і непов'язаність держав, не обмеженість права традицією, раціональними підставами, зарубіжними впливами[608].

Більше того, У. Хуг став автором ідеї про глибокий занепад у порівняльно-правових дослідженнях під впливом юридичного позитивізму, що розділяє першу і другу половини XIX ст., але фактично охоплює всю другу третину століття. Ідея такого періоду стагнації була сприйнята Л.-Ж. Константинеско[609], К. Цвайгертом і Г. Кьотцем[610], а У. Евальд навіть точніше датував цей період — від смерті Е. Ганса у 1839 р. і до 1870 р.[611] Чи не єдиним ученим, який піддав сумніву ідею щодо циклічного розвитку порівняльного правознавства та його занепаду в середині XIX ст., є Д. Кларк[612].

Окремі вчені згадують книгу Е. Амарі «Критика та історія науки порівняльних законодавств» (1857 р., друга незавершена частина віднайдена лише нещодавно). Зокрема, Ф. Поллок зазначав, що від цієї праці почалося розуміння порівняльного правознавства як науки[613], М. Ротонді вважав Е. Амарі провісником сучасного розуміння порівняльного правознавства[614], Л.-Ж. Константинеско вказував, що його праця із «спробою тлумачити порівняльне право як автономну дисципліну» «залишилася не зрозумілою»[615].

Також У. Хуг проаналізував низку практично орієнтованих праць англійських юристів середини XIX ст., присвячених зарубіжному праву[616]; І. Сабо — праці угорських юристів 30–40-х років XIX ст., які розглядали порівняння у контексті ідеї односпрямованої суспільної ево-

---

[606] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1060, 1062, 1066–1067, 1069–1070.
[607] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 84.
[608] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?.. P. 2120–2121.
[609] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 124–125.
[610] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 89–90.
[611] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?.. P. 2116, 2119–2121.
[612] *Clark D.S.* Development of comparative law in the United States… P. 176.
[613] *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 74, 85–86; *Тарановский Ф.В.* Сравнительное правоведение в конце XIX века… С. 180–181.
[614] *Rotondi M.* Diritto comparato… P. 778; *Rotondi M.* Le droit compare en Italie au cours du dernier siecle… P. 393.
[615] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 127–131.
[616] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1065.

люції, «універсальну порівняльну теорію права»[617]; Т. Іонеско — праці румунських учених 1850-х років[618].

Деякі автори звертають увагу на продовження процесу інституціоналізації порівняльного правознавства у другій третині XIX ст. — виникнення кафедр галузевих порівняльних дисциплін у Франції у 1840-х роках (Ф.В. Тарановський[619], Л. Ребет[620], Дж. Холл[621], Л.-Ж. Константинеско[622], П. де Круз[623]), появу дисципліни «порівняльне законодавство» в ухваленій державою програмі університетської підготовки юристів у Іспанії в 1851 р. (Р. Альтаміра Крівеа[624]), заснування «Журналу зарубіжного законодавства» у Франції у 1834 р. (У. Хуг[625], Л. Ребет[626], Л.-Ж. Константинеско[627]).

Висновки до другого розділу

Основними сюжетами історіографії передісторії та раннього розвитку порівняльно-правових досліджень є окремі його періоди: Стародавній світ, Середні віки, Відродження і Реформація, XVII — середина XVIII ст., друга половина XVIII ст. — початок XIX ст., перша третина XIX ст. Оцінки кожного із цих періодів досить суперечливі: одні автори визнають якийсь з них часом виникнення порівняльного правознавства («оптимісти») або формування його передумов, інші доводять, що весь розвиток до середини XVIII ст. є його передісторією («скептики»).

Щодо Стародавнього світу і «оптимісти», і «скептики» погоджуються в тому, що: (1) елементи порівняльного аналізу почали використовуватися як елемент юридичної техніки, порівняння стало фактом; випадки використання порівняння були (2) одиничними та принагідними, (3) ізольованими, а відповідні дослідження — (4) синкретичними, (5) компліментарними, (6) не мали розвиненої методології. Не зустрічає заперечення по суті й думка про те, що (7) давньогрецьку ідею можливості свідомого та зваженого вибору елементів права, в тому числі зарубіжних зразків, для забезпечення прогресу свого правопорядку можна вважати елементом компаративістського мислення.

Частина авторів об'єднують розвиток порівняльно-правових досліджень протягом Античності та Середніх віків у єдиний сюжет, інші розглядають ці періоди окремо, але застосовуючи до них приблизно одна-

[617] *Szabo I.* Les aspects historiques du droit compare en Hongrie… S. 378.
[618] *Ionasco T.* Le droit compare en Roumanie… P. 496, 501.
[619] *Тарановский Ф.В.* Сравнительное правоведение в конце XIX века… С. 11, 23–24.
[620] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 18.
[621] *Hall J.* Comparative law and social theory… P. 16.
[622] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 119–120.
[623] *De Cruz P.* Comparative law in a changing world… P. 13–14, 16.
[624] *Altamira y Crevea R.* Les etudes de droit compare en Espagne… P. 100.
[625] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1061–1063.
[626] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 18.
[627] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 119–120.

кові характеристики. Позиції тих, хто розглядає Середні віки як окремий період в еволюції юридичної компаративістики, «оптимістів» і «скептиків», сходяться в тому, що: порівняння використовувалося (1) в процесі рецепції римського права та (2) узагальнення *ius commune*, (3) узгодження правових масивів різного походження в межах окремих країн (внутрішнє порівняльне право); (4) порівняння не було відокремлене від дедуктивної спекуляції; порівняльні дослідження (5) були одиничними, (6) не-історичними, (7) їх методологія не була розвинена. Окрім того, вчені звертають увагу на те, що (8) уявлення про непорушність та універсальність принципів римського та канонічного права виступало чинником, що стримував розвиток порівняльно-правових досліджень.

У значній частині праць розвиток порівняльно-правових досліджень у період Відродження та Реформації так чи інакше відокремлюється від попередніх періодів, хоча присутня й протилежна думка щодо цього. Незалежно від наявності таких оцінок дослідники погоджуються, що протягом цього періоду: (1) універсальний характер римського та канонічного права було піддано сумніву, вони стали предметом критичних досліджень, у тому числі з елементами порівняння з джерелами національного походження; орієнтація багатьох тогочасних праць на пізнання чи узагальнення національних традицій в праві передбачала як (2) активізацію внутрішнього порівняння, так і (3) формування уявлення про їх своєрідність, що стало початком виокремлення національних правових систем як одиниць порівняльного аналізу; (4) географічні відкриття, разом з переліченими вище чинниками, стали передумовою становлення таких елементів компаративістського мислення, як релятивізм та історизм; (5) попри це, у працях того часу порівняння й надалі змішувалося з дедукцією, зокрема у пошуку «правильного» права для кожного конкретного випадку.

Щодо XVII — першої половини XVIII ст. і «оптимісти», і «скептики» погоджуються в тому, що в цей час: (1) відбувалося свідоме звернення до проблематики порівняльного методу в різних науках та можливостей його використання при пізнанні правових явищ, але (2) останнє практично не поєднувалося з історизмом, (3) залишалося в річищі підходів природничих наук (пошук об'єктивних закономірностей) та (4) було підпорядковане метафізичній філософії з її пошуками природного права. Порівняльні дослідження права (5) значною мірою й надалі спрямовувалися на ідентифікацію національного права і (6) залишалися синкретичними (з етикою, політикою, економікою). Крім того, (7) дослідження останніх десятиліть спростували домінуючу в історіографії думку щодо одиничності таких синкретичних порівняльних досліджень, а натомість довели їх масовість, принаймні в окремих країнах.

Хронологічно першим сюжетом історіографії, не пов'язаним з оцінкою того чи іншого періоду еволюції порівняльно-правових досліджень,

є аналіз компаративістських ідей Ш.-Л. Монтеск'є. Щодо цього і «оптимісти», і «скептики» погоджуються, що: (1) «Дух законів» опертий на безпрецедентно широкий масив відомостей про право різних держав і народів, але (2) автор цієї праці виявляв політичну та культурну заангажованість, яка більшою чи меншою мірою впливала на підбір та аналіз джерел, його висновки. Дослідники здебільшого погоджуються в тому, що (3) порівняльний аналіз у працях Монтеск'є залишається синкретичним, але (4) принципово розходяться у питанні про його відокремленість від дедуктивної спекуляції.

Друга половина XVIII — початок XIX ст. залишаються малодослідженим періодом еволюції порівняльно-правових досліджень, що визначається вченими здебільшого через зовнішні умови та чинники. Практично всі автори погоджуються в тому, що протягом цього часу (1) склалися умови для актуалізації порівняльно-правових досліджень через становлення національних правопорядків, соціально-економічні зміни, трансформації у філософії, вплив активного розвитку порівняльної методології в інших науках і становлення в їх межах порівняльних дисциплін. Водночас лише протягом останніх десятиліть зроблено кроки до вивчення власне розвитку порівняльно-правових досліджень протягом цього періоду, в результаті чого доведено: (2) суттєве поширення порівняльно-правових досліджень протягом цього часу, (3) формування першої наукової школи з чітко визначеною порівняльно-правовою програмою (геттінгенська школа), (4) переважну орієнтацію порівняльно-правових досліджень на ідентифікацію національного права та його особливостей.

Загальні оцінки частиною дослідників еволюції порівняльно-правових досліджень у першій третині XIX ст. співпадають чи безпосередньо об'єднуються з аналізом другої половини чи кінця XVIII ст. або поширюються на ширший період — до середини чи кінця другої третини XIX ст., але з уточненням про їх тривалу стагнацію, що датується більш-менш певно другою третиною XIX ст. І «оптимісти», і «скептики» погоджуються в тому, що протягом першої третини XIX ст.: (1) потреби правової сфери та економіки стали вимагати здійснення порівняльно-правових досліджень з метою формулювання чи пошуку готових моделей вдосконалення правових систем; (2) замість внутрішньодержавного стало домінувати зовнішнє, міждержавне порівняння права; (3) порівняльно-правові дослідження перетворюються або починають перетворюватися на спеціалізовану сферу в межах юридичної науки, що в цей час формується чи принципово трансформується; (4) завершилося усвідомлення тогочасними вченими не-універсальності будь-якого права, недосконалості дедуктивних підходів і метафізичних уявлень, потреби в індуктивному пізнанні множини національних правопорядків; (5) активно поширюється історизм у дослідженні правових явищ; (6) формуються нові наукові школи, в програмах яких порівняння і порівняльно-правові дослі-

дження відіграють принципово важливу, засадничу роль; (7) з'являються перші елементи інституціоналізації порівняльно-правових досліджень. Також автори синтетичних нарисів переважно погоджуються в тому, що протягом першої третини XIX ст.: (8) теоретичні та методологічні засади порівняльно-правових досліджень практично не розроблялися, відповідні одиничні розробки не знаходили розуміння та визнання юристів; (9) компаративісти складали вузьке коло осіб, що суттєво не впливали на розвиток юридичної науки. Проаналізовані багатьма дослідниками у межах спеціальних сюжетів матеріали, особливо протягом останніх десятиліть, дають підстави заперечити останні два твердження, але поки що вони загалом не були піддані сумніву.

Таких спеціальних сюжетів у історіографії щодо першої третини XIX ст. можна виокремити п'ять: аналіз ідей П.Й.А. Фейєрбаха, історичної школи права, історико-філософської школи, розвитку порівняльно-правових досліджень поза Німеччиною та їх інституціоналізації. Їх розгляд дає змогу уточнити загальні оцінки дослідниками еволюції порівняльно-правових досліджень у першій третині XIX ст. Зокрема, автори проаналізованих праць погоджуються в тому, що на ідеї Фейєрбаха вплинуло становлення порівняльних дисциплін у межах різних наук, він першим проголосив ідею порівняльного правознавства (як організації чи методу порівняльно-правових досліджень), але ця ідея не мала суттєвого поширення. Щодо ролі історичної школи права в розвитку нашої проблематики присутні протилежні оцінки, але дослідники погоджуються щодо концептуалізації представниками цієї школи ідеї національності права. Вплив історико-філософської школи авторами оцінюється загалом позитивно, вони здебільшого погоджуються щодо практичної орієнтації порівняльно-правових досліджень її представників та проголошення Е. Гансом ідеї порівняльної історії права, яка не мала своїх послідовників. Низка авторів також звертають увагу на позитивний вплив дискусії двох шкіл та кореляції їх позицій на розвиток порівняння в праві. Деякі дослідники звертають увагу на розвиток порівняльно-правових досліджень поза Німеччиною. Практично всі автори вказують на розвиток інституціоналізації порівняльно-правових досліджень протягом цього періоду, але називають при цьому лише один журнал у Німеччині й кафедру у Франції; лише двічі згадується існування Бюро зарубіжного законодавства в Парижі.

Отже, значна частина авторів або не були безпосередньо знайомі з джерелами, які вони аналізують, або не прагнули розширити коло досліджуваних праць і явищ, через що виокремлені сюжети містять очевидні помилки і необгрунтовані твердження. Наслідком цього є домінування звуженого та викривленого розуміння розвитку порівняльно-правових досліджень першої третини XIX ст. в історіографії.

Ще гірший стан справ із дослідженням еволюції порівняльно-правових досліджень у другій третині XIX ст., яка, практично без звернення до джерел, уже понад вісімдесят років оцінюється як стагнація чи навіть занепад. Автори досліджень лише вказують на поширення протягом цього періоду позитивізму, зазначають імена кількох тогочасних учених та назви кафедр, заснованих у Паризькому університеті та (в одному нарисі) Іспанії. Огляд історіографії цього періоду дає змогу точніше зрозуміти контекст підходів учених до вивчення розвитку порівняльно-правових досліджень протягом попередніх періодів.

Розділ 3
Концептуалізація дослідження становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень

3.1. Об'єктна сфера дослідження

У літературі з історії порівняльно-правових досліджень можна виокремити принаймні три визначені чи описані формулювання її об'єктів.

1. Пізнання історичної перспективи порівняльного правознавства виходячи із сучасного його розуміння. Так, ще під час Міжнародного конгресу порівняльного права 1900 р. доповідачі підкреслювали необхідність узагальнення «славної спадщини» історії порівняльного права[628]. На думку Ф.В. Тарановського, суворо наукове розуміння порівняльного вивчення права приніс лише позитивізм — порівняння стало особливим різновидом основного прийому пізнання — спостереження, вперше поєднавшись також з історизмом. Саме на цій стадії свого розвитку порівняльне правознавство перетворилося на окрему наукову дисципліну, що разом з низкою інших порівняльних дисциплін входить до соціології як синтетичної науки про суспільство, а також є особливим видом (допоміжним засобом і водночас самостійною дисципліною) догматичної юриспруденції[629]. У. Хуг чітко відокремив просте вивчення зарубіжного права, що має дуже давню історію, і порівняльне правознавство як «окрему галузь юридичної науки», що виникає на тій стадії розвитку останньої, коли зникає віра в ідеальне право, який би характер воно не мало[630]. Л.-Ж. Константинеско зазначав, що виявлення генези порівняльного правознавства залежить від погляду на його сутність: якщо розглядати його як мисленнєву операцію, то його коріння — у сивій давнині; якщо ж розуміти його як «діяльність з метою послідовного зближення правових систем», то воно виникло у другій половині XIX ст.[631] М.М. Марченко виокремлює формальний (щось нещодавнє) і змістовний (новий, відповідний нашому часу, актуальний) параметри

[628] *Session* du Congres. Proces-verbaux sommaires… P. 53.
[629] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 324–326.
[630] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1028.
[631] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 104.

визначення початку сучасного періоду розвитку порівняльного правознавства. Він акцентує увагу на відмінності сучасного порівняльного правознавства від попередніх етапів його розвитку: завершується його становлення як відносно самостійної галузі знань та академічної дисципліни, систематичність порівняльно-правових досліджень, безпрецедентне розширення сфери і географії його розповсюдження і впливу, його глобалізація, «інституціональне оформлення», прагнення створити його цілісну концепцію[632]. На думку Ч. Донахью, межа між передісторією та історією порівняльного правознавства залежить від його визначення, а воно не є однозначним[633].

Позитивною особливістю такого бачення об'єкта є змога чітко виокремити в еволюції порівняльного правознавства його передісторію, період формування передумов його виникнення та власне його історію. Окрім того, з таким об'єктом чітко корелюється предмет дослідження, обидва вони визначаються один через інший, і навпаки. Водночас недоліками такого об'єкта є його не-історичність, телеологізм, ймовірність залишення поза увагою тих сюжетів, що були розкриті протягом певного історичного періоду в певному місці (країні, регіоні та ін.), але не знайшли подальшого розвитку. До певної міри такий підхід йде від сучасності й спрямований на сучасність, а тому має обмежену евристичність.

2. Визначення феномена порівняльного правознавства та його елементів виходячи з історії його розвитку. Так, ще Е. Амарі зазначав, що без розуміння стадій еволюції порівняльних законодавств їх подальший розвиток не матиме певного фундаменту[634]. Як ми вже згадували, Л. Ребет у своїй дисертації виокремив в еволюції правознавства два основні підходи — індуктивно-позитивістський та дедуктивно-метафізичний[635]. А.Х. Саїдов визначає об'єкт дослідження як пізнання наскрізних (протягом усього історичного розвитку) проблем порівняльного правознавства. Однією з таких проблем він називав класифікацію правових систем з метою створити правову карту світу[636]. А.Х. Саїдов також стверджує, що в структурі порівняльного правознавства його історія частково залишається у вигляді концептуально-понятійного ядра, входить до кола його вічних проблем і відповідної йому відносно стабільної наукової мови, забезпечує «стійкість, тяглість і стабільність його понятійно-категоріального апарату»[637].

Цей підхід більш історичний, ніж перший, і не настільки орієнтований на сучасне бачення теоретичних та методологічних засад порівняльного правознавства, дає змогу повніше розвинути бачення певного

[632] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения... С. 104–105, 108–112, 116.
[633] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon… P. 3–4.
[634] *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate… P. 475.
[635] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 146.
[636] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 8, 10, 19–20, 282–283.
[637] Там само.–С. 284.

кола його проблем в історичному контексті. Водночас саме по собі визначення тих чи інших проблем як наскрізних випускає з поля зору специфічні проблеми, що розкривалися лише у певні періоди чи в певному контексті, не враховує зміни у проблематиці порівняльно-правових досліджень, а формулювання проблем, що увійшли до кола обраних, при цьому може виявитися занадто загальним — щоби не втратити цю наскрізність.

3. Пізнання специфічної ролі й значення порівняльно-правових досліджень та формування їх теоретичних, методологічних, світоглядних засад у контексті інтелектуальних дискусій, розвитку юридичної науки та права в конкретних історичних умовах (час, місце, коло проблем та осіб). Зокрема, таке бачення об'єкта наголошується прихильниками проектного та парадигмального підходів, а також плюралізму чи змінності дисциплінарно-методологічної організації порівняльно-правових досліджень (А. Райлз, О.Д. Тихомиров, З. Петері, Ф. Балаш, М.В. Немитіна, П.Дж. Монтатері, О.В. Ткаченко, М.В. Захарова, Р. Хайленд).

Такий об'єкт дослідження є найбільш історичним і плюралістичним, дає змогу якомога повніше охопити розвиток порівняльно-правових досліджень, їх теоретичних та методологічних засад у певних контекстах. Але окремі проекти чи парадигми можуть виявитися неспівмірними за своїми параметрами, у такому феноменологічному за своїм характером розгляді втрачається загальне бачення теоретичних і методологічних засад порівняльно-правових досліджень та їх еволюції. У будь-якому разі в літературі ці підходи до визначення еволюції порівняльно-правових досліджень не зустрічаються в чистому вигляді, вони поєднуються в різних конфігураціях, хоча домінування першого підходу при цьому досить помітне.

У пошуках формулювання об'єкта нашого дослідження звернемося до ширшого досвіду. Зокрема, Д.І. Луковська до *об'єкта історії політичних і правових учень* відносила самі ці вчення (як «особливі форми відображення суспільною свідомістю суспільного буття, що співвідносяться з суспільним буттям як ідеальне і матеріальне»), їх внесок у розвиток духовної, в тому числі політичної та правової, культури (асиміляцію в ній накопиченого теоретичного знання), формування проблематики та концепцій теорії права[638]. В.С. Нерсесянц зазначав, що історія політичних і правових учень орієнтована на «вивчення історії політико-правових теорій, закономірностей історичного процесу виникнення і розвитку теоретичних знань про державу, право, політику, законодавство», розглядається як «одна з важливих історико-теоретичних передумов розвитку сучасного політико-правового знання, вдосконалення теоретич-

[638] *Луковская Д.И.* Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений: Автореф. дисс. … д.ю.н. / Ленинградский гос. ун-т им. А.А. Жданова. Ленинград, 1986. С. 2, 5, 11, 13.

них розробок проблем держави і права»[639]. Як зазначає М.А. Дамірлі, «історія правової думки — це не просто історія становлення й руху теоретико-правової думки, що відбивається в найбільш концентрованій, узагальненій формі у провідних ученнях, теоріях, концепціях, і «галерея портретів» учених, а й наукова дисципліна, що виявляє гносеологічні корені та соціокультурну зумовленість цих учень, теорій, концепцій, що відкриває їх доконцептуальну глибину»[640].

О.Ф. Скакун розглядає проблему співвідношення предмета й об'єкта історії політичних і правових вчень та наголошує на неприпустимості їх ототожнення: об'єктом тут є, на її думку, сукупність «документів інтелектуального характеру, в яких вміщені вчення, теорії, концепції, ідеї про право, що виникли протягом історії». Вчена зазначає, що «предмет не відтворює об'єкт науки цілком, тому що багато сторін і властивостей об'єкта не вважаються суттєвими й актуальними для інтерпретатора, а інші просто невідомі»[641].

Щодо *об'єкта історії науки* В.Н. Порус виокремлює два протилежні підходи: 1) філософія науки виокремлює раціональну, правильну модель внутрішнього розвитку науки, а історія науки зіставляє історичні факти щодо діяльності вчених із цими моделями, причому зовнішня історія розглядається як обставини, що сприяли чи заважали цьому правильному розвитку; 2) історія науки є основою для побудови філософсько-методологічних моделей, розуміння науки випливає з історичного дослідження, а не передує йому, а розрізнення внутрішньої та зовнішньої історії науки є відносним[642]. Автор наголошує необхідність поєднання цих підходів, вказує, що «суперництво різних філософсько-методологічних концепцій вирішується зверненням до реальної історії науки», а «раціональність науки не має розглядатися як щось раз і назавжди дане — вона здатна змінюватися, враховуючи відповідний досвід історії науки», але при цьому наукова раціональність має відмежовуватися від різноманітних ірраціональних явищ[643]. Підходи, описані В.Н. Порусом, відомі у філософії науки як кумулятивний та некумулятивний, причому другий з них нині вважається домінуючим[644].

---

[639] *История* политических и правовых учений: Учебник / Под ред. В.С. Нерсесянца. Москва: ИНФРА-М, 1996. С. 6–7.

[640] *Дамірлі М.* Предметна специфіка історії правової думки та її співвідношення із суміжними галузями знання // Юридична Україна. 2004. № 6. С. 6.

[641] *Скакун О.Ф.* Історія правових вчень: процес становлення та предмет вивчення // Антологія української юридичної думки: В 10 т. Т. 10: Юридична наука незалежної України / Упор.: В.Ф. Погорілко, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; відп. ред. Ю.С. Шемшученко, В.Ф. Погорілко. Київ: Юридична книга, 2005. С. 140–141.

[642] *Порус В.Н.* История науки «внутренняя» и «внешняя» // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 342.

[643] Там само.

[644] *Маркова Л.А.* Историография науки // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 333–334.

Р. Сміт щодо об'єкта історії гуманітарних наук зазначає: «Історичне знання про те, що думали люди різних країн і епох, дає нам змогу не лише побачити коріння наших власних думок, але й розташувати їх у порівняльній перспективі. Історичне знання вирішальним чином визначає шлях, на якому віднаходиться смисл людського самопізнання»[645].

На основі викладеного та в контексті нашого дослідження ми можемо *визначити його об'єкти* так: 1) відтворення, на основі реконструкції та систематизації ідей та дискусій другої половини XVIII — першої третини XIX ст., цілісного розвитку комплексу теоретичного порівняльно-правового знання; 2) визначення ролі та значення порівняльно-правового знання у становленні та диференціації юридичних наук протягом цього періоду; 3) відтворення наукової порівняльно-правової картини світу в контексті кризи метафізичної картини світу класичної філософії.

3.2. Предметна сфера дослідження

Це питання по-різному вирішене у працях, де розглядається історія порівняльно-правових досліджень. Зокрема, сформовано кілька підходів до визначення цього предмета.

1. Предметом досліджень значної частини авторів була нерозмежована внутрішня і зовнішня *історія становлення порівняльного правознавства як наукової дисципліни*, але вони виокремлювали до-дисциплінарний період його розвитку, коли предметом є розвиток досліджень зарубіжного права та порівняльно-правових досліджень, а також, так би мовити, дисциплінарний стрибок, після якого до предмета фактично входили теоретичні засади лише порівняльного правознавства (Ф.В. Тарановський, У. Хуг, М.М. Марченко, М.А. Даміpлі та ін.).

2. Більш широким предмет історичного дослідження має бути у працях деяких учених, які вважали і *вважають порівняльне правознавство методом дослідження чи вказують на плюралізм дисциплінарної належності порівняльно-правового знання* — тут до предмета могли увійти теоретичні й методологічні засади порівняльно-правових досліджень поза питанням щодо їх дисциплінарної належності. Наприклад, Л. Ребет до предмета включав вивчення історії порівняльного правознавства як методу, в межах якого поступово формується «теорія порівнування» (або «теорія порівнальної методи»). Поява теорії методу, на думку Л. Ребета, не означала витіснення індуктивно-історичного підходу в порівняльному правознавстві, він продовжував надавати останньому національний матеріал і зберігати порівняння від «небезпеки типізування явищ»; більше того, цей підхід продовжував залишатися в діа-

[645] *Смит Р.* История гуманитарных наук. 2-е изд. Москва: Издат. дом. ГУ ВШЭ, 2008. С. 12.

лозі з природно-правовою, історичною і позитивістською теоріями в правознавстві, гармонізував та зближував їх[646].

О.Д. Тихомиров наголошує, що систематизація та упорядкування порівняльно-правового знання у формі наукової дисципліни порівняльного правознавства на межі XIX — XX ст. були лише одним з можливих варіантів організації порівняльно-правового знання, запропонованим насамперед французькою компаративістською школою, що став протягом певного часу домінуючим щодо альтернативних підходів, але й «не дістав широкого визнання і поширення ані серед учених, ані серед національних шкіл». Адже реальний фундамент порівняльно-правового знання становили прагматично орієнтовані дослідження, значущість та інтерес до яких залежали від низки мінливих (наприклад, кодифікація права) або й трагічних (Перша і Друга світові війни) обставин[647]. Після Другої світової війни прагматична спрямованість порівняльних досліджень у багатьох країнах стала переважати, що зумовило домінування методологічної, а не дисциплінарної форми їх організації. Але в соціалістичних країнах виникла необхідність у теоретичному обгрунтуванні сутнісних розходжень з буржуазним правом, що повертає у них юридичну компаративістику до дисциплінарності. У сучасний період, наголошує О.Д. Тихомиров, утвердився плюралізм організації порівняльно-правового знання, однією з форм якої є порівняльне правознавство як наукова дисципліна. Крім того, вчений вказує на географічний плюралізм у розвитку організації порівняльно-правового знання — домінування її дисциплінарної чи методологічної форм у різних національних інтелектуальних традиціях[648].

М.В. Захарова розглядає юридичну компаративістику як методологічну та світоглядну систему, вказує на географічний плюралізм його еволюції: методологічний розвиток домінував у «англо-американському юридичному світі», світоглядний — у країнах континентальної Європи[649]. Також дослідниця виокремлює змістовний та організаційний аспекти «еволюційного зростання» порівняльного правознавства, причому для змістовного розвитку характерні «якісні стрибки, обумовлені тими чи іншими політико-правовими зовнішніми детермінантами» (завершення Другої світової війни, розпад СРСР, глобалізація), зміна наукових проблем, що є «предметом актуалізації», об'єктів порівняльно-правового аналізу, розширення географічного спектра досліджень, а для організаційного — накопичення та прогрес інституційних форм[650].

---

[646] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 146, 149–151.
[647] *Тихомиров О.Д.* Історичний та географічний плюралізм розвитку порівняльного правознавства… С. 16–18.
[648] Там само. С. 18–24.
[649] *Захарова М.В.* Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения… С. 65–66, 79–80, 89, 91.
[650] Там само. С. 81, 84–85.

3. Так само поза дисциплінарністю розглядається *історія порівняльного правознавства як світоглядного явища*. Зокрема, Дж. дель Веккіо наголошував, що виникнення порівняльного правознавства стало можливим лише після подолання ідеї універсальності та будь-якої іншої вищості однієї правової системи щодо інших, а також тенденції нехтувати правом усіх народів, окрім історично пов'язаних з власним, коли зарубіжне право могло розглядатися хіба що з простої цікавості[651]. Л. Ребет вважав, що порівняльний метод історично розвиває «суцільний всеохоплюючий науковий світогляд» юристів[652]. Р. Паунд розглядав порівняльне правознавство в контексті подолання метафізичної ідеї щодо однолінійного розвитку права та зростання розуміння того, що ідеальний елемент міститься в самому праві, а не поза ним, що воно є самоцінним і (судячи з контексту висловлювання) не може підганятися під одну універсальну модель[653].

У. Евальд вказує, що порівняльне правознавство, в тому числі у питанні про його генезу, слід сприймати ширше, ніж суто порівняння, у контексті специфічного способу мислення про право, яке передбачає не просто формальне знання іншого права, а його сприйняття як іншого, заснованого на іншому розумінні права, що сформоване історично, належить окремому народу і входить до предмета дослідження[654]. А Р. Сакко вважає, що предметом історії порівняльного правознавства є розвиток певного модусу юридичної ментальності — від «унітарної та універсалістської» — до плюралістичної та обгрунтування правового різноманіття[655]. А. Райлз, серед іншого, вказує на історичний процес «виокремлення порівняльного мислення про право в окрему дисципліну» наприкінці XVIII — на початку XIX ст., а також формування в ньому після Другої світової війни «дискурсу — переконувати аудиторію в єдності та рівності людського виду», що передбачало також розгляд права різних країн як самоцінного та унікального, а не як моделей[656].

На думку Ч. Донахью, застосування порівняльного методу вимагає відкритості порівняльного мислення: «Відкритість до процесу порівняння, готовність припустити, що те, що є на іншому боці порівняння, краще за те, що є на власному боці, чи — якщо не хотіти бути нормативним — відкритість до бачення того, що певні відмінності можуть бути більш позірними, ніж справжніми, а решта відмінностей можуть мати досить розумне пояснення»[657]. Ф. Балаш до предмета історії порівняль-

---

[651] *Del Vecchio G.* Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato… P. 1037–1040.
[652] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 152.
[653] *Pound R.* Comparative Law in Space and Time… P. 70–80.
[654] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?.. P. 2107–2109, 2111.
[655] *Sacco R.* One Hundred Years of Comparative Law… P. 1164–1165, 1167–1168.
[656] *Riles A.* Introduction: The projects of comparison… P. 8–9, 14–15.
[657] *Donahue Ch.* Comparative law before the Code Napoleon… P. 14.

ного правознавства включає насамперед, але не тільки, «історію порівняльно-правового мислення»[658].

П.Дж. Монтатері предметом свого історичного розгляду порівняльного правознавства обрав компаративізм як інструмент визначення і навіть конструювання та утвердження національної та західної правової ідентичності, витіснення «універсалістської теорії природного права як основи раціонального телеологічного дискурсу в праві». При цьому «ідеологія унікальності» національного права просувалася порівняльно-правовими дослідженнями: компаративізм первинно призначався не для долання національного бачення права, а скоріше для творення і підтримки останнього[659].

4. Л.-Ж. Константинеско, серед інших, пропонував *науково-практичний підхід* до визначення предмета історії порівняльного правознавства — як розвитку спеціалізованої «діяльності з метою послідовного зближення правових систем»[660]. М.М. Марченко розглядає історію порівняльного правознавства у Стародавньому світі як еволюцію застосування порівняння при запозиченні правових норм («порівняльно-правовий процес»), а щодо Середньовіччя і Нового часу (до середини XIX ст.) наголошує на значній ролі в еволюції порівняльного правознавства рецепції римського права і на тому, що сама по собі історія рецепції римського права є невід'ємною частиною еволюції порівняльного правознавства[661].

Значною мірою подібним є проектний підхід, запропонований А. Райлз. На думку вченої, предметом історії порівняльного правознавства має бути насамперед «критична історія осіб і проектів», а не «історія прогресу моделей»[662]. А. Райлз відзначає: «Історія модерністського порівняльного права в принципі не є історією порівняння як такого. У цьому сенсі читачі не мають занадто прямо брати до уваги сучасні дебати щодо методології та дисциплінарної ідентичності. Історія порівняльного права є скоріше історією появи та повного вичерпання того, що я зву Проектами… Такий Проект є до певної міри критичним, до певної міри утопічним, і найчастіше спрямованим на творення певної соціальної інституції, і саме ці різні можливі модальності дають цій дисципліні її глибину і текстуру»[663].

На думку А. Райлз, унікальною, порівняно з іншими дисциплінами, які претендують на використання порівняння, особливістю порівняльного правознавства є визначна роль «окремого, дуже явного виду політики — який я визначаю як Проект — що заміняє або підпорядковує теоретичні та політичні питання, які ми звикли пов'язувати із сучасною

[658] *Balazs F.* Paradigms of modern comparative law… P. 2, 4.
[659] *Monateri P.G.* Methods in comparative law. An intellectual overview… C. 31–33, 37.
[660] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 104.
[661] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения… С. 75–79, 90–91, 93, 89–99.
[662] *Riles A.* Introduction: The projects of comparison… P. 4.
[663] Ibid. P. 5–6, 8, 15.

наукою і, ширше, з ситуацією пізнього Модерну»[664]. Як зазначає А. Райлз, відправною точкою для порівняльного правознавства першої половини XX ст. стало усвідомлення того, що воно є лише методом, а не наукою, а також слугує конкретним проектам, вирішенню реальних проблем — і саме в останньому вона бачить унікальність юридичної компаративістики як сфери науково-практичної діяльності[665]. Серед проектів XX ст. (що не мають єдиної ідентичності, не є всеохопними та обгрунтованими), через які порівняльне правознавство «бере участь і навіть відповідальність за світ», автор називає, зокрема: колоніальний (з 1890-х років); модернізацію і реконструкцію; інтернаціоналізацію права; інституційну розбудову[666]. Але насправді дисциплінарне порівняльне правознавство зразка XIX ст. і проектне порівняльне правознавство зразка першої половини XX ст., зазначає А. Райлз, співіснували і одне одного доповнювали, а у другій половині XX ст. порівняльне правознавство знову починає будуватися як дисципліна, а також як світоглядна платформа, прагнучи подолати свою проектність[667].

5. *Інституційний підхід* до предмета історії порівняльного правознавства присутній у працях більшості авторів як субсидіарний. А. Райлз, серед іншого, зазначала необхідність вивчення появи, в результаті дискусії та самоідентифікації, та розвитку спільноти вчених, «інституцій та соціальних практик» для формування «соціальності дисципліни», але стверджувала відсутність таких дискусій у порівняльному правознавстві[668]. М.М. Марченко зазначає наявність ще у Середньовіччі порівняльно-правових «інститутів та установ». Водночас він виокремлює сучасну епоху в еволюції порівняльного правознавства, починаючи з другої половини XIX — початку XX ст., коли його ідеї стали поширеними і реалізовувалися на практиці, його розвиток вже не був стихійним, а став «цілком усвідомленим і цілеспрямованим процесом», воно стало інституціоналізованим[669]. Ф. Балаш до предмета історії порівняльного правознавства, серед іншого, включає інституціоналізацію порівняльного правознавства та внутрішню трансформацію наукового співтовариства компаративістів[670].

6. *Розвиток порівняльно-правових досліджень* визначений предметом історичного дослідження у праці А.Х. Саїдова. Зокрема, це вивчення аспектів юридичної науки, які становлять специфічну сферу порівняльного правознавства: порівняльно-правових досліджень, «закономірностей руху компаративістських правових концепцій та вчень» та

[664] Ibid. P. 8.
[665] Ibid. P. 11.
[666] Ibid. P. 11–14.
[667] Ibid. P. 13–14, 18.
[668] Ibid. P. 6, 8.
[669] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения... С. 63, 66–67, 75–79, 90–91, 93, 89–99.
[670] *Balazs F.* Paradigms of modern comparative law... P. 2, 4.

«всієї їх історичної конкретики». У цьому контексті, зазначав автор, дослідження розвитку порівняльного правознавства має однаковою мірою і загальнотеоретичний, і конкретно-історичний характер[671]. Також предмет дослідження дисертації А.Х. Саїдова може бути охарактеризований через дослідницькі завдання: вивчення теоретико-методологічних настанов західної компаративістики; оцінка історичної еволюції західної компаративістики, основних тенденцій її розвитку та ролі в юридичній науці; визначення основних напрямів компаративістики, відокремлення від них несуттєвих; оцінка ідеологічної ролі та практико-прикладного значення провідних напрямів; розгляд учення про правові сім'ї та спроби компаративістів створити правову карту світу[672].

На думку А. Саїдова, поняття, предмет, мета та функції порівняльного правознавства можна визначити лише з урахуванням його історичного шляху, виникнення та основних етапів розвитку. При цьому поняття, доки вони зберігають своє значення, виступають щодо сучасності «насамперед як історичний кістяк її понять і доктрин, її структури й мови. Попередньо пройшовши крізь відповідні пізнавальні та соціальні фільтри, вони природно входять у матерію сучасної західної компаративістики. В даному контексті цілком правомірно говорити про те, що історія буржуазного порівняльного правознавства є тією ж актуальною нині правовою теорією, але взятою з точки зору її генезису і розвитку»[673]. А.Х. Саїдов також стверджує, що в структурі порівняльного правознавства його історія частково залишається у вигляді концептуально-понятійного ядра, входить до кола його вічних проблем і відповідної йому відносно стабільної наукової мови, забезпечує «стійкість, тяглість і стабільність його понятєво-категоріального апарату»[674].

На думку О.Д. Тихомирова, до кінця XIX ст. відбувалося накопичення обсягу порівняльно-правових досліджень, «в умовах зародження й становлення науки в класичному її розумінні як об'єктивних та істинних наукових знань» відбувалося конституювання цих досліджень, відокремлення наукового порівняльно-правового знання від донаукового і позанаукового. І саме зростання обсягу досліджень на межі XIX–XX ст. зумовило необхідність їх систематизації та упорядкування «у властивій тому часу формі — наукової дисципліни порівняльного правознавства[675]. Також Р. Скарцигліа предметом свого дослідження називає реконструкцію історичної еволюції правового порівняння[676].

7. *Розвиток теоретичних та філософських засад порівняльно-правових досліджень* був визначений як предмет ще у середині XIX ст.

---

[671] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 9.
[672] Там само. С. 10.
[673] Там само. С. 19–20, 282–283.
[674] Там само. С. 284.
[675] *Тихомиров О.Д.* Історичний та географічний плюралізм розвитку порівняльного правознавства… С. 16–17.
[676] *Scarciglia R.* A brief history of legal comparison… P. 307.

Е. Амарі — еволюція ідей порівняння законодавста в їх прогресивному розвитку, «філософська історія науки порівняльних законодавств»[677]. Нині М.М. Марченко зазначає, що «історія розвитку порівняльного правознавства виступає насамперед як історія розвитку порівняльно-правових ідей, що продукуються здебільшого окремими індивідумами чи їх групами». Предметом свого розгляду автор обрав «шляхи становлення і розвитку ідей порівняльного правознавства, починаючи із Стародавнього світу аж до наших днів». Учений вважає, що порівняльно-правові ідеї виникли і розвивалися у тісному зв'язку з політичними, національними, расовими, економічними та іншими ідеями — на національному та міжнародному рівні[678].

Модифікацією такого погляду, хоча і з дисциплінарним наголосом, є парадигмальний підхід. Зокрема, Р. Хайленд вважає, що розвиток порівняльного правознавства являє собою зміну кількох парадигм — універсалістської, функціоналістської, теорії відмінностей[679]. А. Райлз, яка вважає, що порівняльне правознавство історично можна розглядати як наукову дисципліну протягом XIX ст., вказує, що тоді воно розвивалося у межах еволюційної парадигми, яка походила з біологічних наук, і саме завдяки їй могло розумітися як наука, що, зокрема, пояснювала розвиток права; але у XX ст. воно перестало бути біологічним, вийшло з класичної раціональності, стало поступово соціальним, і у зв'язку з цим втратило дисциплінарність; лише протягом останніх десятиліть остання відновлюється[680].

Ф. Балаш прагнув прикласти до свого предмета філософію науки Т. Куна, а саме теорію парадигм, яку вже застосовували раніше до вивчення історії окремих наук. Підхід Т. Куна, на думку автора, може сприяти осмисленню не лише історії певної галузі науки, а й її фундаментальних теоретичних проблем (що таке наука, чи є порівняльне правознавство справжньою наукою, якими є цілі порівняльного правознавства та ін.)[681].

На думку Ф. Балаша, підхід Т. Куна має бути адаптований відповідно до сутнісних відмінностей суспільних наук, зокрема, наявності в останніх завжди більш як однієї наукової інтерпретації. Зважаючи на це, неможливо виокремити «успішні парадигми» порівняльного правознавства так точно у часі, як у сфері природничих наук, слід визнати можливість паралельного існування різних парадигм, кожна з яких може стати надійною основою для наукового співтовариства. Тому автор пропонував пом'якшити концепти Т. Куна щодо аномалії, кризи та зміни парадигм у науці: «аномалію слід сприймати як якісно нову про-

[677] *Amari E.* Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate… P. 477–478, 485, 491.
[678] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения… С. 61–62, 66, 69.
[679] *Hyland R.* Comparative law… P. 185–190, 193–197.
[680] *Riles A.* Introduction: The projects of comparison… P. 9–10, 18.
[681] *Balazs F.* Paradigms of modern comparative law... P. 2, 5.

блему, що здатна кинути виклик структурним принципам певної парадигми та спричинити певну напругу»; кризу — як «суму питань, піднятих різними аномаліями, що не мають прямих відповідей у рамках певної парадигми»; зміну парадигм — як «характерну зміну в структурних засадах парадигми в світі суспільних наук, що відбувається поступово від ранішого набору тез до нового набору дослідницьких презумпцій». При цьому, підкреслює Ф. Балаш, у суспільних науках, у тому числі у порівняльному правознавстві, старіша парадигма не зникає і не маргіналізується з появою нової, різні парадигми існують паралельно, але серед них є одна домінуюча, а інші мають обмежений вплив[682].

Водночас Ф. Балаш вважає повністю відповідною особливостям суспільних наук тезу Т. Куна щодо до-парадигмального періоду розвитку наукового мислення. Цей період, на думку автора, охоплює «різноспрямовані та концептуально не-гомогенні» праці так званих «попередників» порівняльного правознавства, характеризується «відсутністю узгоджених теоретичних засад та змаганням різних теоретичних концепцій», зникає з появою першої парадигми через «уніфікацію засад, які поділяє ціле наукове співтовариство», що принципово змінюють історію цієї наукової дисципліни[683].

Учений відкидає соціальний детермінізм у розвитку науки, в тому числі порівняльного правознавства, стверджує, що соціальний контекст може впливати на дисципліну в момент зміни парадигм, але протягом розвитку парадигми домінують внутрішньонаукові чинники. Він пропонує розглядати історію порівняльно-правового мислення як послідовність успішних парадигм, кожна з яких має три періоди розвитку: нормальна наука; криза, що акумулює аномалії як наслідок нових проблем протягом розвитку парадигми; зміна парадигм. Водночас він стверджує ціннісний детермінізм: кожній парадигмі відповідають не лише її структурні принципи, а й певний комплекс цінностей[684].

Ф. Балаш виокремлює три історичні парадигми порівняльно-правового мислення: 1) «фундаментально теоретично орієнтовану історико-еволюціоністську парадигму, спрямовану на знання та аналіз законів правового розвитку» (друга половина XIX ст.); 2) «парадигму порівняльного права, сутнісною метою якої були розвиток національних правових систем та уніфікація права» (перша половина XX ст.); 3) сучасну, «із спеціальним інтересом до класифікації правових систем та соціологічно орієнтованого, функціоналістського дослідження правових інститутів» (починаючи з другої половини XX ст.). Ці парадигми він вважає «міжнародними моделями», які можна прикласти до історії національного (зокрема, угорського) порівняльного правознавства[685].

[682] Ibid. P. 5–6.
[683] Ibidem.
[684] Ibid. P. 7.
[685] Ibid. P. 5. P. 4–5, 8–9.

На думку М.В. Немитіної, порівняльне правознавство стає сферою наукових юридичних знань, пов'язаною з аналізом та узагальненням «наявного в різних правових системах досвіду інституційного правового розвитку» в міру накопичення обсягу цих знань та вдосконалення методів їх отримання і застосування. А порівняльно-правові дослідження є «видом діяльності, заснованої на володінні певною сукупністю наукових підходів і методів і спрямованою на отримання компаративістських знань в юриспруденції»; їх методологія є частиною порівняльного правознавства. Коли наукове співтовариство домовляється про застосування певних методологічних підходів у дослідженнях, з'являється перша (а згодом — наступні) парадигма порівняльного правознавства[686].

О.В. Ткаченко предметом дослідження обрав еволюцію епістемологічних моделей правового порівняння як «конструкції європейської раціональності», «послідовної зміни епістемологічних моделей в межах єдиної пірамідальної конструкції порівняння». При цьому еволюція порівняння полягає у зміні аксіом, що входять до порівняння як «третій елемент порівняльного висловлювання», *tertium comparationis*[687]. При цьому математизованими, на думку О.В. Ткаченка, є як пошук загального в праві (парадигми природного права, функціоналізму, зближення позитивного права), так і пошук сингулярного. Пошук сингулярного в праві О.В. Ткаченко вважає сучасним явищем, характерним для останніх кількох десятиліть[688]. А.М. Михайлов також розглядає предмет історії порівняльного правознавства через опозицію ідей універсальності та національності в праві: обидві ідеї можуть стати засадами порівняльного правознавства, але між собою вони несумісні[689].

Отже, на основі наявної наукової літератури ми виокремили сім основних підходів до визначення предмета історії порівняльно-правових досліджень. При цьому в авторів усіх відповідних праць ці підходи в різних конфігураціях між собою поєднуються. Найбільш розробленими серед них є проектний (у межах науково-практичного), що є похідним від концепцій І. Лакатоса, та парадигмальний (у межах вивчення теоретичних і філософських засад порівняльного правознавства), похідний від концепцій Т. Куна. Але у дослідженнях безумовно домінує дисциплінарно-інституційний підхід, що значною мірою пояснюється функцією більшості з них як вступу до вивчення порівняльного правознавства. Ця комбінація є кумулятивною, переважно ігнорує принцип історизму та не може відобразити всю багатоманітність розвитку теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, особливо протягом обраного нами періоду — другої половини XVIII — першої третини

[686] *Немытина М.В.* Пространство сравнительно-правовых исследований… С. 19–20.
[687] *Ткаченко О.В.* Правове порівняння: ретроспектива епістемологічних моделей… С. 53–54.
[688] Там само. С. 54, 61–63.
[689] *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика ввоззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 151–165.

XIX ст. (вибір цього періоду буде обгрунтовано нижче). Вважаємо, що цей предмет не був комплексно обгрунтований у дослідженнях інших авторів, а тому звертаємося до принципів та елементів цього предмета, сформульованих у межах різних комплексів знань.

Предмет нашого дослідження має визначатися, зокрема, виходячи *з позицій порівняльного правознавства* — через його теоретичні засади. Сучасні вчені відносять до теоретичних засад порівняльного правознавства питання його поняття, природи, об'єкта (об'єктів), предмета, структури, функцій, місця в системі юридичних наук, а також підходи до класифікації і типології правових систем світу та їх взаємодії[690]. М.М. Марченко до основного змісту сучасного порівняльного правознавства відносить, зокрема: ідеї та принципи, внутрішню структуру, «характер відносин із зовнішнім світом»[691]. О.Ф. Скакун охоплює ці питання поняттям метатеорії порівняльного правознавства — «рівня наукового дослідження, на якому відбувається самопізнання науки»[692].

А М.А. Дамірлі включає теоретичні засади до «порівняльно-правової наукової дисципліни — порівняльно-правової теорії», що є вихідним рівнем теоретичного пізнання правової реальності, вище якого за узагальненням — аналітична і синтетична теорії, а також до теорії порівняльного правознавства. Предметом порівняльно-правової теорії є «співвіднесене вивчення правових систем в цілому, орієнтоване на отримання узагальнень у вигляді типологій, класифікацій, моделей та встановлення міжсистемних правових взаємодій, взаємовпливів на основі виявлення та аналізу подібностей і відмінностей (загального, особливого та одиничного) за допомогою систематичного застосування порівняльно-правової методології». Теорія ж порівняльного правознавства, на думку М.А. Дамірлі, охоплює «розробку наукознавчих теоретико-методологічних проблем порівняльно-правової науки»[693].

При цьому слід зважати і на *наукознавче розуміння* теорії та теоретичних засад наукових досліджень. Зазначимо, що, на думку

---

[690] *Порівняльне* правознавство: Підручник / За заг. ред. О.В. Петришина. Харків: Право, 2012. С. 10–61; *Бехруз Х.* Порівняльне правознавство: Підручник. Одеса: Фенікс, 2009. С. 5–43, 90–132; *Харитонова О.І., Харитонов Є.О.* Порівняльне право Європи. Основи порівняльного правознавства: Європейські традиції. Вид. 2-е, доп. Харків: Одіссей, 2006. С. 5–75; *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. С. 7–45, 99–117; *Скакун О.Ф.* Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира: Учеб. для студ. вузов. Киев: Ін Юре, 2008. С. 12–30, 43–71; *Порівняльне* правознавство (теоретико-правове дослідження)…; *Егоров А.В.* Теоретико-методологические основания сравнительного правоведения… С. 30–134.

[691] *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения… С. 104–105.

[692] *Скакун О.Ф.* Метатеория общего сравнительного правоведения как научной и учебной дисциплины // Порівняльне правознавство: досвід і проблеми викладання: Зб. наук. праць / За ред. Ю.С. Шемшученка, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін. Київ: ВДК Університету «Україна», 2011. С. 23; *Скакун О.Ф.* Метатеоретичні питання загального порівняльного правознавства як галузі юридичної науки // Порівняльне правознавство. 2012. № 3–4. С. 409.

[693] *Дамирли М.А.* Сравнительное правоведение: Ч. 1… С. 122–125.

М.Ф. Овчиннікова, наукова теорія «історично народжується в середивищі первинного інтелектуального бродіння» і стає «організованим знанням, у якому рух думки всередині теорії реалізується без прямого звернення до досвіду», а згодом трансформується, стає другорядною чи занепадає[694]. За умов її занепаду «інтелектуальний домен» (у теорії Д. Шейпіра), тобто сфера актуального інтелектуального пошуку, може залишитися незмінним, але на ньому зросте інший науковий теоретичний проект. Вихідні засади теорії, її принципи закладають програму її розвитку, можуть репродукуватися чи змінюватися у генетично спадкоємних від неї теоріях; висока теоретизація може вести до творення розвинутих систем наукового знання. Цікавою і важливою для розуміння теоретичних засад наук вважаємо також таку тезу М.Ф. Овчиннікова: до принципових теоретичних засад кожної науки належать її специфічні заборони, що визначають її змістовність і достовірність, а також значною мірою диференціюють її від інших наук[695]. В.П. Філатов, на основі ідей І. Лакатоса і Т. Куна, фактично визначає теоретичні засади окремої науки як фундаментальні універсальні теорії, що перебувають на верхньому рівні теоретичного комплексу — «групової форми організації теоретичного знання, що виходить за межі однієї теорії», «складного багаторівневого утворення, що об'єднує в собі у достатньо цілісну систему теорій різного рівня і ступеня загальності»[696].

Але наше дослідження за своїм характером є історико-теоретичним, а тому його предмет охоплює свою теоретичну складову в її історичному розвитку. Отже, другою складовою предмета є історична, що є, зокрема, похідною *від предмета історії політичних і правових учень*. На думку Д.І. Луковської, до останнього входить дослідження закономірностей виникнення, функціонування та розвитку політичних і правових учень, внутрішньої структури та специфічних джерел розвитку політико-правового знання, проблемного змісту ідейно-теоретичних систем[697].

В.С. Нерсесянц зазначав, що специфічним предметом історії політичних і правових учень є «історія виникнення і розвитку теоретичних знань про державу, право, політику та законодавство, історія політичних і правових теорій». Під вченнями при цьому маються на увазі «різні форми теоретичного вираження і фіксації знання, що історично виникає і розвивається, ті теоретичні концепції, ідеї, положення та конструкції, в яких знаходить своє концентроване логіко-понятійне вираження історичний процес поглиблення пізнання політичних і правових явищ», «теоретично

---

[694] *Овчинников Н.Ф.* Методологические принципы в истории научной мысли. Изд. 2-е. Москва: Эдиториал УРСС, 2003. С. 25.
[695] Там само. С. 5, 24–26.
[696] *Филатов В.П.* Теоретические комплексы и сети теорий // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 970.
[697] *Луковская Д.И.* Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений… С. 13.

оформлені комплекси знань»[698]. Під теоретичними знаннями про право маються на увазі теоретичні концепції природи, поняття, сутності, цінності, функції і ролі права — те, що належить здебільшого до сфер загальної теорії права чи філософії права, але також до інших юридичних дисциплін — але до предмета тут входить не просто їх сукупність, а саме історичний розвиток[699]. При цьому поза предметом залишаються «різні фрагментарні, не розвинуті до рівня самостійної й оригінальної теорії висловлювання та судження», форми дотеоретичних і не-теоретичних свідомості та пізнання — але вони важливі як контекст розуміння «реальної і конкретної ситуації формування і функціонування відповідних теорій». Як відзначав В.С. Нерсесянц, на відміну від історико-правових наук до предмета історії політичних і правових учень входять «не самі політико-правові установи та інститути, які історично виникають і розвиваються, а відповідні форми їх теоретичного пізнання»[700].

До предмета історії політичних і правових учень Т.Г. Андрусяк відносить, зокрема, виникнення та розвиток учень і теорій про право, його сутність і призначення, окремі державно-правові інститути[701]. О.Ф. Скакун визначила предмет історії правових вчень як «систему ретроспективних теорій, концепцій, ідей про право (в тому числі державне право), законодавство, правореалізацію в закономірному накопиченні та розвитку», «історичний процес накопичення знань про право різних держав світу, яке відбиває своєрідність правової культури і менталітету їхніх народів і світогляд кожної епохи». На її думку, «саме теоретико-правові категорії, досліджувані в зв'язку з носіями (суб'єктами) їхньої розробки й історичними умовами їхнього виникнення і збагачення, створюють усталеність даної науки» — «у цьому плані історія правових вчень є нібито історичною частиною теорії права»[702]. Дж.М. Келлі вказував на невирішеність питання про предмет історії правової думки в науковій літературі, домінування в ній розгляду історії сучасної теорії права та визначав цей предмет як «історію провідних тем теорії права»[703]. М.В. Костицький предмет історії політичних і правових учень визначає як «закономірності виникнення і розвитку вчень, поглядів і уявлень про існуючі та бажані державу і право»[704].

---

[698] *История* политических и правовых учений… С. 4.
[699] Там само. С. 5, 7.
[700] Там само. С. 3–4, 6–7. Див. також: *Крестовская Н.Н., Цвиркун А.Ф.* История учений о государстве и праве: Курс лекций. Харьков: Одиссей, 2007. С. 3–4.
[701] *Андрусяк Т.Г.* Історія політичних та правових вчень. Лекції. Ч. 1. Львів, 1997. С. 5. Цит. за: *Скакун О.Ф.* Історія правових вчень: процес становлення та предмет вивчення… С. 139.
[702] *Скакун О.Ф.* Історія правових вчень: процес становлення та предмет вивчення… С. 139, 142.
[703] *Kelly J.M.* A short history of Western legal theory. Oxford: Clarendon Press, 2003. P. XI.
[704] *Костицкий М.В.* Объект и предмет историко-правового познания // Костицький М.В. Філософські та психологічні проблеми юриспруденції: Вибр. наук. пр. / Передм. І.А. Тимченка; відп. ред. Н.В. Кушакова-Костицька. Чернівці: Рута, 2009. С. 83–84.

Водночас історія політичних і правових учень розглядає історичні концептуалізації права, але недостатньою мірою враховує особливості розвитку юридичних наук — їх пізнавальної діяльності, структури, організації знань в їх межах та ін., а також поширеності, домінування та наслідування певних теоретичних і методологічних моделей. Зв'язок історії політичних та правових учень з історією юридичних наук очевидний, водночас вони не тотожні, але співвідношення між ними — питання досить суперечливе. Його можна з певною мірою умовності розглядати у контексті опозиції між домінуванням, з одного боку, індивідуального і суб'єктивного, людиновимірного знання (ідей), а з іншого — об'єктивного загального складу знання, що не залежить від одного індивіда, але є результатом конвенції індивідів на основі певних теоретичних засад (теорії)[705].

Важливим є визначення *предмета історії наук*. Наприклад, П. Фейєрабенд і М.Ф. Овчинніков до предмета історії науки включали теоретичне знання, що існує (з властивими для свого часу формами і внутрішньою структурою) і вважається достовірним (на основі критеріїв достовірності знання свого часу) в конкретний момент та одержує свій зміст через його історичне дослідження[706]. І. Лакатос предметом історії певної науки вважав еволюцію відповідної їй дослідницької програми, що має початок у певних абстрактних твердженнях і розвивається як безперервна історична послідовність теорій[707]. Т. Кун до предмета історії науки відносив розвиток і зміну домінуючих парадигм — «дисциплінарних матриць», «зразків раціональної діяльності вченого, що прийнятий і безумовно підтримується науковим співтовариством; у зв'язку з цими зразками формулюються і вирішуються концептуальні, інструментальні та математичні завдання»; до складу парадигми, серед іншого, входять закони фундаментальних теорій[708].

В.Н. Порус виокремлює взаємопов'язані внутрішню і зовнішню історію науки. Предметом внутрішньої історії науки — як особливого виду інтелектуально-пізнавальної діяльності — є «послідовна зміна наукових ідей, методів, теорій, що має певну спрямованість та логіку». Предметом зовнішньої історії науки як соціального феномена є «історія наукових інститутів, колективів та співтовариств, біографії вчених, описи і пояснення їх дій у зв'язку з соціокультурними процесами, економікою, політикою, державною владою та іншими «зовнішніми» щодо змісту наукових ідей та методів чинниками»[709].

---

[705] Наша рефлексія на основі ідей М.Ф. Овчиннікова. Див.: *Овчинников Н.Ф.* Методологические принципы в истории научной мысли… С. 21–23.
[706] Там само. С. 6.
[707] Там само. С. 17–18.
[708] *Порус В.Н.* Парадигма // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 684.
[709] *Порус В.Н.* История науки «внутренняя» и «внешняя»… С. 341–342.

Р. Сміт *предметом історії гуманітарних наук* вважає історію трансформації донаукового знання про людину в сучасні гуманітарні науки, починаючи з виникнення передумов цього процесу в добу Відродження і включно з розвитком академічних дисциплін починаючи з кінця XVIII ст. Ф.М. Кирилюк визначає предмет історії політології як «історію виникнення, становлення і розвитку теоретично оформлених знань про світ політичного, закономірностей їх розвитку та практичного закріплення в суспільному житті людства»[710].

Дослідники відзначають, що історія юридичної науки як самостійна наукова дисципліна перебуває лише на етапі свого становлення[711]. *Предметом історії юридичної науки* автори сучасного підручника вважають процеси виникнення, становлення і розвитку юридичної науки як систем наукових знань (вчень, шкіл, течій та напрямів), а також юридичної практики, професії та юридичної освіти, що розглядаються в конкретно-юридичному контексті[712]. При цьому на відміну від історії політичних і правових учень історія юридичної науки концентрується саме на правових знаннях (а також їх організації, відтворенні, застосуванні), етапах їх розвитку та спадкоємності, рівнях наукової юридичної методології в конкретні історичні періоди (у контексті впливу загальної методології науки); теорія юридичної науки на певному етапі її розвитку розглядається як методологія для наступних етапів[713]. А М.А. Дамірлі вважає, що предмет історії правової думки входить як складова до предмета історії юридичної науки[714].

Ще одна складність при визначенні предмета нашого дослідження полягає в тому, що предмет історії наук, у тому числі юридичних, має виражений телеологічний, не-історичний характер. Зокрема, Р. Сміт зазначає, що «коли сучасні вчені пишуть історію, вони природним шляхом схильні писати історію своєї сфери інтересів, своєї галузі, як ніби сучасні спеціальності були природними сутностями, які завжди представлені (принаймні, потенційно) в соціальному житті»[715]. Історії багатьох наук пишуть із Стародавнього часу і до сьогодення, хоча автори різних століть зовсім не мали на увазі номенклатуру сучасних наук;

---

[710] *Кирилюк Ф.М.* Історія політології: Підручник для вищих навчальних закладів. Київ: Знання України, 2002. С. 16.

[711] *Кожевина М.А.* Становление и развитие отечественной юридической науки в XVIII–XIX вв. Омск: Омская академия МВД России, 2013. С. 13; *Зипунникова Н.Н.* История российской юридической науки как самостоятельная научная дисциплина (или несколько суждений в связи с монографией М. А. Кожевиной «Становление и развитие отечественной юридической науки в XVIII–XIX вв.») // Genesis: исторические исследования. 2015. № 2. С. 205–222.

[712] *Аверин М.Б., Никитин П.В., Федорченко А.А.* История и методология юридической науки. Курс лекций [Електронний ресурс] // Сайт Російської правової академії. Режим доступу: http://distance.rpa-mu.ru/files/mg/imun/author.html

[713] Там само.

[714] *Дамірлі М.* Предметна специфіка історії правової думки та її співвідношення із суміжними галузями знання… С. 7.

[715] *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 13.

«сучасні наукові дисципліни є саме сучасними». Тому, простежуючи історію сучасного суспільствознавства, «слід знайти спосіб викладу, що виходить за рамки сучасних дисциплінарних меж», описувати і пояснювати, «як створювалися дисципліни і підрозділи знання, відомі нам сьогодні», не розглядати сучасний дисциплінарний поділ як невідворотний і фінальний, а як один з можливих та історичний — предметом при цьому є *розвиток наукового знання*, становлення «основних компонентів суспільних наук»[716].

Р. Бод попри розгляд гуманітарних наук починаючи з Античності, фактично наголосив на таких елементах розуміння їх еволюції, як поява тем, що надалі стають наскрізними, а також на наслідуванні певних спільних ознак (результатів) та моделей за допомогою методичних принципів і при цьому умовності не-історичної інтерпретації проявів інтелектуального життя минулого з позиції пізнішої дисциплінарної структури. При цьому під моделями автор має на увазі сукупність усього того, що «зосереджено між неточними регулярностями і точними законами», формується на основі емпіричних досліджень, але не є «одноразовими, випадковими відкриттями»[717]. Проти не-історичності розуміння еволюції наукової думки ще раніше виступав П. Фейєрабенд із своєю відомою тезою «допустимо все» — ідеєю неминущості й плюралізму наукових моделей минулого[718].

Узагальнивши все викладене, вважаємо за можливе визначити *предмет нашого дослідження* як формування та внутрішню історію теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. — як (1) сфери інтелектуального пошуку і водночас комплексу теорій, концепцій та понять щодо природи порівняльно-правового знання, його предмета, об'єктів, цілей, дисциплінарної організації, місця в дисциплінарній структурі юридичних знань, що (2) одночасно відображають особливі світоглядні настанови, результати емпіричного порівняльного пізнання та загальний теоретичний розвиток юридичних наук у певних історичних, географічних, культурних, групових та інших межах, але (3) виокремлені у відносне ціле в результаті узагальнення та теоретизування і мають значення узгодженого у цих межах фундаментального знання, що сприймається як достовірна і об'єктивна основа розвитку наукових і науково-практичних програм, формулювання загальних і спеціальних теорій нижчого рівня.

Предмет нашого дослідження має *хронологічні та географічні обмеження*. Як підкреслював А.Х. Саїдов, слід враховувати, що певне поняття, в тому числі порівняльне правознавство, отримує своє первинне

[716] Там само. С. 13–15.
[717] *Бод Р.* Забуті науки. Історія гуманітарних наук / Пер. з нід. Я. Довгополого. Київ: Вид-во Жупанського, 2016. С. 14–17, 19.
[718] *Овчинников Н.Ф.* Методологические принципы в истории научной мысли… С. 4–6.

семантичне значення у певний час (до певної міри відокремлюючись від своїх історичних коренів) і може його втратити чи трансформувати в інший, а тому є історичним, не вічним, і історичний екскурс щодо нього повинен мати обмежений характер: не все, що «з'явилося протягом давно минулих століть при співставленні окремих юридичних інститутів чи цілих правових систем», є порівняльним правознавством[719].

Вибір та обгрунтування хронологічних меж дослідження для нас стали складним завданням, про що вже згадувалось у передмові до монографії. Ці межі ми визначили на основі застосування підходів, запропонованих у історіографії порівняльного правознавства, до узагальненого змісту принципово розширеного кола джерел. На основі цього ми можемо стверджувати, і це розглядається у наступних розділах монографії, що *передумови* становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень сформувалися протягом XVI–XVIII ст. Зокрема, це час важливих змін у зовнішніх домінантах розвитку правової думки: осмислення і соціалізації гуманістичної думки, географічних відкриттів, великих реформаційних рухів, наукової революції, суттєвих соціально-економічних змін у Західній і Центральній Європі. Так само, в тому числі у зв'язку із зовнішніми домінантами, відбулися суттєві зрушення у філософсько-світоглядній сфері: у зв'язку з Реформацією та міжнародним визнанням розколу католицької церкви було заперечено універсальність канонічного права; це разом з ученням про соціальність, національність права, усвідомленням результатів географічних відкриттів поставило під сумнів універсальність римського та будь-якого іншого права. Все це було передумовою появи і містило в собі зародки плюралістичного і релятивістського правового світогляду.

Саме ж *становлення* теоретичних засад порівняльно-правових досліджень відбулося у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. Зовнішніми домінантами тут виступили Французька та Американська революції, становлення системи формально рівних національних держав, індустріалізація, принципова зміна соціально-економічних відносин у низці європейських країн. У цей час, в тому числі під впливом зовнішніх домінант, завершується формування порівняльного мислення в праві: остаточно усвідомлюється не-універсальність римського права, принаймні нормативна, завершується і етатизується концепція національного права; долається модель метафізичного, раціоналістського, спекулятивного мислення в праві, формується позитивістське праворозуміння, заперечується юридичний характер природного права; завершується становлення плюралістичного і релятивістського бачення сфери права, що втілюється у вченні про неуникненність відмінностей між правопорядками, їх рівність як вираження колективного досвіду народів та ін.

[719] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 20, 22.

Принципово важливі зрушення відбуваються у розвитку теорії та методології порівняльно-правових досліджень: у контексті загального становлення юридичної науки, поширення принципу історизму в наукових дослідженнях, запозичення порівняльної методології та принципів організації порівняльного знання з інших наук відбувається формування порівняльного підходу до пізнання правових явищ (порівняльне пізнання відокремлюється від апріорної спекуляції, місце простих спостережень та правокраїнознавчої інформації посідають індукційні узагальнення, право різних країн починає вивчатися за певними принципами і критеріями); формується ідентичність порівняльно-правових досліджень — через самоусвідомлення порівняльної методології, порівняльно-правового знання, варіанти їх дисциплінарного оформлення (порівняльне правознавство, порівняльна історія права, галузеві порівняльно-правові дисципліни). Так само у цей час відбувається інституціоналізація порівняльно-правових досліджень: дослідження з ізольованих і принагідних стають масовими, системними, продовжуваними і пов'язаними між собою; формуються наукові школи з чітко визначеними порівняльно-правовими засадами, між ними відбувається дискусія, їх позиції корелюються; з'являються спеціалізовані журнали з чітко визначеними науковими програмами, кафедри з номенклатурою порівняльно-правових дисциплін, центр зарубіжного законодавства та ін.

Залучене нами до дослідження, в тому чилі вперше, широке коло наукових праць та документальних джерел дає підстави, і це буде розкрито в наступних розділах, стверджувати, що становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII — початку XIX ст. відповідає всім підходам і критеріям науковців, що застосовувалися, переважно в річищі вивчення історії порівняльного правознавства, до цього або, здебільшого, до хронологічно більш пізніх періодів. Є винятки — деякі дослідники вказують на такі критерії визначення часу формування теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, здебільшого у зв'язку з їх дисциплінарним становленням: їх остаточне відокремлення від вивчення зарубіжного права, їх визнання, формування їх окремої практичної функції, окремої порівняльно-правової професійної діяльності. Ми не вважаємо ці критерії відповідними предмету: порівняльно-правові дослідження ніколи не були, не є і не можуть бути повністю відокремлені від вивчення зарубіжного права без втрати своєї ідентичності; єдине авторитетне визнання окремих юридичних дисциплін, засноване на суто наукових критеріях, відбулося в діяльності ЮНЕСКО в середині XX ст.; наявність спеціалізованої професійної діяльності, окрім науково-дослідної та викладацької, не є критерієм оцінки рівня розвитку наукових досліджень.

Верхньою хронологічною межею дослідження ми обрали 30-і роки XIX ст., кінець його першої третини. У багатотомному «Словнику укра-

їнської мови» слово «становлення» тлумачиться як «філософська категорія, що відображає процес діалектичного переходу від одного ступеня розвитку до іншого як момент взаємоперетворення протилежних і разом з тим взаємопов'язаних моментів розвитку — виникнення й зникнення; процес виникнення, утворення чого-небудь у сукупності характерних ознак і форм; формування когось, чогось у процесі розвитку»[720]. Ми дотримуватимемося цього визначення — на противагу поширеному в юридичній літературі розгляду становлення як безперервного процесу розвитку певного явища, що розпочинається з його генези і триває до його зникнення. Як ми показали вище і доводимо в усіх наступних розділах монографії, є всі підстави стверджувати, що теоретичні засади порівняльно-правових досліджень були сформовані протягом періоду, який тут вивчається. Його завершення і початок наступного періоду пов'язані з: 1) смертю низки засновників і лідерів основних наукових шкіл — історичної та історико-філософської, кризою цих шкіл, розщепленням і трансформацією їх програм; 2) зародженням і швидким поширенням нових шкіл, і насамперед юридичного позитивізму; 3) суттєвою зміною ареалу розвитку порівняльно-правових досліджень та дисциплін — їх поширенням за межі країн Західної та Центральної Європи; 4) соціальною кризою (появою «робітничого питання»), осмислення якої піддало сумніву самодостатність концепції національного права — як однієї з ключових для тогочасних порівняльно-правових досліджень. Але, наголосимо, основним у питанні щодо верхньої хронологічної межі нашого дослідження виступає принцип розумної достатньості — обраний період дає змогу комплексно розглянути обраний нами предмет.

Географічно наше дослідження охоплює розвиток порівняльно-правових досліджень у Західній та Центральній Європі. Насамперед це Священна Римська імперія німецької нації та держави, що стали незалежними після її розпаду, а також безпосередньо пов'язані з нею академічною традицією та поширенням засобів наукової комунікації Франція, Швейцарія, Данія, Велика Британія, території колишньої Речі Посполитої. Те, що культурний, інтелектуальний, науковий розвиток країн Західної і Центральної Європи становить певний історичний комплекс, як і спільні особливості розвитку права у цьому регіоні протягом обраного нами періоду, ніколи не піддавалося сумніву і не вимагає, на нашу думку, додаткового обгрунтування. Порівняння розвитку теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у цьому регіоні з іншими регіонами світу може стати перспективним напрямом подальшої наукової розробки.

[720] *Становлення* // Словник української мови: в 11 т. Т. 9. Київ: Наукова думка, 1978. С. 649.

3.3. Методологія аналізу теоретичних засад порівняльно-правових досліджень

Об'єкт нашого дослідження і виокремлений нами предмет перебувають у межах об'єктів порівняльного правознавства, історії політичних і правових учень, історії юридичної науки, а також значною мірою теорії та історії держави і права. Його світоглядною засадою (філософсько-світоглядним підходом[721] або світоглядною теоретико-пізнавальною парадигмою[722]) виступає ***соціологічний різновид позитивістського праворозуміння*** — без його абсолютизації, але з виключенням із системи методів пізнання будь-яких метафізичних пізнавальних засобів, що надає нашій методології виразно діалектичної сутності та переважно дескриптивного, індуктивного характеру[723]. Це є вищим рівнем методології нашого дослідження, що визначає «головні напрями та загальні принципи пізнання в цілому» і співвідноситься із загальним у пізнавальному процесі[724].

Як зазначає О.В. Петришин, соціальність є фундаментальною світоглядною проблемою кожної науки про суспільство і передбачає неминучість соціологічного бачення правових явищ; «відрив юридичної форми від соціального змісту означав би створення особливого світу, який би за своєю «віртуальною» природою є малопридатним до випробування реальністю»[725]. Правознавство за своєю сутністю не тотожне законознавству, воно є «наукою про місце та роль права у життєдіяльності суспільства та держави»[726]. Це передбачає розуміння права як «соціального явища, що виникає за умов специфічного способу соціальної регуляції», передбачає соціалізацію права та юридичних знань, «розгляд правової проблематики у більш широкому контексті — суспільства в цілому, а не лише його політичної організації»[727]. О.В. Петришин наголошує на необхідності усвідомлення «соціального призначення правових норм як передовсім певних «правил гри», покликаних уможливити цивілізоване

---

[721] *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права та держави: Навч. посіб. Вид. 10-е, доп. Львів: Край, 2008. С. 213.

[722] *Калинин С.А.* Методологическая основа и методы научного познания права / Общая теория права: пособие / Под общ. ред. С.Г. Дробязко, С.А. Калинина. Минск: БГУ; Изд-во «Четыре четверти», 2014. С. 14.

[723] Про місце праворозуміння у методології пізнання права див. зокрема: *Кравець В.М.* Типи праворозуміння як методології основних філософсько-правових дискурсів: Автореф. … канд. юр. наук. Київ, 2003. С. 11 та ін.

[724] *Керимов Д.А.* Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. 5-е изд. Москва: Изд-во СГУ, 2009. С. 86.

[725] *Петришин О.В.* Соціально-юридична природа права // Право України. 2012. № 1–2. С. 17; *Петришин О.В.* Соціалізація права та соціологізація юриспруденції… С. 164.

[726] *Петришин О.В.* Соціально-юридична природа права… С. 17.

[727] *Петришин О.В.* Праворозуміння у вітчизняній теорії права: загальносоціальний контекст // Філософія права і загальна теорія права. 2012. № 1. С. 42, 44–45.

соціальне спілкування, ефективне використання регулятивного потенціалу права для впорядкування суспільних відносин»[728].

Предметно орієнтованим і водночас уточнюючим елементом цього праворозуміння виступає *філософія компаративізму*[729]. Філософія права вивчає ідеальні першооснови права, об'єктивні й універсальні закономірності виникнення, структури, функціонування і розвитку права, специфіку прояву в праві закономірностей, притаманних природним і суспільним явищам. Філософія права формує вчення про позаюридичні засади права, його ідеальні першооснови, тобто природне (філософське) право. Позитивне право як таке не входить до предмета філософії права, а цікавить її лише у співвідношенні з ідеальним природним правом (навіть якщо воно так не називається). Така філософія права: має регіональний характер, не є універсальною; безпосередньо не співвідноситься з розвитком позитивного права та правової культури в конкретних суспільствах і державах на певних етапах їх розвитку. І це є не недоліком філософії права, а її обмеженням, припущенням існування її меж. Вона не може претендувати на дисциплінарну монополію в сфері зв'язку між філософією та правознавством і у сфері філософського осмислення права — особливо якщо йдеться про осмислення наявного права.

Натомість філософія позитивного права, що сформувалася у другій половині XVIII — на початку XIX ст., з необхідністю є емпіричною і соціальною. Вона передбачає невипадковість і раціональність існування різноманіття правових систем. І незалежно від того, чи загальне у праві виводиться з них самих індуктивно, чи приписується зовнішньо та дедуктивно філософією природного права у вигляді остаточної розумності, остання не поглинає тимчасової раціональності, як і філософія не поглинає більше правознавства.

Узагальненням філософії позитивного права, як за своєю сутністю не моністичної, не метафізичної, не дедуктивної, а плюралістичної, соціальної та індуктивної, став компаративістський юридичний світогляд (чи компаративістські елементи світогляду). Завдяки йому і породженим ним порівняльно-правовому підходу і комплексу порівняльно-правових дисциплін було нарешті встановлено єдність системи правового знання — від практично-орієнтованих досліджень національного права до визначення загального у правовому розвитку (втім, закономірно, що

[728] *Петришин О.В.* Соціалізація права та соціологізація юриспруденції… С. 156.

[729] Про це див.: *Тихомиров А.Д.* Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы… С. 255–256; *Тихомиров О.Д., Гусарєв С.Д.* Методологія порівняльно-правових досліджень // Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): Монографія / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Фенікс, 2007. С. 87–88; *Кресін О.В.* Філософія права і філософія порівняльного правознавства: деякі міркування // Сучасні проблеми порівняльного правознавства: Збірник наукових праць / За ред. Ю.С. Шемшученка, Я.В. Лазура; упор. О.В. Кресін, М.В. Савчин. Ужгород-Київ: Говерла, 2015. С. 21–24.

визначення сутності права та його принципів передбачало вихід за його межі й залишалося у баченні тогочасних мислителів у сфері філософії природного права). Філософія позитивного права в працях П.Й.А. Фейєрбаха та його послідовників за своєю сутністю стала порівняльною, а проектоване та ідентифіковане мислителем порівняльне правознавство теж мало продукувати знання про право високого рівня узагальнення. Власне, всю систему правових знань та дисциплін згідно з Фейєрбахом просяк компаративізм. На нашу думку, це становило першу систему філософії компаративізму. З другого десятиліття XIX ст. можна говорити, що така філософія, або компаративістська парадигма у філософії позитивного права, міцно увійшла до наукового дискурсу.

На нашу думку, філософія компаративізму перебуває у постійному розвитку, є плюралістичною і складно піддається спробам її систематизації. Можна сказати, що й сама її ідентичність є плюральною. Наприклад, П.Ф. Мартиненко розглядав цю проблематику скоріше в межах порівняльного правознавства, а П. Гленн[730] і О.Д. Тихомиров — у межах юридичної науки загалом.

Існує опозиція традиційної філософії права як апріорного та метафізичного, універсалістського та моністичного світогляду — і філософії компаративізму та порівняльного правознавства як емпірично орієнтованого, історичного, соціального, плюралістичного, просторового світогляду. Філософія компаративізму — це філософія сущих одиничного, особливого та загального, розташованих горизонтально одне щодо іншого, у взаємному зв'язку і одне в іншому, опосередкованих часом, простором і соціальним розвитком. Тому, з одного боку, порівняльне правознавство потребує власної філософії та створює її, використовуючи досягнення різних наук, а з іншого — компаративізм та його філософія ніколи не можуть бути втілені лише в одній дисципліні.

Філософія компаративізму, як і філософія права, має справу з ідеями про право, в тому числі з різними праворозумінням. Але вона їх розглядає та оцінює не в індивідуальному чи груповому персоналізованому, а в соціальному бутті, як елементи правового світогляду конкретних суспільств, домінуючі праворозуміння. Вона розглядає ці праворозуміння не як абсолютні, не як еманації чистого розуму, а як плюралістичні та релятивні, локалізовані у часі та просторі.

Категоричні положення апріорної по суті та абстрактної за своєю спрямованістю філософії права для філософії компаративізму виступають лише як гіпотези і шляхи мислення, а також одні з багатьох варіантів, які, до того ж, можуть бути актуальними чи неактуальними щодо конкретного часу та місця. Але компаративізм не співпадає і з матеріалістичною філософією, він передбачає непрямий зв'язок матеріальних умов та сфери права (позитивного права, правової культури, правосві-

[730] *Гленн П.* Посмішка останнього компаративіста... С. 50–55; *Кресін О.В.* Зрозуміти Патрика Гленна... С. 59–68.

домості), адже визнає автономність останньої та можливість різних варіантів розвитку права за подібних матеріальних умов. Філософія права, претендуючи на вічність істини у праві, є за своєю сутністю матеріалізованою. Філософія компаративізму є завжди незавершеною, адже об'єкти порівняльного правознавства динамічні, а тому вона є більшою мірою процесуальною.

Філософія права апріорна, тому що її твердження про належне не мають прямого зв'язку з чинним правом і відображають шлях від належного до належного. Водночас вона проголошує шлях від належного до сущого. Філософія компаративізму визнає і розвиває в собі шляхи від сущого до належного, від належного до сущого, від сущого до сущого, від сущого до сущих, від сущих до сущого. І саме по собі належне у випадках, коли воно набуває соціального значення, також розглядає як суще. Компаративізм як філософсько-світоглядний підхід, зокрема, дає змогу відокремити метафізичне і апріорне формулювання філософських і теоретичних засад права від їх емпіричного компаративістського пізнання протягом періоду, який ми досліджуємо.

Як зазначають В.О. Козлов, М.М. Тарасов, Ю.М. Оборотов, Л.А. Луць, М.А. Дамірлі, методологічний підхід у правознавстві задає загальну стратегію дослідження, визначає, як право і правові явища можуть тлумачитися в процесі дослідження. Методологічний підхід виступає як форма залучення до юриспруденції методологічних засобів філософського, метанаукового (загальнонаукового) і окремонаукового рівнів, смислова структура, в якій певний метод виступає як домінуючий, а інші йому підпорядковуються[731]. Смислотворчим елементом для предмета дослідження виступає ***порівняльно-правовий методологічний підхід***, похідний від філософії компаративізму.

П.Ф. Мартиненко визначав цей підхід як порівняльно-типологічний і вказував, що він базується на принципі переміщення від зіставлення правових явищ до їхнього типологічного збігу, а від нього — до порівняльного дослідження міжсистемних зв'язків (систем у цілому та їхніх елементів), спрямований на пізнання закономірностей поліваріантності права та відображає щодо права одну з трьох «найсуттєвіших сторін, які з методологічного погляду виступають різними предметними галузями пізнавальної діяльності з адекватними для себе підходами, які підводять

[731] *Тарасов Н.Н.* Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) // Правоведение. 2001. № 1. С. 33, 47–49; *Оборотов Ю.* Методология юридической науки в эпоху постмодерна // Юридический вестник. 2002. № 4. С. 82; *Козлов В.А.* Проблемы предмета и методологии общей теории права. Ленинград: Изд-во Ленинград. ун-та, 1989. С. 87; *Луць Л.А.* Методологія порівняльного правознавства // Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології: Монографія / Кресін О.В. (кер. авт. кол.)., Луць Л.А., Мережко О.О. та ін.; за ред. Ю.С. Шемшученка. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2006. С. 9; *Дамирли М.А.* Теоретико-методологические проблемы сравнительного правоведения: попытка актуализации и некоторые размышления // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3. С. 49.

до створення якісно різних систем знань у межах єдиного правознавства» — поряд із теоретичним (структура права, його функціонування і розвиток як цілого) та історичним (закономірності генезису права) підходами[732]. Як зазначає Л.А. Луць, порівняльно-типологічний підхід «дає змогу виявити поліваріантність станів у праві: зв'язки, подібні та відмінні ознаки, типологічні зміни, впливи, взаємодії»; йому відповідає принцип єдності порівняльного та типологічного методів дослідження[733].

Натомість О.Д. Тихомиров формулює цей підхід як компаративний і чітко визначає як загальнауковий, а також пише про компаративістський тип наукового мислення і компаризм як наукову парадигму[734]. Його засадами вчений називає: неуніверсальність права як домінуючого соціального регулятора; взаємозалежність правових реальностей різних країн та їх об'єднань; прагматичну спрямованість юридичних компаративних досліджень, їх орієнтованість на пошук оптимальних шляхів правового розвитку; інтегрованість компаративістських досліджень, обов'язковим елементом яких є вивчення будь-яких фрагментів дійсності у взаємозв'язку з більш високими і більш низькими рівнями; плюралізм предмета дослідження щодо предмета традиційної юриспруденції (предмет компаративістських досліджень принаймні подвійний, адже для порівняння необхідний дуалізм предмета); синтетичність методології; комплексність дослідження об'єктів (хоча й в узагальненому вигляді, але досліджуються всі боки правових реальностей); діалектичність — є місце всьому і все пізнається в зіставленні, розвитку і взаємозміні та ін.[735]

Основні засади порівняльно-правового методологічного підходу В.Г. Графським були інтегровані у вигляді концепції порівняльної історії політико-правових ідей (поглядів, теорій, політико-філософських системам) як відособленої сфери досліджень. Зокрема, історико-теоретичний підхід у межах останньої, поряд із традиційною проблематикою історії політичних і правових учень, має звертатися до: конкретних історичних особливостей виникнення і розвитку окремих поглядів мислителя чи соціальної групи, масового руху, особливостей їх поширення та використання[736].

---

[732] *Мартиненко П.Ф.* Порівняльне правознавство: онтологічний статус // Порівняльне правознавство. 2012. № 1–2. С. 310, 314; *Кресін О.В.* Мартиненко Петро Федорович // Порівняльно-правові дослідження. 2006. № 2. С. 192–200; *Кресін О.В.* Петро Федорович Мартиненко і його філософія порівняльного правознавства // Філософія порівняльного правознавства: Збірник наукових праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 33–44.

[733] *Луць Л.А.* Методологія порівняльного правознавства… С. 9.

[734] *Тихомиров А.Д.* Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы… С. 246–247, 250–251.

[735] Там само. С. 255–256; Тихомиров О.Д., Гусарєв С.Д. Методологія порівняльно-правових досліджень… С. 87–88.

[736] *Графский В.Г.* Сравнительная история политико-правовых идей и взглядов как научная проблема // Актуальные проблемы государства и права. Труды Института государства и права. 2010. № 3. С. 113, 115, 119.

Як наголошує В.Г. Графський, основоположний структурний елемент вчення — особливим чином впорядкований логіко-поняттєвий конструкт (компонент) — «перебуває в нерозривному і взаємно обумовленому зв'язку з його соціально-практичною історичною складовою, яка існує в двох соціально-історичних визначеностях: історичній та політико-доктринальній. Він є історично конкретним різновидом виникнення, а також тлумачення морального та політичного смислу конструкції в певній країні чи групі країн і одночасно перебуває у вигляді обумовленого історично конкретними обставинами поширення і практичного використання даного вчення певним мислителем чи школою або ідейною традицією». При цьому конкретна історична соціально-практична складова логіко-поняттєвого конструкту обумовлена «особливостями індивідуальної політичної орієнтації мислителя на конкретні (тобто так чи інакше пов'язані з даними умовами місця і часу) політико-правові ідеї, цінності, інститути, традиції, а також є вільним чи невільним відображенням певного спектра суспільно-політичної думки і практики, включаючи авторське світорозуміння і світоуявлення»[737].

В.Г. Графський зазначає, що концептуалізований ним порівняльно-генетичний історичний підхід має виявляти і фіксувати основні стадії зародження і наступних змін (перетлумачень) правових учень, сприяючи вибудовуванню їх своєрідної родословної на основі порівняльно-історичного вивчення (порівняльне синхронне, діахронне, поліхронне) концептуальних і доктринальних конструкцій мислителів як ядер учень (ідей, теорій, політико-філософських систем), що мають особливу долю не лише в межах конкретних історичних соціальних обставин у момент своєї появи і оформлення, а й у подальшому, в інші історичні періоди[738].

У контексті нашого дослідження порівняльно-правовий методологічний підхід ідентифікує його об'єкти, визначає його предмет, інтегрує в єдиний комплекс інші методологічні підходи і методи пізнання, дає змогу виокремити елементи теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, осягнути плюралізм у дисциплінарній організації останніх як закономірне явище, виявити їх реальний вплив — поширення та використання (у правотворчій практиці, викладацькій діяльності).

Зважаючи на те, що предмет нашого дослідження безпосередньо стосується предмета історії політичних і правових учень, воно також визначається ***проблемно-тематичним методологічним підходом***, підпорядкованим порівняльно-правовому. Цей підхід було систематично розкрито у дослідженнях Д.І. Луковської[739], яка стверджує, що проблем-

[737] Там само. С. 110–111.
[738] Там само. С. 108, 113, 115, 117–118.
[739] *Луковская Д.И.* Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений…; *Луковская Д.И.* Предмет и методология истории политических и правовых учений // Правоведение. 2007. № 3. С. 197–211.

но-тематичний підхід відповідає багатопорядковому характеру сутності політичних і правових учень, що «постають одночасно як специфічні форми суспільної свідомості, ідеології, соціального пізнання», а також як культурно-ціннісні форми, «внутрішній елемент культурно-історичного процесу»[740].

За допомогою цього підходу виокремлюється така вихідна категорія історії політичних і правових учень, як «суспільно-практично значуща політико-правова проблема», що формулюється через сприйняття реальних правових, соціальних, економічних проблем, є історично спадкоємним системотворчим структурним елементом внутрішньої структури політичних і правових учень і водночас «центральною ланкою генези цих учень як специфічних форм соціального пізнання», відображає конкретно-історичний зв'язок теоретичної та практичної діяльності у сфері політики, держави і права. У такій проблемі концентрується «діалектична суперечність між об'єктивними і суб'єктивними, зовнішніми і внутрішніми чинниками розвитку форм соціального пізнання»; вона може обумовлювати особливості і конкретно-історичних етапів розвитку політичних і правових учень, і розвитку в межах цих етапів шкіл, течій, напрямів[741].

У процесі успадкування такої проблеми від попередників до послідовників відбувається її трансформація на «соціально-історично обумовлену програму (програмову тему) гносеологічної діяльності, спрямовану на вирішення з тих чи інших ідеологічних позицій певних пізнавальних завдань», що є також засадою і умовою засвоєння відповідних соціальних явищ. Безперервний тривалий розвиток такої програми перетворює її на «наскрізну» проблему (проблему-традицію) як форму спадковості, є основою створення правових концепцій і формування ідейно-теоретичної традиції, що містить «мінімальний інваріант накопиченого протягом історичного процесу відповідної ідейно-теоретичної діяльності історичного досвіду, що постійно змінюється як за формою, так і за змістом, і передається від попередників до послідовників»[742].

Розгляд кожного політичного і правового вчення Д.І. Луковська пропонує здійснювати з точки зору проблемного змісту — на трьох рівнях — як вчення, що відповідає на: питання місця і часу свого створення; питання, що виникають у процесі історичної наступності вчень; питання сьогодення, обумовлені практичними потребами та внутрішньою логікою розвитку політико-правового знання. Цей підхід, на думку вченої, дає змогу підкреслити загальногуманітарне значення цілої низки традиційних для політико-юридичного знання проблем, забезпе-

[740] *Луковская Д.И.* Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений... С. 8–9.
[741] Там само. С. 7, 9–11, 27–29.
[742] Там само. С. 10, 27–32.

чує зв'язок між історією політичних і правових учень та теорією держави і права[743].

Проблемно-тематичний методологічний підхід у концептуалізації Д.І. Луковської значною мірою інтегрує і знімає в собі — у сфері історії політичних та правових учень — конкретно-історичний та історико-теоретичний підходи. В.С. Нерсесянц інтегрував останні у своїй концептуалізації історичного підходу. Особливістю останнього, на думку вченого, є виокремлення в кожному політичному та правовому вченні мінливого (пов'язаного з умовами свого створення) та постійного (що зберігає свою актуальність — насамперед теоретико-методологічні засади, наскрізні проблеми) елементів[744]. Як зазначає В.С. Нерсесянц, конкретно-історичний аспект політико-правового змісту вчення демонструє, «які саме історично визначені та конкретні погляди на суспільство, державу, право, політику та ін. розвинені та обгрунтовані у цьому вченні, як ці погляди співвідносилися з вимогами певних соціальних груп, прошарків і класів, які інтереси і тенденції розвитку вони виражали, яку позицію займав автор учення в контексті своєї епохи тощо», а теоретичний («проблемно-категоріальний», «проблемно-теоретичний») аспект відображає філософські, загальнометодологічні, пізнавально-гносеологічні засади вчення, його обгрунтування, принципи, конструкції, новизну, оформлення в теоретичні концепції. На думку вченого, його історичний підхід дає змогу виявити загальне й особливе в політико-правових ученнях, «прослідкувати роль традицій і стрибків у історії ідей, співвідношення та взаємовплив загального (загальної історії політичних і правових учень), особливого (історії політико-правової думки у певних регіонах та країнах у певний проміжок часу) і одиничного (концепції певного мислителя та ін.)»[745].

Нами було використано проблемно-тематичний методологічний підхід у концептуалізації Д.І. Луковської, але з наголосом на історичній трансформації, характерним для методологічної концепції В.С. Нерсесянца. Зокрема, завдяки цьому підходу на основі досліджених нами матеріалів виявляються: проблеми соціалізації права і подолання його дуалізму в контексті забезпечення запиту європейських суспільств на суверенізацію держав, формування національних правопорядків та їх реформування, забезпечення чіткості правового регулювання та його відповідності особливим умовам розвитку кожної країни; проблеми визначення різнорівневих тенденцій у сфері права та створення моделі його функціонування шляхом створення порівняльно-правової наукової картини світу; проблеми розмежування метафізичного філософського та емпірико-теоретичного компаративістського знання, дисциплінарної організації порівняльно-правового знання; принципи перетворення

[743] Там само. С. 2–3, 5, 11, 18, 33–34.
[744] *История* политических и правовых учений… С. 9–12.
[745] Там само. С. 11–13.

емпірико-теоретичних відповідей на ці та інші суспільно-практично значущі політико-правові проблеми на соціально-історично обумовлену комплексну програму (програмову тему) гносеологічної діяльності порівняльно-правових досліджень; непрямий зв'язок історичних і сучасних теоретичних засад порівняльно-правового знання та ін.

Наступним рівнем методології нашого дослідження, підпорядкованим філософсько-світоглядному та методологічним підходам, виступає комплекс філософських, загальнонаукових і спеціальних юридичних методів[746], які ми розглядаємо як правила, прийоми, способи дослідження явищ[747]. Як зазначає С.А. Калінін, «предмет визначає допустимі й адекватні для власного дослідження методи», при цьому «утворення нової предметної сфери пізнання (включення до неї нових об'єктів) обов'язково приводить до пошуків відповідних їй методів пізнання»[748]. Поділ методів на окремонаукові, або спеціальні, загальнонаукові, універсальні (філософські). Критерієм такого розподілу є практика: яким є предмет дослідження, таким буде і метод[749]. Відповідно еволюція теоретичних засад порівняльно-правових засад як предметна сфера, що є комплексною і різною мірою охоплюється наявними юридичними науками, вимагає конструювання специфічної системи методів пізнання.

Серед ***філософських методів*** насамперед використовується діалектичний (як і низка інших методів, у інших випадках він може виступати засобом світоглядної та науково-пізнавальної інтеграції дослідницької методології, виступати як філософсько-світоглядний[750] чи методологічний[751] підхід, але в контексті нашого дослідження він виступає саме як метод). Цей метод розглядає правові явища та процеси в розвитку (розвиток і рух є основною властивістю буття і пізнання), внутрішній та зовнішній взаємодії, спрямований на виявлення і вирішення суперечностей (теза-антитеза-синтез)[752].

Пізнавальним прийомом діалектики, що також вважається окремим методом, є сходження від абстрактного до конкретного. Це теоретичний метод, що полягає в такому ході думки, що веде дослідника до більш повного, всебічного відтворення предмета. У процесі такого руху теоре-

---

[746] *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права та держави… С. 213; *Калинин С.А.* Методологическая основа и методы научного познания права… С. 29. У цих працях розглядаються також світоглядні методи, але ми вважаємо їх методологічними підходами– тобто такими методологічними засобами, що виступають у ролі інтегрованих комплексів філософських та наукових методів пізнання. Див. також: *Івакін О.А.* Системність методології наукового пізнання // Актуальні проблеми держави і права. 2002. Вип. 16. С. 41.

[747] *Луць Л.А.* Методологія порівняльного правознавства… С. 9.

[748] *Калинин С.А.* Методологическая основа и методы научного познания права… С. 14.

[749] *Івакін О.А.* Системність методології наукового пізнання… С. 41.

[750] *Керимов Д.А.* Методология права… С. 86.

[751] *Костицький М.В.* Методологія пізнання української історико-правової дійсності // Костицький М.В. Філософські та психологічні проблеми юриспруденції: Вибр. наук. пр. / Передм. І.А. Тимченка; відп. ред Н.В. Кушакова-Костицька. Чернівці: Рута, 2009. С. 87.

[752] Там само. С. 87; *Калинин С.А.* Методологическая основа и методы научного познания права… С. 20.

тичної думки виділяються три етапи: 1) емпіричне дослідження безпосередньо, чуттєво-конкретно даного предмета; 2) етап сходження від чуттєво-конкретного до вихідної абстракції, до пізнання сутності предмета; 3) етап повернення до «покинутого» у процесі абстрагування предмета на основі знання його власної сутності, тобто етап сходження від вихідної абстракції до цілісного теоретично-конкретного розуміння предмета. Іншими словами, це шлях до конкретного, сутнісного наукового мислення, здатного втілитися в практику[753]. Метод сходження від конкретного до абстрактного дає змогу створювати понятійно-категоріальний апарат високого рівня абстракції шляхом виокремлення загальних закономірностей, їх класифікації, систематизації та типологізації[754].

Іншим прийомом діалектики, що розглядається як самостійний пізнавальний засіб, є метод суперечності (моністичний, дуалістичний, трійковий). Незважаючи на те, що монізм у сенсі філософської єдності виключає суперечність, можлива й така форма монізму, за якої він обумовлюється дуалістичною суперечністю (поняття взаємно суперечливі, але не виключають одне одного). Розкрити суперечність — основа рішення, але суперечності-засади стають на місце суперечностей-фактів. Трійковий метод динамічно виростає з дуалістичного — засади (підстави) вирішення казусу стають його третім елементом, що розкривається як теза, антитеза і синтез, об'єднані єдиним загальним принципом[755].

Метод діалектики та вказані його прийоми (або похідні від нього методи) використовувалися нами в усіх розділах дослідження, але насамперед при вивченні процесів формування доктрини національного права і компаративістської картини світу. В останньому випадку діалектичний метод та його прийом сходження від абстрактного до конкретного був особливо незамінний з двох причин: без цього прийому неможливо зрозуміти конструювання категорії особливого в праві як такого, що у своєму походженні та значенні відображає конфлікт і компроміс між національним правом як одиничним і пошуками загального в праві (особливе стає синтезом, конкретним загальним); цей прийом концептуалізовано Гегелем, а саме він є одним із творців ідеї особливого в праві — розуміння сутності цього прийому дає змогу реконструювати підходи Гегеля та історико-філософської школи до формування тогочасної не-метафізичної, компаративістської правової наукової картини світу.

У всіх розділах і підрозділах свого дослідження ми використовували такі філософські методи пізнання, як спостереження, аналіз, синтез, індукція, експеримент. Спостереження — це метод спрямованого відображення рис, характеристик предмета, що дає змогу скласти певне

[753] *Івакін О.А.* Системність методології наукового пізнання… С. 43.
[754] *Калинин С.А.* Методологическая основа и методы научного познания права… С. 25.
[755] *Кельман М.С.* Юридична наука: проблеми методології. Тернопіль: ТзОВ «Терно-граф», 2011. С. 408–413.

уявлення про явище, що спостерігається[756]; аналітичний метод полягає в реальному або уявному розкладі цілого, складного явища на його складові, більш прості, елементарні частини, перетворення частини на самостійне поняття, передбачає усвідомлення різноманітного в об'єкті, фіксування його властивостей і виділення в ньому основного, суттєвого, — того, що не помітне емпіричному поглядові[757]; синтетичний метод передбачає встановлення синтетичних зв'язків між явищами як елементами більш складного явища, їх узагальнення і поєднання[758]; індуктивний метод є способом переходу від знання окремих фактів до знання загального, полягає у побудові загальних (родових) думок з одиничних емпіричних, сходженні наукової думки від одиничного до загального, відображає досвід юридичного синтезу в його утворенні[759]; мисленнєвий експеримент передбачає зміну реального об'єкта так, що при цьому відбувається моделювання ідеалізованого, теоретизованого об'єкта[760]. Найбільш повно ці методи використані нами при виокремленні та пізнанні вчення про індивідуальні (своєрідні) елементи національного права.

Серед ***загальнонаукових методів*** нашого дослідження виділимо насамперед системний, порівняльний та типологічний методи. *Системний метод* є синтезом структуралізму і функціоналізму, засобом виявлення зв'язків і взаємодій у межах об'єкта, що дає змогу розглядати його як органічну і відносно автономну єдність, яка складається із взаємно обумовлених, залежних і функціональних елементів, субординаційно і координаційно впорядкованих єдиними засадами (системотворчим чинником), має нову якість, не властиву окремим елементам і що не зводиться до суми їх властивостей[761]. Системний метод використовувався на всіх етапах нашого дослідження, але найбільш послідовно — при виокремленні та визначенні соціально-вольової та органічної теорій національного права як двох варіантів системного бачення останнього.

Одним з принципово важливих для нашого дослідження пізнавальних засобів є *порівняльний метод*, що є загальнонауковим і заснованим на порівнянні як філософському методі, але в юридичній науці конкретизується і розглядається як порівняльно-правовий і тому визначається як окремонауковий. На необхідність формулювання порівняльного методу звертав увагу ще О. Шпенглер, який із сумом звертався до істо-

---

[756] *Івакін О.А.* Системність методології наукового пізнання… С. 41.
[757] Там само. С. 42; *Кельман М.С.* Юридична наука: проблеми методології… С. 325–326.
[758] *Кельман М.С.* Юридична наука: проблеми методології… С. 326–328; *Івакін О.А.* Системність методології наукового пізнання… С. 42.
[759] *Івакін О.А.* Системність методології наукового пізнання… С. 42; *Кельман М.С.* Юридична наука: проблеми методології… С. 323–324.
[760] *Івакін О.А.* Системність методології наукового пізнання… С. 41–42.
[761] *Калинин С.А.* Методологическая основа и методы научного познания права… С. 22, 26–28; *Кельман М.С.* Юридична наука: проблеми методології… С. 310–313, 396–397; *Тюхтин В.С.* Системно-структурный подход и специфика философского знания // Вопросы философии. 1968. № 11. С. 48.

риків: «Техніки порівняння ще не існує. Нині порівняння застосовуються у величезних кількостях, але без жодного плану, і якщо вони виявляються вдалими в тому глибокому сенсі, про який нам ще доведеться говорити, то виною цьому буває щастя, рідше інстинкт, ніколи принцип. Ніхто ще не подумав про вироблення методу»[762]. В.Г. Графський визначає порівняльний метод у правознавстві як спосіб виявлення подібностей та відмінностей і наступної класифікації явищ, що вивчаються, з одночасним виясненням причинних генетичних чи організаційних зв'язків між правовими інститутами, принципами, а також ідеями та поглядами, з одного боку, і взаємозв'язків з політичними і соціальними інститутами — з іншого[763]. Як зазначає В.Є. Чиркін, порівняльний метод розгортається в шести стадіях: 1) відбір матеріалу дослідження на основі світогляду дослідника; 2) дескриптивна — отримання найзагальнішого уявлення про виокремлений предмет дослідження; 3) критична — перевірка достовірності матеріалу; 4) зіставна; 5) евристична — формулювання висновків; 6) прогностична — виявлення і оцінка тенденцій подальшого розвитку, можливостей використання результатів порівняння в практичній діяльності[764]. Порівняльний метод використовувався на всіх етапах нашого дослідження, але найбільш послідовно — для розкриття процесу розвитку порівняння у науках про людину, пізнання елементів учення про загальне в праві у другій половині XVIII — першій третині XIX ст., вчення про цілі порівняння в праві протягом цього періоду.

З порівняльним методом пов'язаний *метод типологізації* — метод виявлення однорідності, розрізнення, віднайдення органічної системи через групування певних системних явищ правової дійсності на основі теоретичної моделі-типу[765]. Теоретична правова модель, тип є системною єдністю ознак і властивостей, їх сталих зв'язків, дії на них одних і тих самих причин, що дає змогу абстрагуватися від специфічних рис і виокремити загальні ознаки[766]. У нашому дослідженні метод типологізації було використано при аналізі класифікацій правових систем як елемента теоретичних засад порівняльно-правових досліджень другої половини XVIII — першої третини XIX ст.

Предмет нашої роботи передбачає пізнання комплексу правових ідей, що у своєму спадкоємному розвитку привели до формування тео-

[762] *Шпенглер О.* Закат Европы. Новосибирск: ВО «Наука», 1993. С. 36.
[763] *Графский В.Г.* Сравнительная история политико-правовых идей и взглядов как научная проблема… С. 117.
[764] *Чиркин В.Е.* Некоторые вопросы методологии и методов сравнительного правоведения // Методология сравнительного правоведения: Мат-ли конф. / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. Москва: Ин-т зак-ва и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2012. С. 53.
[765] *Луць Л.А.* Типологізація сучасних правових систем світу: Відкрита лекція. Київ, Сімферополь: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Вид-во «Логос», 2007. С. 7–8; *Кельман М.С.* Юридична наука: проблеми методології… С. 307–308.
[766] *Луць Л.А.* Типологізація сучасних правових систем світу… С. 8; *Луць Л.А.* Методологія порівняльного правознавства… С. 9.

ретичних засад порівняльно-правових досліджень. Для цього звичайно використовується генетичний метод — вивчення генезису певного явища (в тому числі інтелектуального) в його внутрішніх і зовнішніх причинах[767]. Але ми застосували вдосконалену концептуалізацію цього пізнавального засобу у вигляді *генетично-конструктивного методу*, запропоновану В.С. Стьопіним. У його баченні генетично-конструктивний метод — «засіб побудови і розгортання теорії, заснований на конструюванні ідеальних теоретичних об'єктів», що передбачає мисленнєві експерименти з ними («редукція фундаментальної теоретичної схеми до окремих [схем]»), що «фіксуються у відповідній знаковій формі». Саме щодо таких моделей формулюються закони теорії — як конкретні рішення особливих теоретичних завдань, розгортання ланцюжка вирішення завдань, включення до складу теорії зразків вирішення окремих конкретних завдань (що визначаються специфікою об'єкта дослідження), обгрунтування та коригування теорії за допомогою таких зразків. Тобто фундаментальні теорії в діалектичний спосіб синтезують «теоретичні знання меншого ступеня загальності», які їм передують, а після завершення цього синтезу, в свою чергу, розгортаються і верифікуються через створення спеціальних теорій нижчого рівня для вирішення нових теоретичних завдань[768]. Цей метод значною мірою інтегрує в собі — щодо предмета нашого дослідження — принцип історизму, котрий, як зазначає В.Д. Бабкін, «виходить не просто з визнання змінюваності в часі, але власне з його розвитку, з переходом від однієї структури до другого історичного стану» і «не повинен трактуватися як обгрунтування можливості виводити майбутнє з минулого»[769].

Цей метод, хоча й не так чітко, було ще раніше запропоновано щодо історії політичних та правових учень Д.І. Луковською — як сходження від конкретно-історичних знань про об'єкт до абстрактно загальних уявлень про нього, «від живого споглядання до абстрактного мислення», що передбачає формування базових категорій і понять, створення спеціально-наукових класифікаційних схем і типологічних узагальнень. Цей метод передує, а згодом співіснує з діалектичним сходженням від абстрактного до конкретного, пов'язаний з останнім у єдиний гносеологічний комплекс переходу від емпіричного до теоретичного знання[770].

---

[767] *Кельман М.С.* Юридична наука: проблеми методології... С. 331–333.

[768] *Степин В.С.* Генетически-конструктивный метод // Новая философская энциклопедия / Институт философии РАН; научно-ред. совет: В.С. Степин–председатель и др. Т. 1. Москва: Мысль, 2010. С. 499–500.

[769] *Бабкін В.Д.* Сучасна методологія досліджень історії держави і права України // Антологія української юридичної думки: У 10 т. Т. 10: Юридична наука незалежної України / Упор. В.Ф. Погорілко, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; відп. ред. Ю.С. Шемшученко, В.Ф. Погорілко. Київ: Юридична книга, 2005. С. 110–111.

[770] *Луковская Д.И.* Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений… С. 20.

У контексті нашого дослідження застосування генетично-конструктивного методу дало змогу прослідкувати генезу теоретичних засад порівняльно-правових досліджень через вивчення таких окремих елементів (моделей вирішення конкретних емпіричних завдань), разом з процесами їх діалектичного розвитку та теоретичного узагальнення, як: теорія національного права (вирішення проблеми соціалізації права), теорія позитивного права (вирішення проблеми визначення права через подолання його дуальності), узагальнення та часткове перенесення теоретичних засад порівняльного знання у межах низки наук до юридичної науки, елементи конструювання порівняльно-правових наукових дисциплін та ін.

У процесі дослідження ми активно використовували ***методи окремих наук***. Зокрема, це *методи історії права*[771]: еволюційний (при визначенні внутрішнього зв'язку та впливу зовнішніх чинників, що обумовлювали розвиток передумов формування теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, порівнянні еволюції порівняльного знання у межах різних наук), періодизації (виокремленні періодів у розвитку ідей позитивного і національного права), метод порядку або замкненості історичної системи (конкретно-історичне пізнання теоретичних засад порівняльного правознавства у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. як цілісного і внутрішньо пов'язаного явища), історичної реконструкції (відтворення цілісної системи теоретичних засад порівняльно-правових досліджень на основі окремих елементів, присутніх у працях тогочасних юристів, зокрема відтворення цілісної концепції національного права на основі абстрагування і звільнення від оцінок, врахування взаємної обумовленості та референтності поглядів на конкретне національне право — німецьке, польське тощо), історико-теоретичний (відбір та виявлення істотних ідей, їх оцінка з точки зору певної теоретичної концепції, встановлення зв'язків між ними, їх абстрагування, формулювання емпіричної теорії розвитку певного явища — використовувався протягом усього нашого дослідження) та ін.

Серед спеціальних *пізнавальних засобів історії політичних і правових учень*[772] нами використовувалися: вже згаданий у контексті проблемно-тематичного підходу проблемний метод (його використання випливало із зіставлення взаємно суперечливих тверджень у історіографії і полягало у постановці проблем: коли саме виникає теоретичне порівняльно-правове знання, як саме воно було організоване); метод

[771] Загальну характеристику див. у: *Тененбаум В.С.* О соотношении теории и истории государства и права // Актуальные проблемы истории государства и права / Редкол.: В.М. Курицын (предс.) и др. Москва: ИГП АН СССР, 1976. С. 92–95; *Кельман М.С.* Юридична наука: проблеми методології… С. 333–335, 337–341.

[772] Загальну характеристику див. у: *Луковская Д.И.* Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений… С. 11, 16–18, 25–26, 31, 33; *История* политических и правовых учений… С. 4–13. Див. також: *Кельман М.С.* Юридична наука: проблеми методології… С. 303–307.

наступності (визначення співвідношення простого накопичення, вдосконалення, заперечення, трансформації в розвитку елементів теоретичних засад порівняльно-правових досліджень), метод індивідуалізації (пізнання ідей та поглядів окремих мислителів і вчених у контексті їх біографії, світогляду, діяльності, зв'язків та ін. — через діалектику необхідного і випадкового, загального, особливого і одиничного, яке здійснювалося нами на попередньому етапі дослідження і реалізоване у низці статей і розділів у колективних монографіях), особливості поєднання саме в цій науці історичного і логічного методів (логічний метод як «засіб категоріально-понятійного відтворення на основі попереднього власне теоретичного знання про об'єкт внутрішніх закономірностей хронологічно послідовного розвитку цього об'єкта, що якісно змінюється в процесі розвитку під впливом властивих йому протиріч», а не як конкретно-історичний підхід до вже розвиненого об'єкта і результатів його пізнання[773]; ці особливості використовувалися нами при дослідженні розвитку передумов становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень та їх якісної трансформації, процесу виникнення власне комплексу теоретичного знання у другій половині XVIII — першій третині XIX ст.); культурно-ціннісний підхід (пізнання теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у контексті правової культури і цінностей конкретних періоду і країни чи регіону, розуміння правової культури як активного чинника перетворення правової дійсності, механізму створення, зберігання і передання інформації), притаманні цій науці особливості методу інтерпретації (опис, реконструкція, яка одночасно є й формою узагальнення ідей окремих мислителів і вчених, пояснення, теоретичне моделювання — такий спосіб пізнання теоретичних засад порівняльно-правових досліджень був нами використаний на всіх етапах дослідження).

У роботі застосовано також спеціальні *методи історії та соціології науки* як спеціальних галузей наукознавства[774]: інституційний (аналіз інституціоналізації порівняльно-правових досліджень у контексті становлення відносно автономного порівняльно-правового знання і його поширення); формалізації — вивчення принципів структурування і впорядкування наукових знань (пізнання становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень як вищої фази розвитку останніх, вияву їх самопізнання як джерела цілісного наукового знання).

Ми спираємося і на методологію, запропоновану в працях з *історії порівняльного правознавства та порівняльно-правових досліджень*. Можна стверджувати, що здебільшого ця методологія нами вже проана-

[773] *Луковская Д.И.* Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений… С. 17–18.

[774] Загальну характеристику див. у: *Дмитриенко В.А.* История учений о науке как предмет специальных научных исследований (методологический аспект) // Ученые записки Томского государственного университета им. В.В. Куйбышева. 1975. № 90. С. 80–83, 86.

лізована вище в інших контекстах (філософія компаративізму як елемент праворозуміння, порівняльно-правовий підхід і метод, проблемно-тематичний підхід, метод індивідуалізації). Крім того, дослідники виокремлюють такі спеціальнонаукові пізнавальні засоби: просторовий (країнознавчий та регіонознавчий) підхід, що передбачає дослідження у контексті комплексу явищ (правового розвитку, культури, світогляду та ін.), що характерні для обмеженого географічного простору — ми використовуємо для географічного обмеження предмета нашого дослідження, вивчення становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у контексті особливостей розвитку права та правової думки Західної і Центральної Європи як культурно-історичного макрорегіону; принцип відображення, що є елементом історичного матеріалізму і використовується нами обмежено, в контексті обмеження його використання ще в радянський час концепціями відносної автономії політико-правової надбудови, непрямого характеру відображення, а також багатофакторним підходом до вивчення інтелектуальних явищ, що виключає однозначний соціально-економічний детермінізм, — як визнання взаємної залежності розвитку правової думки і практики, реагування науки на розвиток практичних потреб — зокрема, при вивченні впливу реалізації доктрини національного права у внутрішньодержавному та міжнародному праві на збільшення потреби у вивченні зарубіжного права, і навпаки — поштовху, який дала така нова практика для узагальнення, теоретизації результатів порівняльно-правових досліджень; адаптовані парадигмальний підхід Т. Куна і проектно-програмний підхід І. Лакатоса, які ми в контексті нашого дослідження вважаємо подібними до проблемно-тематичного підходу, методу порядку або замкненості історичної системи, діяльнісного підходу, але такими, що не можуть бути повною мірою розгорнуті на матеріалах обмеженого історичного періоду, і все ж ми їх використовуємо, зокрема, для відокремлення періоду передумов становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень (як до-парадигмального наукового мислення щодо них) від власне періоду виникнення цих засад (першої їх парадигми), при врахуванні практичного (проектного) контексту розвитку цих теоретичних засад, при осмисленні поширення останніх, дискусій щодо них і зближення порівняльно-правових програм основних наукових шкіл (як елементів формування конвенційного знання).

Висновки до третього розділу

Нами було виявлено три основні підходи до визначення об'єкта у контексті дослідження становлення теоретичних засад порівняльного-правових досліджень. Зокрема, це: 1) історична перспекива формування сучасних теоретичних засад — що, на нашу думку, передбачає ігнорування принципу історизму і осучаснення об'єкта, що обмежує евристичність дослідження; 2) визначення теоретичних засад виходячи

з їх історичного розвитку — що є більш історичним підходом, але ігнорує специфічні теоретичні проблеми, які могли розглядатися лише в окремих конкретно-історичних обставинах, а також передбачає занадто загальну постановку проблем, котрі вивчаються; 3) пізнання специфічної ролі та значення порівняльно-правових досліджень та їх теоретичних засад у конкретних історичних умовах — це найбільш історичний підхід, але він за своїм характером є феноменологічним, припускає ризик втрати загального бачення теоретичних засад та їх еволюції. Наше дослідження демонструє, що на практиці в усіх працях з історії порівняльно-правових досліджень ці підходи поєднуються в різних конфігураціях.

Також ми проаналізували підходи до визначення об'єктів дослідження в історії політичних та правових вчень, історії науки (в межах наукознавства) і виявили, що загалом вони подібні до вже викладених і можуть, на нашу думку, загалом бути визначені як: 1) кумулятивний (розгляд історії з позиції сучасності), 2) не-кумулятивний, в тому числі історико-феноменологічний (розгляд історії та окремих її періодів у їх конкретному зв'язку поза критерієм відповідності сучасному баченню об'єктів). Учені підкреслюють принципово більшу евристичність другого підходу, але вказують, що за умови його самостійного застосування припускається ризик недостатнього відмежування раціонального від нераціонального в історії науки, а тому бажаним є поєднання обох підходів.

На основі викладеного та в контексті нашого дослідження ми можемо *визначити його об'єкти* так: 1) відтворення, на основі реконструкції та систематизації ідей та дискусій другої половини XVIII — першої третини XIX ст., цілісного розвитку комплексу теоретичного порівняльно-правового знання; 2) виявлення ролі та значення порівняльно-правового знання у становленні та диференціації юридичних наук протягом цього періоду; 3) відтворення наукової порівняльно-правової картини світу в контексті кризи метафізичної картини світу класичної філософії.

Нами визначено сім основних підходів щодо визначення предмета дослідження у контексті пізнання становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень: 1) історія порівняльного правознавства як дисципліни; 2) історія порівняльно-правового знання, що має методологічний чи предметний характер — незалежно від його дисциплінарної належності; 3) історія порівняльного правознавства як світоглядного явища, також поза питанням щодо його дисциплінарної належності; 4) науково-практичний підхід — розвиток спеціалізованої порівняльно-правової діяльності; 5) інституційний підхід — розвиток інституціоналізації порівняльного правознавства (виступає як субсидіарний); 6) розвиток порівняльно-правових досліджень; 7) розвиток теоретичних і філософських засад порівняльно-правових досліджень. Виявлено, що у проаналізованих працях ці підходи поєднуються по-різному, але домінуючим залишається поєднання дисциплінарного та

інституційного підходів, що пояснюється роллю більшості відповідних досліджень як вступу до вивчення порівняльного правознавства. На нашу думку, такий кумулятивний за своїм характером комплексний підхід переважно ігнорує принцип історизму і не відображає багатоманітність розвитку теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у різних конкретно-історичних умовах.

Також нами проаналізовано основні підходи до визначення теоретичних засад у контексті формулювання предмета порівняльного правознавства, науки загалом (у наукознавстві), історії політичних і правових учень, історії суспільних і гуманітарних наук, історії юридичної науки. Виявлено, що предметом здебільшого виступає система сучасного теоретичного знання в його історичному становленні або так звані «наскрізні» теоретичні проблеми, що формулюються також виходячи насамперед із позицій сучасності.

Узагальнивши все викладене, вважаємо за можливе визначити *предмет нашого дослідження* як формування та внутрішню історію теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. — як (1) сфери інтелектуального пошуку і водночас комплексу теорій, концепцій та понять щодо природи порівняльно-правового знання, його предмета, об'єктів, цілей, дисциплінарної організації, місця в дисциплінарній структурі юридичних знань, що (2) одночасно відображають особливі світоглядні настанови, результати емпіричного порівняльного пізнання та загальний теоретичний розвиток юридичних наук у певних історичних, географічних, культурних, групових та інших межах, але (3) виокремлені у відносне ціле в результаті узагальнення та теоретизування і мають значення узгодженого у цих межах фундаментального знання, що сприймалося вченими цього періоду як достовірна і об'єктивна основа розвитку наукових і науково-практичних програм, формулювання загальних і спеціальних теорій нижчого рівня.

Предмет нашого дослідження має *хронологічні та географічні обмеження*. Хронологічні межі дослідження ми визначили на основі застосування підходів, запропонованих у історіографії, до узагальненого змісту принципово розширеного кола джерел. На основі цього ми можемо стверджувати, що передумови становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень сформувалися протягом XVI–XVIII ст. Зокрема, це час важливих змін у зовнішніх домінантах розвитку правової думки: осмислення і соціалізації гуманістичної думки, географічних відкриттів, великих реформаційних рухів, наукової революції, суттєвих соціально-економічних змін у Західній і Центральній Європі. Так само, в тому числі у зв'язку із зовнішніми домінантами, відбулися суттєві зрушення у філософсько-світоглядній сфері: у зв'язку з Реформацією та міжнародним визнанням розколу католицької церкви було заперечено універсальність канонічного права; це разом з ученням про соціаль-

ність, національність права, усвідомленням результатів географічних відкриттів поставило під сумнів універсальність римського та будь-якого іншого права. Все це було передумовою появи і містило зародки плюралістичного і релятивістського правового світогляду.

Саме ж становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень відбулося у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. Зовнішніми домінантами тут виступили Французька та Американська революції, становлення системи формально рівних національних держав, індустріалізація, принципова зміна соціально-економічних відносин у низці європейських країн. У цей час, у тому числі під впливом зовнішніх домінант, завершується формування порівняльного мислення в праві: остаточно усвідомлюється не-універсальність римського права, принаймні нормативна, завершується і етатизується концепція національного права; долається модель метафізичного, раціоналістського, спекулятивного мислення в праві, формується позитивістське праворозуміння, заперечується юридичний характер природного права; завершується становлення плюралістичного і релятивістського бачення сфери права, що виражається у вченні про неуникненність відмінностей між правопорядками, їх рівність як вираження колективного досвіду народів та ін. Принципово важливі зрушення відбуваються у розвитку теорії та методології порівняльно-правових досліджень: у контексті загального становлення юридичної науки, поширення принципу історизму в наукових дослідженнях, запозичення порівняльної методології та принципів організації порівняльного знання з інших наук відбувається формування порівняльного підходу до пізнання правових явищ (порівняльне пізнання відокремлюється від апріорної спекуляції, місце простих спостережень та право-країнознавчої інформації посідають індуктивні узагальнення, право різних країн починає вивчатися за певними принципами і критеріями); формується ідентичність порівняльно-правових досліджень — через самоусвідомлення порівняльної методології, порівняльно-правового знання, варіанти їх дисциплінарного оформлення (порівняльне правознавство, порівняльна історія права, галузеві порівняльно-правові дисципліни). Так само у цей час відбувається інституціоналізація порівняльно-правових досліджень: дослідження з ізольованих і принагідних стають масовими, системними, продовжуваними і пов'язаними між собою; формуються наукові школи з чітко визначеними порівняльно-правовими засадами, між ними відбувається дискусія, їх позиції корелюються; з'являються спеціалізовані журнали з чітко визначеними науковими програмами, кафедри з номенклатурою порівняльно-правових дисциплін, центр зарубіжного законодавства та ін.

Залучене нами до дослідження, в тому чилі вперше, широке коло наукових праць та документальних джерел дає підстави стверджувати, що становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у

другій половині XVIII — початку XIX ст. відповідає всім підходам і критеріям науковців, що застосовувалися, здебільшого в річищі вивчення історії порівняльного правознавства, до цього або, здебільшого, до хронологічно більш пізніх періодів. Є винятки — деякі дослідники вказують на такі критерії визначення часу формування теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, здебільшого у зв'язку з їх дисциплінарним становленням: їх остаточне відокремлення від вивчення зарубіжного права, їх визнання, формування їх окремої практичної функції, окремої порівняльно-правової професійної діяльності. Ми не вважаємо ці критерії відповідними предмету: порівняльно-правові дослідження ніколи не були, не є і не можуть бути повністю відокремлені від вивчення зарубіжного права без втрати своєї ідентичності; єдине авторитетне визнання окремих юридичних дисциплін, засноване на суто наукових критеріях, відбулося в діяльності ЮНЕСКО в середині XX ст.; наявність спеціалізованої професійної діяльності, окрім науково-дослідної та викладацької, не є критерієм оцінки рівня розвитку наукових досліджень.

Верхньою хронологічною межею дослідження ми обрали 30-і роки XIX ст., кінець його першої третини. Ми дотримуємося розуміння становлення як виникнення, діалектичного переходу від одного ступеня розвитку до іншого — на противагу поширеному в юридичній літературі розгляду становлення як безперервного процесу розвитку певного явища. Є всі підстави стверджувати, що теоретичні засади порівняльно-правових досліджень були сформовані протягом обраного нами періоду. Його завершення і початок наступного періоду пов'язані з: 1) смертю низки засновників і лідерів основних наукових шкіл — історичної та історико-філософської, їх кризою, розщепленням і трансформацією їх програм; 2) зародженням і швидким поширенням нових шкіл, і насамперед юридичного позитивізму; 3) суттєвою зміною ареалу розвитку порівняльно-правових досліджень та дисциплін — їх поширенням за межі країн Західної та Центральної Європи; 4) соціальною кризою (поява «робітничого питання»), осмислення якої піддало сумніву самодостатність концепції національного права — як однієї з ключових для тогочасних порівняльно-правових досліджень. Але основним у питанні щодо верхньої хронологічної межі нашого дослідження виступає принцип розумної достатньості — обраний період дає змогу комплексно розглянути обраний нами предмет.

Географічно наше дослідження охоплює розвиток порівняльно-правових досліджень у Західній та Центральній Європі. Насамперед це Священна Римська імперія німецької нації та держави, що стали незалежними після її розпаду, а також безпосередньо пов'язані з нею академічною традицією та поширенням засобів наукової комунікації Франція, Швейцарія, Данія, Велика Британія, території колишньої Речі Посполитої. Те, що культурний, інтелектуальний, науковий розвиток

країн Західної і Центральної Європи становить певний історичний комплекс, як і спільні особливості розвитку права у цьому регіоні протягом обраного нами періоду, ніколи не піддавалося сумніву і не вимагає, на нашу думку, додаткового обгрунтування. Порівняння розвитку теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у цьому регіоні з іншими регіонами світу може стати перспективним напрямом подальшої наукової розробки.

Вищим рівнем методології нашого дослідження, що визначає його стратегію і співвідноситься із загальним у пізнавальному процесі, його світоглядною засадою є соціологічний різновид позитивістського правороз уміння — без його абсолютизації, але з виключенням з системи методів пізнання будь-яких метафізичних пізнавальних засобів, що надає нашій методології виразно діалектичної сутності та переважно дескриптивного, індуктивного характеру. Предметно орієнтованим і водночас уточнюючим елементом цього праворозуміння виступає філософія компаративізму — як емпірично орієнтований, історичний, соціальний, плюралістичний, просторовий світогляд; філософія сущих одиничного, особливого та загального, розташованих горизонтально одне щодо іншого, у взаємному зв'язку і одне в іншому, опосередкованих часом, простором і соціальним розвитком. Філософія компаративізму розглядає та оцінює ідеї про право: 1) не в індивідуальному чи груповому персоналізованому, а в соціальному бутті, як елементи правового світогляду конкретних суспільств, домінуючі праворозуміння; 2) не як абсолютні, не як еманації чистого розуму, а як плюралістичні та релятивні, локалізовані у часі та просторі.

Основними методологічними підходами нашого дослідження є порівняльно-правовий (характерний для порівняльного правознавства) і проблемно-тематичний (притаманний для історії політичних і правових учень). Серед філософських методів використані: діалектичний, спостереження, аналізу, синтезу, індукції, експерименту. Дослідження спирається на загальнонаукові методи (системний, порівняльний, типологізації, генетично-конструктивний) та пізнавальні засоби окремих наук: історії права (еволюційний, періодизації, порядку або замкненості історичної системи, історичної реконструкції, історико-теоретичний методи), історії політичних і правових учень (проблемний, наступності, індивідуалізації, інтерпретації, специфічне поєднання історичного і логічного методів, культурно-ціннісний підхід), історії та соціології науки (інституційний, формалізації), історії порівняльного правознавства і порівняльно-правових досліджень як сфери наукового пізнання (просторовий підхід, специфіка використання у цій сфері принципу відображення, адаптовані до цієї сфери парадигмальний і проектно-програмний підходи). Ми докладно розкриваємо наше розуміння і специфіку використання в нашому дослідженні кожного із цих пізнавальних засобів, їх взаємодію і кореляцію при пізнанні тих чи інших явищ.

ЧАСТИНА ІІ
ПЕРЕДУМОВИ І КОНТЕКСТ СТАНОВЛЕННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

Розділ 4
Трансформація уявлень про природне право і становлення предмета юридичних наук

4.1 Ідея дуалізму природного та позитивного права — від Реформації до Просвітництва

Однією з ключових проблем європейської правової думки Середніх Віків та раннього Нового Часу було пізнання природного права — його природи, місця в житті людини і суспільства, взаємодії з позитивним правом. До Реформації розуміння природного права було переважно теологічне — як незмінного Божого задуму, згідно з яким розвивається суспільство, жива і нежива природа. Сутність природного права мала пізнаватися більшою мірою через теологію, ніж через юриспруденцію. Його основою було поєднання релігійної та етичної ідей, християнського вчення і античної філософії, втіленої у римському праві[775].

У вченні реформаторів церкви, зокрема, у працях Лютера, проголошувалася безумовна невідповідність, неможливість досягнення відповідності між світським законодавством і Божественим/природним правом, а отже, останнє переставало бути мірилом першого. Фактично проголошувалася автономія людської індивідуальної й колективної волі у правовій сфері. До сфери світського права увійшов надзвичайно

[775] Про це див., напр.: *Тарановский Ф.В.* Учение о естественном праве // Академічна юридична думка / Укл. І.Б. Усенко, Т.І. Бондарук; за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. Київ: Ін Юре, 1998. С. 82.

широкий масив правовідносин, що раніше регулювалися канонічним правом.

Мета світського права у баченні Лютера — навчити і змусити неправедних людей (їх переважна більшість) робити добро, привести їх з природного стану взаємознищення до громадянського порядку. Тобто мета права насамперед етична, але воно має виразний нормативний вимір. Світське право як явище, так само, як і релігійна етика, йде від Бога, але має, на відміну від останньої (що відображає індивідуальну моральну якість), зовнішню й публічну природу, регулюючи не помисли, а лише вчинки людей. Воно одвічне й неминуче, позаяк християнська етика ніколи не стане на Землі публічним нормативним регулятором, залишиться індивідуальною: «Справжні ж християни живуть один від одного далеко. Тому неможливо, щоби християнський порядок розповсюдився на весь світ, або на цілу країну, або на велику групу людей. Адже злих завжди набагато більше, ніж благочестивих»; «світ не може і не хоче обходитися без влади»; «Христос і не застосовував меча, і не вчив, як його застосовувати; Він його не забороняв і не скасовував, а ствердив»[776].

Світські правління і закон в ідеалі мають відповідати уявленням християнської етики про добро, зло, способи недопущення й викоріненння останнього, але цей ідеал, на думку Лютера, недосяжний. Тому не може бути повної свободи всіх індивідуальних воль, бо це приведе до взаємного знищення. Якщо люди в певній справі не можуть дійти згоди на основі християнської етики, то питання має вирішуватися за законом суддею: «Ти маєш дозволити одному шукати суддю над іншим і сказати їм, що вони вчиняють проти любові та природного права, а за людським законом вони будуть суджені більш суворо»[777].

Основою виправдання світського права у вченні Лютера, на нашу думку, виступає реабілітація Старого Заповіту. Наша думка може видатися парадоксальною, але ми її пояснимо. Для середньовічної теології та етики було характерним протиставлення Синагоги і Церкви (вітхозавітньої і новозавітньої релігій та епох) як Закону і Благодаті. Старий Заповіт — епоха Закону/Синагоги, життя людей до пришестя Христа — ототожнювався з буквальним виконанням або невиконанням людиною зовнішніх Божих приписів, від чого залежало її земне життя і спасіння душі, а також і законів держави. Ці приписи мали чіткий імперативний характер.

Новий Заповіт — епоха Благодаті/Церкви — ототожнювався з вірою, внутрішньою етикою людських вчинків, свободою вибору людиною добра або зла, що зрештою виражалося в її вчинках. Закон багато у чому

[776] *Лютер М.* О светской власти / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html

[777] Там само.

розумівся при цьому як недостатній і несамостійний, поглинався етикою Бога (благодать, заповіді) і людини (віра). Тому провідником і вихователем християнської етики ставала всесвітня Церква, а держава — причому також всесвітня — була їй підпорядкована, виступала лише її інструментом.

Лютер же послідовно наполягав, зокрема у праці «Про світську владу», на тому, що Христос не скасовував земних законів. Мислитель запропонував не колективний, а індивідуальний шлях спасіння через віру (наголошення парафразу з Біблії «ніхто не може бути примушений до християнства») як шлях до Царства Небесного, але при цьому визнав і залишив людській волі закони Царства Земного.

Світські закони прагнуть до відображення християнської етики, але ніколи з нею не зіллються, тому що написані як для істинно віруючих, так і для інших людей. Для віруючої людини, як зазначав Лютер у згаданій праці, закон не потрібний, але це не означає, що людина його відкидає: вона виконує закон (якщо він справедливий) без примусу і в контексті виконання вищих і суворіших вимог християнської етики, стяжаючи благодать. Світське право виправдовується тією мірою і тоді, коли воно є земним інструментом служіння людському благу і справедливості. Так само правореалізація виправдана тоді, коли спрямована на благо і перемогу над злом.

Але право у баченні Лютера все ж залишається інструментом етики («де безправ'я не може каратися без ще більшого безправ'я, там слід відкинути своє право, яким би справедливим воно не здавалося»[778]) і, що виразно наголошується, розуму правителя. Останній вищий за закони, і лише йому вирішувати, як застосовувати (і чи взагалі застосовувати) закон. Мета розуму — забезпечити справедливість, яка важливіша за букву закону: «Я кажу це для того, щоби не думали, ніби написаний закон і поради юристів бездоганні й можна повністю обійтися лише ними. Ні, потрібно щось більше»[779]. Правління лише «за допомогою юристів і зводу законів» приносить державі нещастя, є свідченням нерозумності правителя, адже сам закон — лише «мертва книга». І закон, і сила («меч») мають бути лише інструментами справедливості, які застосовує розумний правитель.

Поняття природного права як права справедливості й любові в працях Лютера присутнє, але фактично зливається з християнською етикою. Саме по собі людське право без християнської любові та природного права не може бути богоугодним, «навіть якщо б ти проковтнув усі книги законів та всіх юристів»[780]. При цьому на противагу позитивному праву мислитель підносить людський «здоровий глузд» (тут само — «чистий розум»), основою якого виступають «наповнені розумом» любов

[778] Там само.
[779] Там само.
[780] Там само.

і природне право; «справжнє право» слід шукати у себе в серці: «Слід вважати право, що міститься у зведенні законів, нижче розуму, з якого воно випливає, як з джерела права. А забуття зв'язку права з джерелом веде до захоплення розуму літерами»[781]. Водночас, на думку Г.Дж. Бермана, природне право для Лютера «асоціювалося скоріше із земною, аніж з небесною сферою», адже людина не в змозі осягнути волю Бога[782].

У праці «Легкий метод пізнання історії» (1566 р.) французького юриста Ж. Бодена наголос на позитивному праві як базовому регуляторі людських відносин, формулювання понять «соціальне право» і «публічне право» дало змогу виділити правознавство в окрему сферу наукового знання («ті, хто, поки існує рід людський, абсолютно заслужено має право і честь іменуватися правознавцями»), що засноване на поєднанні знання чинного права, раціональності та ідеї справедливості, відокремивши його як від інших сфер знання (зокрема, від етики), так і від діяльності, спрямованої на правореалізацію («граматиків» у сфері права)[783].

Реалії співіснування різних християнських конфесій у західноєвропейських країнах, ідеологія нових протестантських церков, розвиток правової думки у XVII ст. привели до раціоналізації вчення про природне право[784]. Його стали сприймати насамперед як породження універсальної розумної системи, відображеної у природі людини і навколишнього світу, яку може бути відкрито і реконструйовано філософами і юристами. Завданням науки було пізнання природного права, а позитивне право розглядалося як таке, що більшою або меншою мірою наближається до нього[785].

Основним методом пізнання природного права став спекулятивний раціоналізм; уявлення про єдність, універсальність, незмінність природного права, а також випадковість і несамоцінність позитивного права виводило останнє зі сфери наукового пізнання і залишало предметом переважно практично орієнтованих догматичних досліджень: «Ще не зовсім звільнившись від пут теократії, політика потрапила в

---

[781] Там само.
[782] *Берман Г.Дж.* Вера и закон: примирение права и религии. Москва: Ad Marginem, 1999. С. 126.
[783] *Боден Ж.* Метод легкого познания истории. Москва: Наука, 2000. С. 11–12, 32, 40.
[784] *Спекторский Е.В.* Происхождение идеи общего, или универсального, права // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира: у 2 кн. Кн. 2 / Уклад. І.С. Гриценко, В.А. Короткий; за ред. І.С. Гриценка. Київ: Либідь, 2011. С. 436; *Тарановский Ф.В.* Учение о естественном праве… С. 83.
[785] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 28; *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира: у 2 кн. Кн. 2 / Уклад. І.С. Гриценко, В.А. Короткий; за ред. І.С. Гриценка. Київ: Либідь, 2011. С. 414.

нову кабалу до метафізики»[786]. Математична логіка залишала мало місця для емпіричного пізнання — воно ставало більшою мірою ілюстрацією апріорних мисленнєвих побудов філософів. Г. Гроцій писав: «З усією правдивістю, яку я маю, як математики розглядають свої фігури як абстраговані від тіл, так і при розгляді права я дистанціююся від кожного окремого факту». Водночас він не обмежився апріорним методом, а доводив свою теорію природного права «доказами, заснованими на історії та прецеденті». Г. Гроцій стверджував, що Бог не може порушити чи змінити природне право. С. Пуфендорф був ще послідовнішим раціоналістом, вважав природне право «необхідністю та незмінним набором законів, виведених розумом з природи речей»[787].

Водночас раціоналізм дав початок дослідженню, хай навіть апріорному, розумного природного права — замість опису (звичайно, в ньому було латентно теж присутнє дослідження) Божественного права. Окрім того, поступове виведення вивчення природного права зі сфери теології звільняло його від контролю церкви та створювало основи для його диверсифікації й більш вільної дискусії. Переставало абсолютизуватися й римське право, що сприяло розвитку критичної юридичної думки. Як зазначав Ф.В. Тарановський, «раціоналізм означав насамперед звільнення теоретичного розуму від рабського підкорення авторитетам»[788].

Школа раціоналізованого природного права прагнула встановити на основі природознавчих і математичних підходів вічні й незмінні закони людського співжиття, придатні для будь-якої країни. При цьому розум виступав не лише знаряддям, а й джерелом апріорного пізнання природного права. Попри очевидну нині недосконалість такого підходу слід відзначити, що постановка питання про закони функціонування права трансформувала правознавство із суто догматичної на теоретичну галузь знання, тобто суттєво підвищувала його статус, систематизувала його, робила інструментом законодавчої політики. Природне право ставало джерелом і критерієм оцінки позитивного права[789].

Г. Гроцій у «Вступі до голландської юриспруденції» визначав право як «згоду дій розумної істоти з розумом, що враховує також стосунок цієї дії до когось іншого», при чому розум схильний до справедливості. Позитивне право, як «праця розуму» тут виступає як похідне від природ-

[786] *Ковалевский М.М.* Дух законов // Монтескье. О духе законов / Пер. с фр. под ред. А.Г. Горнфельда, со вступ. статьей М.М. Ковалевского. Санкт-Петербург: Издание Л.Ф. Пантелеева, 1900. С. III, V. Див. також: *Hug W.* The history of comparative law… P. 1044; *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного права… С. 108.

[787] Цит. і переказ. за: *Richter M.* Introduction // Montesquieu Ch. Selected political writings… P. 12–13, 25–26.

[788] *Тарановский Ф.В.* Учение о естественном праве… С. 83.

[789] Про це див. напр.: Там само. С. 83; *Рабінович С.П.* Юснатуралізм у філософії права. Київ: Ред. журн. «Право України»; Харків: Право, 2013. С. 99.

ного, а метою юриспруденції як науки є справедливе облаштування життя, відповідність закону і права[790].

Значна частина вчених при розгляді передісторії порівняльного правознавства звертається до праці Лейбніца "Новий метод вивчення і викладання юриспруденції" *(«Nova Methodus Discendae Decendaque Jurisprudentae»)*, написаної 1667 р., вважаючи, що поряд з раціоналістичною природно-правовою школою в XVII ст. існувало емпірично-компаративістське наукове бачення позитивного права. Зокрема, наводиться таке висловлювання Лейбніца: "Все це зібране разом, як дане Богом, колись складе театр права, у якому всі матеріали всіх народів, місць, часів будуть паралельно продемонстровані"[791]. Як зазначав ще у 1917 р. Дж.Г. Вігмор, Лейбніц «спроектував *"Theatrum Legale"*, який був передбаченням процесів порівняльного права»[792].

Але за своєю сутністю юриспруденція як наука, у баченні Лейбніца, мала бути теоретичною основою природного права[793]. У згаданій праці автор встановлює апріорні основи природного права і проголошує апріорність самої юридичної науки: "Лише як апріорна наука юриспруденція може бути справді показовою, а отже, певною і універсальною наукою, завдяки якій певні дії може бути визначено як справедливі чи несправедливі»[794]. У баченні Лейбніца юриспруденція охоплює не лише справедливість, мораль, природне право, а й навіть теологію[795]. На думку філософа, в основі юриспруденції лежать моральні якості права та обов'язку. В його концепції навіть створення світу і людини Богом вже є актом природного права; зробивши це, Бог не лише реалізував своє право, а й наклав на себе певні обов'язки перед людством.

Водночас Лейбніц виокремлює раціональний (евклідів) метод юриспруденції, який є основою наукового визначення раціональних основ права, встановлює правила юридичного мислення: «1) Жодне слово не

---

[790] *Гроций Г.* Введение в голландскую юриспруденцию / Пер. с англ. И.И. Дахно. Киев: Центр учебной литературы, 2016. С. 33, 35–36.

[791] Переклад з латини наш. У оригіналі: Ex his alique omnibus undecunque collectis, Deo dante, conficiemus aliquando theatrum legale, et in omnibus materiis omnium gentium, locorum, temporum placita παραλλη'λως disponemus. Див.: *Leibniz G.W.* The new method of learning and teaching jurisprudence according to the principles of the didactic art premised in the general part and in the light of experience / Ed. by C.M. de Iuliis. Clark, NJ: Talbot Publishing, 2016. P. 70; *Тарановский Ф.В.* Лейбниц и так называемая внешняя история права // Журнал министерства народного просвещения. Ч. II. С. 35–36; *Wigmore J.Y.* Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae // Harvard Law Review. 1917. Vol. 30. No. 8. P. 813.

[792] *Wigmore J.Y.* Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae… P. 813.

[793] *Johns C.L.* The science of right in Leibniz's practical philosophy: A dissertation … for the degree of Doctor of Philosophy in Philosophy. Stony Brook: State University of New Yourk, 2007. P. 1; *Спекторский Е.В.* Происхождение идеи общего, или универсального, права… С. 435.

[794] *Johns C.L.* The science of right in Leibniz's practical philosophy… P. 2.

[795] *Leibniz G.W.* The new method of learning and teaching jurisprudence according to the principles of the didactic art premised in the general part and in the light of experience… P. 33–34; *Johns C.L.* The science of right in Leibniz's practical philosophy… P. 2.

може бути прийняте без пояснення; 2) жодна пропозиція не може бути прийнята без доведення»[796]. Але його раціональність є суто апріорною і спекулятивною, він встановлює чітку різницю між „юриспруденцією права" і „юриспруденцією факту" й підпорядковує другу першій: правда розуму є нормативною основою для реальних справ[797]. Таким чином, «юриспруденція є наукою, яка визначає допустимі закони держави, тобто закони, які керують законодавцем до установлень держави»[798]. Позитивне право, яке не засноване на апріорній юридичній науці, що узагальнює поняття про природне право та моральність, є випадковим (продукт волі); завдання юриста — уникнути такої випадковості, зробити закони продуктом розуму.

Важливим для розуміння поглядів Лейбніца є пояснення його твердження про те, що теологія входить до юриспруденції. Він пише про «природну теологію» і природне право, джерелом яких є розум, відокремлюючи їх від теології Святого Письма, яка є джерелом позитивного права Бога і людства[799]. Таким чином, джерелом природного права є людський розум, який творить його за допомогою юридичної логіки. Не метафізика є джерелом юриспруденції, а юриспруденція домінує над метафізикою: Бог зв'язаний правом[800].

Отже, Лейбніц підносить людську раціональність, власне, раціональність юристів, але фактично заперечує самоцінність позитивного права. Право людини і держави має бути підпорядковане «божественній юриспруденції»[801].

Глибше зрозуміти ідеї Лейбніца можна за допомогою інших його праць: «Нові досліди щодо людського розуму» (написана 1704, видана 1765) та «Три ступені природного і людського закону» (написана приблизно у 1677–1680, видана у 1893). Відмінності у праві різних народів і держав Лейбніц не вважав суттєвими[802]. Природне право має три ступені розвитку. Перший — період суворого закону / простої справедливо-

---

[796] Цит. за: *Johns C.L.* The science of right in Leibniz's practical philosophy… P. 3.

[797] *Спекторский Е.В.* Проблема социальной физики в XVII столетии // Антологія української юридичної думки: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 1: Загальна теорія держави і права, філософія та енциклопедія права / Упор.: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; відп. ред. В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. Київ: Юридична книга, 2002. С. 499–500.

[798] Цит. за: *Johns C.L.* The science of right in Leibniz's practical philosophy… P. 4–6.

[799] Ibid. P. 6–7.

[800] Між іншим, Лейбніц стверджував, що і речі є не лише об'єктами, а й суб'єктами прав і обов'язків. Див.: *Коркунов Н.М.* История философии права [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.ez2www.com/book_647.html

[801] *Johns C.L.* The science of right in Leibniz's practical philosophy… P. 10; *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition. Cambridge, Mass; London: Harvard university press, 2005. P. 8; *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве. Москва: Университетская типография, 1901. С. 59–60.

[802] Виклад змісту праці «Нові досліди щодо людського розуму» Г. Шершеневичем. Див.: *Шершеневич Г.Ф.* История философии права [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1508_page_35.html

сті («не робити зла іншим»), другий — власне права / дистрибутивної справедливості («кожному віддавати його»), третій — доброчесності / абсолютної справедливості («чесно жити»)[803].

Певною мірою ставлення Лейбніца до проблеми різноманітності права у світі демонструє також його пізніше вчення про монади в «Монадології» (написана 1714, опублікована 1720). Існує безкінечна кількість монад — утворень різного рівня — від елементарної частки до Бога. Монади відрізняються за ступенем своєї свідомості й за цим критерієм ієрархічно сходять від найпростішої до найскладнішої й найдосконалішої (Бога). Вони є унікальними, не здатні взаємодіяти одна з іншою на одному рівні, а лише ієрархічно — згідно з Божим задумом світової гармонії[804]. Таким чином, порівняння монад чи виявлення їх взаємодії не має сенсу.

Отже, для Лейбніца існувало насамперед дві сфери юридичного знання — позитивна юридична догматика / законознавство (він називав її *Scientia Nomothetica*)[805] і природне право *(Scientia Juris Naturalis)*. Його *Theatrum legale* не слід сприймати як порівняльне дослідження права або пролегомену до нього, а скоріше як матеріал для розвитку вчення про природне право. Так само його заклик «викладати внутрішню історію права різних співтовариств»[806] слід розуміти скоріше як надання майбутньому юристу матеріалу для тлумачення чинного позитивного права[807], а не задум створити загальну історію права.

«Універсальною юриспруденцією» для Лейбніца було вчення про справедливість та право, спільні для Бога та людей; у цій науці мало бути поєднано природне і позитивне право. Така наука мала формуватися апріорно, шляхом дедукції принципів, інститутів, норм із загального визначення справедливості. «Універсальна юриспруденція» мала стати мірилом оцінювання позитивного права[808]. Таким чином, ця наука загалом не виходить за межі вчення про природне право, заснованого на розумі. Завданням позитивної юриспруденції ставало порівняння позитивного права з природним — як об'єктивним законом життя, вираженням Божої волі[809].

Позитивне правознавство при цьому виявлялося повністю підпорядкованим ученню про природне право. Як зазначає Р. Берковіц, «Лейбніц вважав, що принцип достатнього розуму унеможливив будь-який розкол між двома світами розуму та волі. Правова наука Лейбніца презю-

---

[803] Ibid.
[804] Ibid.
[805] *Спекторский Е.В.* Проблема социальной физики в XVII столетии… С. 499.
[806] Historia juris interna variarum rerumpublicarum jura recenset. Див.: *Коркунов Н.М.* История философии права…
[807] Детальніше про «внутрішню» і «зовнішню» історію права у Лейбніца див.: *Тарановский Ф.В.* Лейбниц и так называемая внешняя история права...
[808] *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… P. 19–22.
[809] *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 67.

мує, що два джерела права мають спільний виток у раціональному мисленні Бога. Оскільки Лейбніц бачив джерело закону в науково пізнаваному раціональному праві, то його юриспруденція одночасно звільняє позитивне право як окреме джерело права та підпорядковує позитивне право висновкам універсальної правової науки»[810]. Пізніше Х. Вольф, виходячи з такого розуміння правознавства, пояснював відмінності у позитивному праві та його відхилення від природного права тим, що люди недосконалі й часто обирають неправильні рішення[811].

Як відзначають дослідники, у XVIII ст. для правознавства характерним стало змішування вчення про природне право з догматикою римського права, яке сприймалося як втілення ідеальної раціональності[812]. Таке позаісторичне сприйняття римського права вело до його поглинання, виведення зі сфери емпіричних досліджень, поглиблення розриву натуралістичної та позитивної юриспруденції. Але поступово навіть римське право, як вказував Є.В. Спекторський, стало вважатися занадто конкретним, основою вчення про право стала нібито повністю абстрагована від реальності раціоналістична філософія природного права, яка насправді все одно спиралася на римське право[813]. Викладання римського права у німецьких університетах аж до т.зв. «кодифікаційних дебатів» Тибо і Савіньї 1814 р. було практично усунуте, а загальна частина римського права настільки злилася з ученням про природне право, що пізніше Савіньї довелося створювати її заново[814].

Найвпливовішим у межах вчення про природне право у Німеччині став підхід Х. Вольфа та його послідовників, який був суто спекулятивним, не розмежовував правознавство з етикою, теологією, математикою, природничими науками. Належне і дійсне, апріорне і досвідне, позитивне і природне право у цьому вченні були змішані. Розглядаючи цей підхід під кутом розуміння позитивного права, Є.В. Спекторський писав: «Законодавство розумілося …як законопринесення, як «декларація природних законів», як реєстрація державною владою норм, які диктуються розумом та очевидністю»[815]. Як зазначають учені, саме вольфіанство стало теоретико-методологічною основою прусської кодифікації цивільного права у 1794 р.[816]

Але у XVIII ст. поряд із завершенням конструювання раціоналізму в межах натуралістичного підходу до права розвивалася й емпірична, або сенсуалістична, течія, яка стала чинником трансформації всієї натура-

[810] *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… С. 109.
[811] *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 69.
[812] Там само. С. 71.
[813] *Спекторский Е.В.* Происхождение идеи общего, или универсального, права… С. 436–438.
[814] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2013.
[815] *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 414.
[816] Див. напр.: *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science // Boston College Law Review. 1990. Vol. 31. No. 4. P. 843–844.

лістичної юриспруденції. У Франції вона була представлена, зокрема, Е.Б. де Кондільяком та К.А. Гельвецієм, які вважали системи відображенням "реального впливу причин на наслідки чи чинників на факти", стверджували можливість побудови абстрактних систем лише на основі фактів, а не логічних (геометричних) спекуляцій. При цьому французькі філософи XVIII ст. були схильні до визнання "чисто фізичних чинників головними і навіть єдиними творчими причинами системи фактів", але такий "матеріалізм" у них поєднувався з метафізичним мисленням, а саме "поясненням явищ сутностями та зведенням останніх до єдиної природи, як чинника, що творить емпіричні факти"[817]. Вплив цього сенсуалістичного напряму в праві Є.В. Спекторський вбачав у прагненні до залучення широкого емпіричного матеріалу, який піддавався типологізації. Щоправда, типології "були одночасно формотворчими чинниками цього самого матеріалу"[818].

Важливими для подальшого розвитку емпірицистського підходу в натуралістичному правознавстві стали погляди італійського мислителя Дж. Віко, автора «Засад нової науки про загальну природу націй» (1725 р.). Зокрема, він запроваджує поняття «природного права народів». Не ставлячи під сумнів те, що сама природа людини єдина і є творінням Бога, він вважає, що носієм засад природного права є кожний народ; саме в межах кожного конкретного народу відбувається тривалий історичний процес «засвоєння субстанційної єдності» природного права: «Природне Право Народів зароджується самостійно у кожного народу, причому один нічого не знає про іншого, а потім внаслідок воєн, посольств, союзів, торгових відносин воно визнається загальним для всього роду людського»[819]. Отже, природне право для Дж. Віко є сутнісно єдиним феноменом, але водночас визнано легітимність його відмінних форм у різних народів. Матеріалом для пізнання природного права проголошуються звичаї народів. Навіть сам доказ існування природного права для мислителя випливає з емпіричних фактів — подібності правового розвитку різних народів[820].

Але найбільш помітна емпірицистська трансформація вчення про природне право відбулася у творах Ш.Л. Монтеск'є. Ще у «Перських листах» (1721 р.) Монтеск'є виступив проти віднесення теології до наук. На його думку, будь-який вчений має добре розбиратися в предметі, про який він міркує. Теолог, який міркує про Бога, нічого про нього не знає й займається не чим іншим, як приписуванням божеству своїх власних

---

[817] *Спекторский Е.* К вопросу о системе «Духа законов» Монтескье и ее философских источниках // Юридические записки, издаваемые Демидовским юридическим лицеем. 1912. Вып. 3. С. 318–319, 321.

[818] Там само. С. 318–319, 321.

[819] *Вико Дж.* Основания новой науке об общей природе наций // Философия истории: Антология: Учеб. пособие для студентов гуманит. вузов / Сост., ред. и вступ. ст. Ю.А. Кимелева. Москва: Аспект Пресс, 1995. С. 34 - 35.

[820] Там само. С. 34.

людських рис. Він наголошував, що наука не може й не має займатися нічим «надприродним», що пізнання — це відображення в людській голові об'єктивно існуючого матеріального світу[821]. Таким чином, заперечувалася теологічна версія теорії природного права, а також проголошувався емпіричний підхід до наукового пізнання. М.П. Баскін також звертав увагу на вплив на формування праворозуміння Монтеск'є його природничих досліджень, у яких відображено усвідомлення об'єктивного характеру матерії, що існує поза свідомістю, незалежно від неї та має внутрішні закономірності, які людина може осягнути завдяки відчуттям та розуму[822].

У праці «Нарис про причини, які визначають дух і характер» (1736) Монтеск'є сформулював принципово важливу для становлення ідеї правового релятивізму теорію щодо співвідношення фізичних і моральних чинників, які впливають на розвиток суспільства і права: "Якщо на перших етапах розвитку суспільства, в його дикому та варварському станах, основне значення мають фізичні причини, і насамперед клімат, то в цивілізованому суспільстві дедалі більше значення набувають моральні причини, в тому числі політичний лад і позитивні закони держави. Фізичні причини продовжують діяти на загальний дух націй, але їх вплив може бути врахований і нівельований моральними причинами... Призначення моральних причин — виправляти, контролювати та доповнювати фізичні причини»[823].

У вступі до своєї найважливішої праці «Про дух законів»[824] Монтеск'є писав про певні загальні засади у розвитку права кожного народу, які можна визначити і класифікувати. Первинною засадою він, зокрема, вважав природу речей, у дуже широкому розумінні — як суму фізичних та біологічних властивостей та іманентної взаємодії всього, що існує на Землі. Природа речей є основою природного права, яке відмінне від Божественного права (законів релігій). Саме за природним правом люди жили до виникнення суспільства. Закони природи неоднакові для всієї Землі, містять як загальні, так і особливі елементи, адже сама природа різноманітна — ландшафти, клімат, родючість грунтів, наявність чи відсутність виходу до моря та ін.

Закони суспільства, які розвинулися у позитивне право, відмінні від законів природи (Монтеск'є категорично стверджує, що «закони природи не можуть бути місцевими законами»), але не можуть не корелюватися з ними. Вчений засуджує позитивне право, що суперечить природ-

[821] *Баскин М.П.* Шарль Луи Монтескье // Монтескье Ш. Избранные произведения / Общ. ред. и вступ. статья М.П. Баскина. Москва: Госполитиздат, 1955. С. 18–19.
[822] *Баскин М.П.* Монтескье. Изд. 2-е. Москва: Мысль, 1975. С. 7–8.
[823] Цит. та виклад. за: *Азаркин Н.М.* Монтескье. Москва: Юридическая литература, 1988. С. 27.
[824] Ми використали для аналізу публікацію праці в перекладі російською мовою: *Монтескье Ш.-Л.* О духе законов [Електронний ресурс] // Сайт «Викитека». Режим доступу: http:// http://ru.wikisource.org/wiki/o_духе_законов_Монтескье

ному праву як біологічній природі людини, як несправедливе й аморальне, вказує, що засадничі положення позитивного права мають відповідати природному праву. Водночас, хоча закони суспільства виходять із законів природи, враховують їх загальні та особливі елементи, проте уточнюють і корелюють їх, адже кожне суспільство має власну динаміку і напрям розвитку. Тому Монтеск'є вказує на те, що є багато правовідносин, які не можуть регулюватися природним правом. Загалом нормальність співіснування природного і позитивного права, на думку Монтеск'є, випливає з/відповідає подвійній природі людини — як біологічної та розумної істоти.

Динаміка і напрям розвитку суспільства формуються і змінюються під впливом людського розуму, який теж має загальні та окремі елементи: загальна раціональність та раціональність у межах окремого народу. Остання визначається характером (духом) цього народу: «Закон, загалом кажучи, є людський розум, оскільки він керує всіма народами Землі; а політичні та цивільні закони кожного народу мають бути не більше, ніж окремими випадками застосування цього розуму».

Але «первинним розумом» є Бог, він встановив своє право для регулювання відносин із живими і неживими істотами, а також відносин цих істот між собою. Він і сам, як суб'єкт правовідносин, підлягає своїм законам: «Він творить за тими ж законами, які охороняє». Божественне право незмінне та всезагальне, воно відображається у вченнях різних релігій. Сутність Божественного права полягає, зокрема, у справедливості та доброчесності, це є первинним: «Відносини справедливості передують позитивному закону, який їх встановлює». Монтеск'є засуджує невідповідність позитивного права та поведінки людей Божественному праву. До речі, вважаємо недостатньо аргументованою думку М.М. Азаркіна, який вважав, що Бог у Монтеск'є "після акту творення не втручається у розвиток світу, який змінюється згідно із законами як необхідними відносинами, внутрішньо притаманними всім складовим частинам світу"[825].

Але Бог наділив людей розумом і волею, тому існування позитивного права є логічним. І це позитивне право не може бути тотожним Божественному, навіть не завжди йому відповідає, адже вони мають різні цілі: закони релігії мають на увазі мораль окремої людини, а позитивні — стан суспільства в цілому; різними є їх походження і природа. Тому нормально, що сфера застосування Божественного права відмежована від сфери природного права, позаяк Божественне право звертається до людини як до розумної, а не фізичної істоти, і самовідмежована від сфери позитивного права, адже людина наділена власною волею. Загалом Монтеск'є зазначав: «Не слід ані робити предметом постанов Божественного закону те, що належить до законів людських, ані вирі-

[825] *Азаркин Н.М.* Монтескье... С. 21.

шувати за допомогою людського закону те, що підлягає законам божественним».

Монтеск'є сформулював основні відмінності між Божественним і позитивним (людським) правом: Божественне право незмінне і пропонує незмінне і єдине для всіх благо, а людські закони створюються конкретними людьми для конкретних людей, враховують їх волю та конкретні обставини, мають на увазі благо саме цих людей; відносною перевагою релігійних законів є їх абстрактність, людських законів — новизна, динамічність, близькість до реального життя. Відмінність регулятивного впливу релігійного та позитивного права полягає у тому, що «сила релігії засновується на вірі в неї, а сила людських законів — на страху перед ними». Також принципова різниця, на думку Монтеск'є, є між засобами впливу релігії та позитивного права: «Людські закони, які звертаються до розуму, мають давати приписи, а не поради. Релігія, яка звертається до серця, має давати багато порад і мало приписів».

Водночас постулати релігій безпосередньо впливають на поведінку людей, а через це — на правопорядок. Тому між розвитком позитивного права і сферою релігійних норм є взаємозв'язок, який виявляється у зворотному відношенні: чим менший вплив релігії в суспільстві, тим більша роль позитивного права, воно має бути детальнішим, покарання за його порушення мають бути суворішими, і навпаки. Монтеск'є зазначав, що вплив незмінного релігійного права особливо важливий у суспільствах, де свавільна влада довільно змінює і зневажає позитивне право.

Монтеск'є вважав, що можуть існувати кілька істинних (тобто даних Богом), а також неістинні релігії. З тексту «Про дух законів» випливає, що існування різних релігій є навіть природнім, адже вони відображають різницю в природі та суспільному розвитку різних регіонів. Догмати релігій мають відповідати суспільним і політичним відносинам та світогляду населення — принаймні так є в період виникнення кожної з релігій. Він розглядав релігії не з точки зору істинності, а лише як один з регуляторів людської поведінки: які саме цінності (блага) вони пропонують суспільству. Наприклад, на думку Монтеск'є, католицька релігія більше узгоджується з монархічною формою правління, а протестантська — з республіканською. Водночас він, реально чи уявно порівнюючи релігійні вчення, окремим з них надавав перевагу. Наприклад, християнство краще, ніж іслам, тому що пом'якшує моральність; воно виросло на основі філософії та зміцнило її поняття, такий його характер перейшов і у світське законодавство; іслам насаджувався завойовниками, тому пропагує дух винищення, йому більше відповідає деспотизм.

До речі, філософія у Стародавньому світі, на думку Монтеск'є, виконувала роль релігії, формуючи закони моралі. Кілька разів мислитель побіжно згадав національні або регіональні відмінності у розвитку філософії. Але спеціально питання про співвідношення законів релігії

та законів моралі, а також роль філософії у сучасному для нього світі Монтеск'є у праці «Про дух законів» не розглядав, інколи ототожнював їх, інколи називав окремо.

Загалом Монтеск'є класифікував право на такі види: природне, Божественне/релігійне, церковне/канонічне («право релігійної дисципліни»), міжнародне, загальне державне право («має своїм предметом людську мудрість»), окреме державне право, право завоювання («засноване на уявленні про те, що один народ хотів, міг чи мав вчинити насилля над іншим народом»), цивільне право окремих суспільств, сімейне право. При цьому він зазначав, що сфери правового регулювання між цими видами права мають бути розмежовані.

Отже, Монтеск'є здійснив оригінальну диференціацію традиційної сфери природного права — на природне, Божественне, загальне державне право. Божественне право у нього частково позитивується — через визнання можливості співіснування різних релігійних учень та відносне відокремлення від нього церковного/канонічного права. Решта природного права до певної міри перетворюється на звід моральних принципів і чітко відокремлюється від позитивного права. Воно є розумним, раціональним правом, не об'єктивованим у вигляді правових норм.

Власне природним правом Монтеск'є називає фізичні та біологічні закони, що існують незалежно від людського розуму. Останній може їх пізнати, але це не є предметом юридичної науки. Також мислитель вказує, що в основі розвитку права різних країн можуть бути певні наднаціональні ідеї, наприклад ідея свободи. Але, як зазначав Є.В. Спекторський, у пізніших «Думках» Монтеск'є рішучо заперечував вроджені ідеї, переносив істину з людського розуму в зовнішній світ, і органами сприйняття цієї істини вважав наші відчуття[826].

Єдиним «уламком» традиційного вчення про природне право, визнаним Монтеск'є, є «загальне державне право», яке є відображенням загальної людської мудрості («яка створила всі людські суспільства»). Отже, він не відмовився від ідеї раціонального природного права, але принципово звузив і трансформував його сферу, фактично заперечивши його метафізичну природу. «Загальне державне право» не метафізичне, воно є досвідом людства, який пізнається юридичною наукою. Воно має стати мірилом розумності позитивного права окремих народів, але не орієнтиром для їх раціональної уніфікації. Таким чином, індивідуалізоване соціальне право поступово стає основним регулятором у суспільствах, поглинаючи та заміщуючи природне та Божественне право.

Ідеї Монтеск'є щодо радикальної трансформації теорії природного права, які фактично розкладали та знищували останню, на відміну від інших його концепцій, зокрема щодо типології форм правління, не були

[826] *Спекторский Е.* К вопросу о системе «Духа законов» Монтескье и ее философских источниках... С. 313.

прихильно зустрінуті багатьма провідними представниками тогочасної політико-правової думки. Наприклад, Гельвецій у листі до нього зазначав: «Людина, яка прагне бути корисною ближньому, має більшою мірою займатися розкриттям істинних принципів кращого порядку речей, аніж виводити ці принципи з існуючого»; Вольтер, Дідро, Кондорсе вказували, що позитивне право має оцінюватися не в порівнянні з іншим позитивним правом, а щодо його відповідності ідеї справедливості[827]. Руссо у 1762 р. стверджував: жодний метод не може бути таким сприятливим для ворогів свободи, як намагання встановити право через факт: "Щоби скласти правильне уявлення про те, що існує, слід знати, що має бути"[828]. Водночас згадані ідеї Монтеск'є були адекватно оцінені на його батьківщині та за кордоном. Ми розкриємо це докладніше в інших розділах нашого дослідження.

Сучасні дослідники високо оцінюють роль Монтеск'є у процесі розкладу теорії природного права у XVIII ст. Зокрема, Ч. Донахью вказує на те, що порівняно з представниками школи природного права XVII ст. у праці «Про дух законів» відсутня ідея еталону («зразкового наративу») права, «з якого виводяться принципи і потім використовуються для контролювання прикладів», тобто первинно сформульований ідеал (як у прихильників школи природного права), з яким зіставляються приклади з позитивного права, або який просто ілюструється такими прикладами. Відповідно замість засудження випадків, не відповідних еталону, з'являється парадигма пояснення різноманітності позитивного права[829].

Водночас у оцінках відповідних ідей Монтеск'є нерідко присутній і певний телеологізм, що відображається у відвертій чи прихованій «вимозі» до мислителя чітко і остаточно відмовитися від теорії природного права. М.К. Ренненкампф у 1869 р. вказував на непослідовність Монтеск'є: поважаючи дійсний світ, він водночас виявляв себе як представник школи природного права, «багато з його пояснень, які виводилися, як йому здавалося, з позитивних фактів, були простими посилками і висновками відстороненого розуму; сама наука порівняльного правознавства зливається у нього, як і у Бекона та Бентама, з поняттям філософії права»[830]. І навпаки, Л.В. Батієв стверджує, що праця "Про

[827] *Ковалевский М.М.* Дух законов… С. VI; *Шершеневич Г.Ф.* История философии права. Москва: Университетская типография, 1906 [Електронний ресурс] // Сайт «Вузовская литература». Режим доступу: http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1508_page_35.html

[828] *Руссо Ж.-Ж.* Эмиль, или О воспитании / Руссо Ж.-Ж. Сочинения. Об искусстве и литературе. Педагогические фрагменты. Калининград: Янтарный сказ, 2001. С. 339–340. Цит. за: *Батиев Л.В.* Учение Ш. Л. Монтескье о «духе законов» // Юридический вестник Ростовского государственного экономического университета. 2005. № 1 [Електронний ресурс] // Сайт «Федеральный правовой портал». Режим доступу: www.law.edu.ru; *Richter M.* Introduction // Montesquieu Ch. Selected political writings… P. 13.

[829] *Donahue Ch.* Comparative Law before the Code Napoleon… P. 26–28.

[830] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 94–95.

дух законів" відображає розрив з природно-правовою парадигмою (від неї "залишилася, по суті, одна фразеологія")[831].

М.М. Ковалевський і Г.Ф. Шершеневич зазначали, що Монтеск'є «не стільки робив висновки з фактів, скільки підводив факти під узагальнення, схоплені інтуїтивно», факти перетворював на ілюстрації до апріорно встановлених ним засад[832]. Є.В. Спекторський та Ф.В. Тарановський зазначали, що «гносеологія Монтеск'є — це повторення гносеології Локка», а також вказали на ідейний та структурний вплив на «Про дух законів» праць Арістотеля[833].

Є.В. Спекторський вказував на нерозробленість і латентність методології Монтеск'є, яку і сам мислитель не до кінця усвідомлював, а читачі його праці мають її вгадувати, на поєднання ним "взаємовиключних якостей індуктивного збирача і дедуктивного, іноді навіть апріорного систематика", на відсутність у праці "Про дух законів" ідеї історичної еволюції. Спекторський відзначив вплив на формування ідей Монтеск'є дискусії між раціоналістами та сенсуалістами, в якій останні виступили проти апріорної систематики раціоналістів[834].

Цієї ж думки дотримувався М.М. Азаркін: коріння методології пізнання права Монтеск'є слід шукати в дискусії XVII–XVIII ст. між раціоналістичними та емпіричними підходами в європейській правовій думці. Раціоналісти Декарт, Спіноза, Лейбніц та інші спиралися на математичні методи, розглядали і фізичний, і суспільний світ як раціоналістичні конструкції, стверджували логічну всезагальність та необхідність. Натомість емпіристи — англійські мислителі Бекон, Гоббс, Локк та інші — «вважали основним у пізнанні не інтелект людини, а її чуттєвий досвід і спиралися на індуктивно-експериментальні науки». Монтеск'є у цьому заочному диспуті був ближчий до емпіристів, піддав критиці вчення раціоналістів про вроджені ідеї, переддосвідне знання, "більше цінував локківський підхід до пізнання світу, відзначаючи разом з тим недооцінку цією гносеологією абстрагуючої діяльності розуму"[835].

Р. Хіршл вказує на слабкі місця методології Монтеск'є: підбір порівнюваних прикладів є несистематичним, тенденційним і слугує для обгрунтування теорії, сформульованої ненауковим шляхом. Також порівняно з "еволюціоністською" (соціологічною) школою порівняльного правознавства XIX ст., яку Р. Хіршл, очевидно, вважає класичною для цієї наукової дисципліни, він відзначає те, що Монтеск'є не порвав з

---

[831] *Батиев Л.В.* Учение Ш. Л. Монтескье о ¨духе законов¨...

[832] *Ковалевский М.М.* Дух законов...; *Шершеневич Г.Ф.* История философии права...

[833] *Спекторский Е.* К вопросу о системе «Духа законов» Монтескье и ее философских источниках... С. 309, 325–326; *Тарановский Ф.В.* Заметки о Монтескье // Юридические записки, издаваемые Демидовским юридическим лицеем. 1913. Вып. 1–2. С. 5, 27.

[834] *Спекторский Е.* К вопросу о системе «Духа законов» Монтескье и ее философских источниках... С. 297, 309, 318–319, 321.

[835] *Азаркин Н.М.* Монтескье... С. 31.

теорією природного права та відповідно не розглядав позитивне право як самоцінний феномен, а також розглядав право статично і тому порівнював суспільства, які перебувають на різних стадіях суспільного розвитку[836]. П. де Круз стверджує, що Монтеск'є «використав метод порівняльного права для того, щоби покласти своє вчення про природне право на емпіричну основу»[837]. Р. Лоне стверджує, що Монтеск'є «спеціально пристосовував» свою типологію та обирав приклади для обгрунтування оптимальності обраної ним форми правління[838].

Більш докладно ці аргументи розглядаються в роботах М. Ріхтера, який звертає увагу на те, що у праці «Про дух законів» правовий релятивізм, хоча й проголошується, але автор дотримується його не в усьому, засуджуючи закони, які не відповідають природі людини чи порушують природне право, він «часто сповзає в моральні та політичні твердження, засновані на абсолютному стандарті»[839]. На думку М. Ріхтера, у праці «Про дух законів» не відбувається індуктивне формування узагальнень та висновків, натомість факти використовуються як вихідний матеріал для філософських узагальнень чи як ілюстрація до сформульованих принципів та законів. «Важливо зрозуміти, що для Монтеск'є факти важливі до тієї міри, до якої їх зв'язки та взаємозалежність розуміються як такі, що відображають цілість»[840]. Ці цілості чи типи підпорядковано концептам природи та принципу правління.

М. Ріхтер наголошує на суперечності методології Монтеск'є, який проголошував правовий релятивізм і необхідність емпіричного пізнання позитивного права різних країн і народів, «був першим значним політичним філософом, який визначив свій предмет як справді глобальний», з одного боку, і займався натомість «раціональною демонстрацією» сформульованих апріорно принципів і теорій, відтворенням чи конструюванням справедливого Всесвіту. На думку М. Ріхтера, «Монтеск'є писав як громадянин світу, заклопотаний практичними наслідками [своїх теорій. — *О.К.*], а не як безсторонній аналітик поза практикою і правом, які вивчаються»[841].

На думку М. Ріхтера, Монтеск'є, загалом поділяючи ідею секулярного природного права, був достатньо незалежним щодо теорій її творців: «Кожного разу, як погляди теоретиків природного права конфліктували з його власними, Монтеск'є відкрито відкидав їх теорію права, брав

[836] *Hirschl R.* Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law // Montesquieu and His Legacy / Ed. by R.E. Kingston. Albany, NY: State University of New York press, 2009. P. 199–200, 202, 205.
[837] *De Cruz P.* Comparative Law in Changing World… P. 12.
[838] *Launay R.* Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law… P. 25–26. Див. також: *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre // The Journal of Legal History. 2007. Vol. 28. No. 1. P. 17.
[839] Цит. і переказ. за: *Richter M.* Introduction // Montesquieu Ch. Selected political writings… P. 12–13, 25–26.
[840] Ibid. P. 12–13, 25–26.
[841] Ibid.–P. 12–13, 25–26.

окремі її частини, щоби використати у спосіб, невідомий її оригінальним авторам, чи додавав невідомі їм аргументи». М. Ріхтер дійшов висновку, що праця «Про дух законів» за своїм характером є насамперед філософською: «Він був політичним філософом незалежно від того, як багато практичних висновків можуть випливати із застосування певних його методів та припущень»[842].

На нашу думку, найбільш послідовно сутність такого погляду на значення праці «Про дух законів» у контексті становлення порівняльного правознавства розкрита В.Н. Денисовим: «До загального поняття закону Монтеск'є включав всі незмінні закони, що діяли у фізичному світі, і всі мінливі закони, що діяли серед розумних істот. Звідси випливає, що людський закон має відповідати поняттю закону взагалі. Тому й юридичні закони інших країн просвітники також бачили крізь призму загальних законів, що визначали природу людини і суспільства... Через це Ш. Монтеск'є не можна вважати засновником порівняльного правознавства. Він по праву може бути названий лише провісником порівняльного правознавства»[843]. З таким висновком погоджується А.Х. Саїдов[844].

Аналізуючи погляди Монтеск'є на співвідношення природного і позитивного права, слід наголосити на обгрунтуванні ним невипадковості й навіть природності правового різноманіття, а також неоднорідності природи речей та Божої волі для різних народів. Таким чином знімається характерна для попереднього періоду розвитку правової думки опозиція між єдиним для всіх природним правом, як втіленням Божої волі чи наслідком всезагальної й єдиної природи речей, та більшою чи меншою мірою випадковим різноманіттям позитивних прав, спричиненим людськими пристрастями і спокусами, недосконалістю людського розуму, нездатного осягнути Божу волю та / чи логіку природної світобудови.

Отже, на думку Монтеск'є, Бог створив природу різноманітною, таким же різноманітним є господарство народів, тому однакового природного права для всіх немає, для кожного народу воно окреме. Та навіть таке індивідуалізоване природне право є лише основою правового розвитку і не може бути безпосередньо трансформоване в позитивне право, вони ніколи не стануть тотожними. Більше того, розвиток людських суспільств привів до появи сфер правовідносин, які не можуть регулюватися природним правом. Таким чином, багатоманітне природне право, хоча й залишається орієнтиром для позитивного права, не є зразком для копіювання. Зникає телеологічність нібито руху позитив-

[842] Ibid.–P. 10–14, 16, 25–27, 32.
[843] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения... С. 252–253.
[844] *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности)... С. 22.

ного права в напрямі до єдиного абсолютного природного / Божественного права.

Божественне право, відокремлене у вченні Монтеск'є від природного права, перетворюється на ідею справедливості, але також не може претендувати на безпосереднє регулювання суспільних відносин, позаяк визнається окрема логіка розвитку людських суспільств, котрі є творінням людського розуму, і автономія людської волі. Окрім того, Божественне право по-різному відображається у вченнях різних конфесій, а тому, на думку Монтеск'є, теж є різноманітним і відповідає природним і суспільним умовам певних народів.

4.2 Поглиблення кризи ідеї природного права і формування позитивістського праворозуміння (друга половина XVIII — початок XIX ст.)

Розвиток таких ідей можна побачити у теорії суспільства як соціального індивіда професора Ієннського університету Кьолера у середині XVIII ст. Конструюючи універсальну мережу суспільств, він писав про загальне соціальне право, яке є одночасно і природним, і осмисленням суми досвіду і взаємодії людських об'єднань (у тому числі держав) в її еволюції. Є.В. Спекторський звертав увагу, що вчення Кьолера стало основою формулювання Й.С. Пюттером системи природного права на основі універсального соціального права (тобто права людських суспільств. — *О.К.*)[845]. Інший тогочасний німецький вчений К.Ф. Паулі у середині XVIII ст. уже чітко ототожнював загальне державне право з позитивним, називаючи його правовою статистикою, виключаючи з неї як належне, так і можливе[846].

Пюттер додав до цього комплексу концептів ідею історичної еволюції права, виступив проти поширеного ототожнення римського права з природним, вказував на те, що природні умови та історичний розвиток викликають особливості та еволюцію потреб людських суспільств у створенні та вдосконаленні держави та права[847]. Як зазначав Ф.В. Тарановський, «емпіричний напрям, який проводився Й.С. Пюттером та його сподвижниками, був реакцією на виродження школи природного права, яке виразилося у появі своєрідного раціоналістичного догматизму. Безплідність останнього забезпечувала успіх емпіричного напряму і вела до повного усунення раціоналізму зі сфери наукового правознавства»[848].

---

[845] *Спекторский Е.В.* Происхождение идеи общего, или универсального, права… С. 443.
[846] *Тарановский Ф.В.* Юридический метод в государственной науке: очерк развития его в Германии: Историко-методологическое исследование. Варшава: Типография Варшавского учебного округа, 1904. С. 243.
[847] *Дерюжинский В.Ф.* Гуго // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. IX. Санкт-Петербург, 1893 [Електронний ресурс] // Сайт "Викитека". Режим доступу: http://ru.wikisource.org/wiki
[848] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 29.

У праці Пюттера «Новий досвід юридичної енциклопедії та методології» 1767 р. відображені відкинення раціонального догматизму школи природного права, бачення історичної еволюції права як самостійної наукової проблеми, прагматичного, а не метафізичного зв'язку в історії права[849]. Разом із запереченням метафізичної (теологічної чи універсально-раціоналістичної) детермінованості правового розвитку ідея природного права редукувалася ним до осмислення досвіду та можливих/бажаних перспектив розвитку позитивного права. І.Ф. Рейтемейєр у своїй «Енциклопедії та історії прав у Німеччині» 1785 р. розвинув еволюційно-позитивістський погляд на право, але не відкидав й ідеї природного права, а Мезер і Гуго виступали проти останньої більш послідовно[850]. Погляди Гуго на проблему природного права ми розглянемо нижче.

Слід також наголосити, що у принципово важливій, зважаючи хоча б на її багаторазове перевидання в оригіналі й перекладах, праці «Наука законодавства» Г. Філанджієрі у 1782 р. ідея природного права в принципі відкидалася. Автор доводив, що навіть історично природного стану як єдиного для всього людства, не розділеного на окремі суспільства, бути не могло[851].

Надалі визначальним у цій сфері став вплив праць Канта та їх інтерпретацій. Своє вчення про право І. Кант розвинув насамперед у «критичний» період своєї творчості — з 1780-х років. У своїй «Метафізиці моральності», виданій 1797 р., він зазначає, що двома елементами юриспруденції як науки є вчення про позитивне та природне право. Останнє ж визначається ним як «незмінні принципи для будь-якого позитивного законодавства»[852]. Без цих принципів, зазначав Кант, емпіричне вчення про право — це голова, «яка може бути чудовою, але не має мозку»[853]. Природне право Канта засновується на апріорних принципах. Тобто мірилом справедливості права виступає чистий розум. Водночас це твердження було висловлено достатньо невиразно і докладно не розкрите[854].

Але Кант чітко вказує, що вчення про природне право не може мати нормативного значення, а виступає лише критерієм його оцінки, етичним імперативом. Таким імперативом для мислителя є «загальний

---

[849] Там само. С. 302–303; *Тарановский Ф.В.* Юридический метод в государственной науке: очерк развития его в Германии… С. 158.

[850] *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты // Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 38.

[851] *Filangieri G.* The science of legislation. Vol. I. London, Bristol: Emeri and Adams, 1806. P. 1–2, 4–5.

[852] *Кант И.* Метафизика нравов / Кант И. Сочинения: В 6 т. Т. 4(2): Сочинения по этике. Москва: Мысль, 1965. С. 138.

[853] Там само. С. 139.

[854] Там само. С. 141. Див. також: *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве. С. 123–124, 136–137, 153.

закон свободи»[855]. Він недвозначно вказує на неприпустимість змішування права (позитивного права, що регулює зовнішню поведінку людей, їх правовідносини) з етичними максимами чистого розуму (природним правом): «Не можна вимагати, щоби цей принцип усіх максим сам, у свою чергу, був моєю максимою, тобто щоби я зробив його для себе максимою мого вчинку… Робити правильні вчинки своєю максимою — це вимога, яку висуває до мене етика»[856]. Тобто дотримання етичних імперативів природного права є особистою справою людини, належить до проголошеної ним автономії людської волі.

Щоправда, цьому суперечить уявлення Канта про вроджені права людини (внутрішнє право), які, на відміну від набутих (зовнішнього права), «належать кожному від природи незалежно від будь-якого правового акту»[857]. Також у більш ранній праці «Ідея загальної історії у всесвітньо-громадянському плані» (1784 р.) він зазначав: «Прояви волі, людські вчинки, подібно до будь-якого явища природи, визначаються загальними законами природи»[858]. Там само він стверджував наявність «таємного плану природи», який визначає історичний розвиток людства: «Здійснити внутрішньо і для цієї мети також зовнішньо досконалий державний устрій»[859].

У праці 1795 р. «Вічний мир» Кант розвивав ідеї первісного (природного) стану людства, коли правовідносини регулювалися природним правом, а також такого елемента природно-правової теорії, як суспільний договір, проголошував єдину справедливу форму правління для будь-якої держави — республіку. Вказується, що людину як істоту чуттєву (фізичну), як і всі інші елементи природи, детермінує Божий замисел через закон доцільності[860].

Водночас мислитель зазначає, що Бог не обмежує волі людини як розумної істоти (друга природа людини поряд з фізичною). Кант виділяє в історії людства момент переходу до громадянсько-правового стану, за якого суб'єктивне (позитивне) право не відчужується від об'єктивного (природного): «Закони взагалі містять основу об'єктивної та практичної необхідності»[861]. Тут він розглядає державу як моральну особистість, таким чином визнаючи автономність волі держави, в тому числі в правотворенні; «принципом усіх прав» проголошує загальну волю народу. Мислитель не акцентує увагу на питанні про дію природного права в

[855] *Кант И.* Метафизика нравов… С. 139. Див. також: *Кант И.* Вечный мир. Философский очерк / Пер. С.М. Роговина, Б.В. Чредина, под ред. Л.А. Камаровского. Москва: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1905. С. 13.
[856] *Кант И.* Метафизика нравов… С. 140.
[857] Там само. С. 145–146.
[858] *Кант И.* Идея всеобщей истории во всемирно-гражданском плане // Философия истории: Антология: Учеб. пособие для студентов гуманит. вузов / Сост., ред. и вступ. ст. Ю.А. Кимелева. Москва: Аспект Пресс, 1995. С. 57.
[859] Там само. С. 65.
[860] *Кант И.* Вечный мир… С. 3, 7, 9, 29.
[861] Там само. С. 31, 36, 12.

громадянсько-правовому стані й не вносить його до «правового устрою», а натомість говорить про космополітичне право *(jus cosmopoliticum),* яке формується завдяки взаємовпливам людей і держав, — тобто про елементи загального права, які формуються не метафізичним, а досвідним шляхом. Його однозначно віднесено до «публічного права»[862]. Запропоноване Кантом «космополітичне право», на нашу думку, остаточно витіснило ідею про природне право — не лише як власне право, а й як про правову доктрину, джерело правового мислення і правової аргументації.

У цій праці природний стан характеризується як беззаконний, часткове обмеження людської свободи через державно-правовий примус визнається благом. Найвиразнішим тут є відомий вислів Канта: «Право людей (найсвятіше з того, чим Бог володіє на Землі)»[863]. Мислитель при цьому стверджує, що і культура, і розум людей прогресують, а отже право розуму не є незмінним і метафізичним, воно є ідеалом, що еволюціонує та відображає інтелектуальний і культурний розвиток людства. У «Вічному мирі» Кант припустив здійсненність чистих принципів права[864].

Отже, чистий розум і практичний розсудок, категоричний імператив і дійсність, тимчасова й мінлива раціональність позитивного права і вічна розумність природного права не суперечать одне одному. Кант вважав реальний (емпіричний) правовий стан — сферу розсудку — лише тимчасовим на шляху до права чистого розуму, але він закликав сприймати такий тимчасовий стан як даність: «Закони взагалі містять у собі основу об'єктивної та практичної необхідності»[865].

У більш ранніх працях мислитель підкоряв будь-які правові устрої, як тимчасово раціональні, остаточним розумним апріорним побудовам[866]. На нашу думку, позиції пізнього Канта принципово не змінилися, відбулася лише чіткіша диференціація юридичного та філософського знання, визнання автономності правової сфери як творіння раціональної (чи навіть ірраціональної) колективної людської свідомості й волі.

Характерний вислів, з якого починається праця Канта «Метафізика моральності» (1797): «Немає в світі, а також поза ним нічого такого, про що можна було б подумати, що воно може бути розглянуто як абсолютно добре, окрім доброї волі»[867]. І принципово важливою є структура праці,

---

[862] Там само. С. 12–14, 28, 36.
[863] Там само. С. 17, 24.
[864] Там само. С. 62–63. Див. також: *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 148.
[865] *Кант И.* Вечный мир… С. 9.
[866] Див. напр.: *Пилянкевич Н.И.* История философии права // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира: у 2 кн. Кн. 1 / Уклад. І.С. Гриценко, В.А. Короткий; за ред. І.С. Гриценка. Київ: Либідь, 2011. С. 244.
[867] *Кант И.* Метафизика нравов… С. 137.

а саме її поділ на дві частини: «Метафізичні засади вчення про право» та «Метафізичні засади вчення про чесноти». Отже, мораль не абсолютна і, в будь-якому разі, відносно відокремлена від права; право є творінням колективної волі, а не теоретичною моделлю філософа.

Зрештою в «Метафізиці нравів» Кант вказав, що правом є лише зовнішнє право (позитивне), забезпечене примусом, і воно не може спиратися на індивідуальні моральні уявлення та мотиви[868]. «Закон взаємного примусу» для Канта узгоджується із «загальним законом свободи»[869]. Відтак позитивне право перестає бути відображенням сваволі й легітимізується: «Справедливість стосується лише суду сумління *(forum poli)*, а кожне правове питання має вирішуватися на підставі цивільного права *(forum soli)*[870]. У цій праці Кант уже не просто апологетизує, а освячує позитивне право: «Закон, який настільки священний, що було б злочином хоча б на мить піддавати його сумніву, видається ніби таким, що виходить не від людей, а від вищого законодавця. Саме таке значення положення: «будь-яка влада походить від Бога»»[871].

Природне право (право розуму), отже, практично втрачає свою ідентичність, перестає бути метафізичним, а стає етичною категорією, із світу природи (соціальної фізики) переходить до світу свободи (соціальної філософії, філософії права)[872]. Як зазначав С. Кечекьян, розрив між наявним і належним стає нездоланним, моральність і легальність чітко відокремлюються, легальність стає незалежною від моральності[873]. Питання щодо їх примирення нині чи у майбутньому знімається з порядку денного юридичної науки. Сферою юридичної науки стає наукове пояснення наявного (позитивного права), а моральнісна оцінка — вчення про належне, ідеальне (природне право) — справою філософії, етики; їх не слід плутати[874].

Кант у своїх працях 90-х років XVIII ст. запропонував основи універсального філософського вчення про позитивне право, в тому числі

---

[868] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 845.
[869] *Кант И.* Метафизика нравов… С. 141–142.
[870] Там само. С. 144. Див. також: *Кант И.* Вечный мир… С. 13.
[871] Цит. за: *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 137.
[872] Див. напр.: *Кант И.* Вечный мир… С. 64. Див. також: *Алексеев Н.Н.* Науки общественные и естественные в историческом взаимоотношении их методов. Ч. I: Механическая теория общества. Исторический материализм. Москва: Типография Императорского Московского университета, 1912. С. 107; *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 844.
[873] *Кечекьян С.* О понятии естественного права у Канта и Гегеля // Вопросы философии и психологии. 1915. Т. XXVI, кн. 128 (III). С. 450–451. Те ж саме: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2004; *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 76, 82; *Нарский Н.С.* Европейская домарксистская философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. и начало кризиса буржуазной философии // Антология мировой философии: В 4 т. Т. 3: Буржуазная философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. / Редколл.: Н.С. Нарский (ред.-сост.) и др. Москва: Мысль,1971. С. 15.
[874] Див. напр.: *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 92.

виокремив договірну й соціальну сутність позитивних правопорядків, сконструював їх типологію, обгрунтував національно-державний правопорядок — соціальне окреме — як базову та неминущу модель правового розвитку, а також нетрансцендентний, іманентний характер соціального загального. В цілому вчення Канта останнього періоду його життя можна визначити як філософію національного позитивного права.

Таке наше бачення загалом відповідає традиційним поглядам дослідників інтелектуальної спадщини Канта. Наприклад, М.М. Алєксєєв у 1912 р. стверджував, що філософія Канта являє собою радикальну емансипацію від натуралістичних теорій права[875]. П.І. Новгородцев у 1901 р. зазначав, що, «встановивши межі теоретичного… пізнання, Кант відкрив доступ для діяльності практичного розуму»[876].

Водночас ми погоджуємося і з думкою У. Евальда, який вказує на те, що філософія права Канта не зовсім відповідає і навіть суперечить його моральній філософії, зокрема в питанні щодо природного права: його моральна філософія вимагає, щоби істинна етика (до якої належить і природне право) була універсально застосовуваною, а його філософія права чітко відокремлює зовнішнє нормативне (позитивне) право від внутрішньої, особистої моралі[877]. Століттям раніше на це вказував П.І. Новгородцев[878].

Припускаємо, що філософсько-правові праці Канта 1795–1797 рр. слід розглядати не просто як частину його критичної філософії 1780-х рр., а як її модифікацію. Втім докладне дослідження цієї проблематики не входить до предмета нашого дослідження. Констатуємо лише: до 1795 р. юридична проблематика у працях Канта практично не розроблялася; єдиного погляду на співвідношення вчення Канта про право з його основними працями, написаними на пару десятиліть раніше («Критика чистого розуму», «Критика практичного розуму», «Пролегомени»), немає.

Ми поділяємо думку М. Рейманна, який зазначав, що кантівські праці «повністю дискредитували школу природного права в очах покоління правових мислителів після Канта»[879]. Водночас ми не зовсім згодні з твердженням цього дослідника, що Кант трансформував частину сфери вчення про природне право у філософію права. Вважаємо, що філософію права як систему Кант не створив і не проектував, повністю відносячи філософське вчення про право до сфери моральної філософії. Звичайно, це аж ніяк не применшує значення Канта як мислителя, який об'єктивно заклав основи філософії права.

---

[875] *Алексеев Н.Н.* Науки общественные и естественные в историческом взаимоотношении их методов… С. 104–105. Те ж саме: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 1999.
[876] *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве... С. 77.
[877] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 1998–2002.
[878] *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 105.
[879] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 845.

Ми не можемо погодитися і з думкою А.М. Михайлова, який стверджує: «Канту належить безумовна першість у формуванні погляду на природне право як на право належне, ідеальне, а не як на завершену цілісність норм та принципів, що походять від розуму і реально існують. Саме тому Канта сміливо можна вважати родоначальником традиції «відродженого» природного права»[880]. Натомість є підстави стверджувати, що у працях Канта 1790-х років, де, власне, й представлено його погляд на право, природне право однозначно кваліфіковане не як право, а як мораль. Теоретики ж відродженого природного права використали ідеї Канта, але не мають підстав проголошувати його родоначальником свого напряму.

Також для розуміння трансформації ідеї природного права та формування вчення про позитивну юридичну науку принципове значення мають погляди геттінгенського професора Г. Гуго, учня і сподвижника Пюттера і Федера, інтерпретатора ідей Лейбніца та Монтеск'є. Його традиційно відносять до послідовників учення Канта[881]. Ми не зовсім із цим згодні, адже, як зазначалося вище, Кант створив своє вчення про право лише у 1795–1797 рр., а принципово важливі праці Гуго, що містили ідею філософії позитивного права, з'явилися до цього; саму ж цю ідею пропагував ще його вчитель Пюттер.

У своєму «Підручнику» 1789 р. та інших працях Гуго виступив з послідовною критикою теорії природного права, стверджуючи, що держава і право не походять від раціональних теорій, а є продуктом поступового розвитку окремих народів і в своїй еволюції залежать від цілої низки об'єктивних і суб'єктивних чинників, є невід'ємною частиною історії та культури народів[882]. Один з варіантів вирішення цього питання був запропонований Й.Й. Кьонігом: «Очевидно, що такий погляд на право бере свій початок у критичній філософії Канта і що Гуго намагався застосувати його до права навіть більш вдало, ніж сам Кант»[883]. А О.М. Мироненко стверджував, що Гуго «відкидав кантівське метафізичне вчення про право»[884]. Ми не заперечуємо співпадіння деяких базових засад критики теорії природного права Кантом і Гуго, але припускаємо можливість абсолютно різних форм взаємодії їх ідей. Констатуємо лише: з точки зору історичної перспективи, погляди

[880] *Михайлов А.М.* Идея естественного права: история и теория. Москва: Юрлитинформ, 2010. С. 219.
[881] Див. напр.: *Лысенко О.Л.* Густав Гуго // Антология мировой правовой мысли: в 5 т. – Т. III: Европа. Америка: XVII–XX вв. / Нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проекта Г.Ю. Семигин. Мысль: Мысль, 1999. С. 271; *Чичерин Б.Н.* История политических учений. Т. 3. 2-е изд., испр. Санкт-Петербург: Изд-во РХГА, 2010. С. 125; *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 34; *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 849.
[882] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… S. 117; *Лысенко О.Л.* Густав Гуго… С. 271.
[883] *Кёниг И.* Савиньи и его отношение к современной юриспруденции // Немецкая историческая школа права. Челябинск: Социум, 2010. С. 362.
[884] *Мироненко О.М.* Історична школа права // Правова держава. 1999. Вип. 10. С. 233.

Канта і Гуго на проблему природного права сформувалися практично одночасно.

Гуго визнавав ідею природного права як права розуму, необхідності, «проти якої діяти фізично хоча й можливо, але нерозумно, неправильно» — поряд з природною необхідністю[885]. Але саме природне право для мислителя зовсім не метафізичне. Скоріше воно — результат наукового розгляду підсумків розвитку права у загальнолюдському вимірі[886]. Тому ми погоджуємося з думкою М. Рейманна: «Для Гуго поняття «розумні основи» не означало філософської спекуляції»[887]. Розумність права для Гуго — не поза правом, у сфері метафізики, а в самому позитивному праві як історичному досвіді: «Вчена ліберальна юриспруденція — розумна основа наукового пізнання права»[888].

«Філософія позитивного права» Гуго, значною мірою заснована на різниці між вимогами тимчасової раціональності та остаточної розумності, в своїй основі має ідею самоцінності позитивного права, яке презюмується як раціональне (навіть якщо не збігається з морально-етичними імперативами) та історично невипадкове і має пізнаватися емпірично[889]. Філософії природного права він фактично протиставив свою систему філософії позитивного права, згідно з якою будь-яке чинне право має сприйматися як факт[890], у своєму походженні та співвідношенні з іншим правом, а не оцінюватися з точки зору абстрактних філософських побудов: «До нескінченних пар протилежних одна одній сил і поглядів, сукупна дія яких створює щось у природі чи в розумовій сфері, належать також філософія та позитивне право. Між тим як будь-яке філософствування засноване на дослідженні, на самостійній думці, на незалежності від чужих приписів, все юридичне є справою вивчення та пристосування до існуючого. Поєднання одного й іншого, філософія позитивного права, є розумне, засноване на поняттях пізнання того, що може бути правомірне...»[891].

---

[885] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. III. Европа. Америка: XVII–XX вв. / Нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проекта Г.Ю. Семигин. Москва: Мысль, 1999. С. 272.

[886] *Hugo G.* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 1. Band, welcher, als allgemeine Einleitung in die Jurisprudenz uberhaupt und den civilistischen Cursus ins besondere, die juristische Encyclopadie enthalt. Zweiter, ganz von neuem ausgearbeiteter, Versuch. Berlin, 1799. S. 87–88. Цит. за: *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs... S. 103.

[887] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science... P. 849.

[888] Цит. за: *Мироненко О.М.* Історична школа права... С. 234.

[889] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики... С. 273; *Чичерин Б.Н.* История политических учений. Т. 3... С. 125; *Лысенко О.Л.* Густав Гуго... С. 271; *Камаровский Л.А.* От редактора // Кант И. Вечный мир. Философский очерк / Пер. С. М. Роговина, Б.В. Чредина, под ред. Л.А. Камаровского. Москва: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1905. С. XX.

[890] *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. 9-е изд. Санкт-Петербург: Издание юридического книжного магазина Н.К. Мартынова, 1914. С. 104–105.

[891] Цит. за: *Чичерин Б.Н.* История политических учений. Т. 3... С. 125.

Як зазначав К. Маркс у праці «Філософський маніфест історичної школи права» (1842 р.), «Гуго ставиться як скептик до необхідної природи речей... Він тому анітрохи не намагається довести, що позитивне розумне. Навпаки, він намагається довести, що позитивне нерозумне ... тащить він звідусіль доводи того, що розумна необхідність не одухотворює позитивні інститути ...Якщо б розум слугував мірилом для позитивного, тоді б позитивне не слугувало мірилом для розуму»[892]. На думку Маркса, скептицизм XVIII ст., який заперечував розумність наявного, отримав розвиток у ідеях Гуго, котрий заперечує існування розуму: він визнає наявне як історичну реальність, різноманітну і минущу, але не визнає об'єктивного існування належного — єдиного розумного еталону. Тому Маркс вважав філософію позитивного права Гуго принципово анти-кантівською[893].

У зв'язку з ідеєю непридатності природного права Гуго піддав критиці також сприйняття римського права як практично позаісторичного феномена, *ratio scripta*, придатного для будь-якого народу на будь-якій стадії розвитку останнього, своєрідного замінника чи втілення природного права у сфері приватно-правових відносин. Натомість він закликав вивчати римське право історично, як право Римської держави та її «народу», чужий досвід, який може бути корисний, але не бездумно скопійований.

Гуго чітко розрізняв виклад догматики чинного права, філософські побудови і «чисту» юридичну науку як систему знань, що будується на узагальненні емпіричних досліджень («наука, не заснована на досвіді, в реальному житті — ніщо», «правознавство — це самостійна галузь людського знання, яка, як і будь-яка інша, являє собою єдине ціле»)[894].

Перший номер свого видання «Цивілістичний журнал» (нагадаємо, що наприкінці XVIII — на початку XIX ст. «цивільне право» *(jus civile)*, окрім традиційного для нас галузевого, мало й загальне значення позитивного права) у 1790 р. Гуго відкрив статтею «Лейбніц» і перекладом фрагментів з праці Лейбніца «Новий метод вивчення і викладання юриспруденції» німецькою мовою. Спираючись на думку Лейбніца про те, що юридична наука має подвійне джерело знання — у природному праві та суверенній волі (позитивному праві), він запропонував не відповідну оригінальній думці Лейбніца ідею щодо чіткого розмежування між законами природи та позитивним правом. Гуго стверджував, що сучасне позитивне право сформувалося еволюційним шляхом і зовсім не на основі якихось метафізичних зразків[895].

---

[892] *Маркс К.* Философский манифест исторической школы права // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Изд. 2-е. Т. 1. Москва: Гос. изд. полит. лит., 1955. С. 86.
[893] Там само. С. 87–88.
[894] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 276.
[895] Про це докладніше див.: *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… С. 109–110.

У деяких поглядах Гуго йде далі за Канта у критиці ідеї щодо можливості існування та реалізації універсальних розумних правових моделей. Зокрема, він піддає критиці ідеї народного суспільного договору, поділу влади та загальноприйнятної форми правління. Натомість він більш послідовно визнає як недосконалість, так і тимчасову правомірність та раціональність існуючих державних і правових моделей, сформованих історично, — як таких, що відповідають рівню розвитку суспільства, є звичайними і зрозумілими для людей[896]. Тому Гуго закликав підданих до безумовного і беззастережного підкорення державній владі[897].

У своїй пізнішій праці «Закони не є єдиним джерелом правової істини» (1812 р.) Гуго прямо стверджує, що позитивне право не є здійсненням ідеї справедливості, а виключно засобом усунення безладу. Тому предметом розгляду і діяльності юристів має стати насамперед раціональність права, його технічна досконалість у регулюванні суспільних відносин, а не наближення за його допомогою до якихось метафізичних ідеалів. «Розбираючи і переваги, і недоліки існуючих установлень, ми привчаємося не бачити в них більше того, що вони в собі містять». Ідеал правового розвитку стає повною мірою позитивним: охоплення правом усіх суспільних і міжнародних відносин, встановлення миру і порядку[898].

Хоча ідеї Гуго насамперед мають розглядатися в контексті німецької традиції політико-правової думки, подібні погляди розвивалися й мислителями в інших країнах. Наприклад, у 1790 р. із запереченням права розуму та прийнятності для всіх країн єдиного права та з ідеєю еволюційного розвитку права в праці «Думки щодо революції у Франції» виступив ірландсько-англійський мислитель і політик Е. Берк, стверджуючи, що загальна людська природа існує лише у вигляді окремих природ конкретних націй[899]. Дослідники відзначають вплив Гуго і геттінгенської школи на шотландську юридичну науку[900]. Зокрема, Дж. Редді навіть присвятив аналізу її позицій свою працю[901].

---

[896] *Чичерин Б.Н.* История политических учений. Т. 3… С. 127–128, 130; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов. Ее происхождение и судьба // Немецкая историческая школа права. Челябинск: Социум, 2010. С. 50–51. Такі ідеї висловлювалися Гуго принаймні з 1789 р. Щодо цього див.: *Карасевич П.* Историческая школа в области права // Московские университетские известия. 1870. № 7. С. 372.

[897] *Мироненко О.М.* Історична школа права… С. 234.

[898] *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 48–50.

[899] *Берк Э.* Размышления о революции во Франции (за виданням: *Берк Э.* Размышления о революции во Франции и заседаниях некоторых обществ в Лондоне, относящихся к этому событию. Москва: Рудомино, 1993) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.politnauka.org/library/classic/berk.php. Див. також: *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 371–372; *Царьков И.И.* Развитие правопонимания в европейской традиции права. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2006. С. 254.

[900] *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 24.

[901] *Reddie J.* Historical Notes of the Roman Law, and of the Recent Progress of its Study, in Germany. Edinburgh, 1826.

Англійський мислитель І. Бентам у праці «Вступ до засад моральності й законодавства» (написана у 1780 р., доповнена й видана у 1789 р.), а також інших творах виступив за відокремлення від моральної філософії «тієї гілки юриспруденції, що містить у собі мистецтво чи науку законодавства» й загалом «науки права». Підставами цього мали бути соціальний характер права та суспільний характер правознавства на відміну від моралі, що має бути суто індивідуальною, вольовий характер правотворення і примусовий характер позитивного права, що відрізняє його від різних філософських дедукцій, емпіричний характер правознавства[902]. Бентам виразно засуджував «підробний», «смутний фантом», «метафору», «фанатизм» природного права («якраз проти найсильніших природних схильностей мають бути спрямовані найсуровіші закони», «що таке цей закон природи, що потребує допомоги іншого закону, створеного іншим законодавцем?»), «фантастичні» вимоги розуму («про уявні закони кожний може говорити, що йому завгодно»), а також вказував на неусвідомлення мислителями XVII–XVIII ст. різниці між наявним (позитивним правом) і належним у праві, змішання ними моралі й права[903].

Суперечність кантівської критичної філософії в її прикладенні до права була піддана критиці його учнем, а згодом одним з основних опонентів Й.Г. Гердером. У своїй відомій праці «Ідеї до філософії історії людства» (1784–1791 рр.) він поєднав ідеї права розуму та еволюції, створивши теорію органічної та спіритуалістичної еволюції людства, втіленої у культурі народів, що існували в різні періоди світової історії[904]. В масштабній перспективі загальнолюдська, еволюція розумних засад права не є однаковою в різних народів і не детермінована метафізичними чинниками, а є наслідком взаємодії різних духовних і матеріальних чинників.

Раніше у своїй праці «Ще одна філософія історії» 1774 р. Гердер засудив — як телеологічні — спроби сконструювати єдине й незмінне природне право виходячи із сучасних уявлень: «Це все буде приголомшливим для кожного, хто носить із собою ідеалізований образ доброчесності згідно з ученням його століття, хто настільки наповнений філософією, що очікує знайти весь Всесвіт у піщинці»[905]. Ця праця з'явилася за

[902] *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства. Москва: РОССПЭН, 1998. С. 180; *Бентам И.* Принципы законодательства / Бентам И. Принципы законодательства; О влиянии условий времени и места на законодательство; Руководство по политической экономии. Изд. 2-е. Москва: ЛИБРОКОМ, 2012. С. 71–72, 74.

[903] *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства… С. 183; *Бентам И.* Принципы законодательства… С. 58, 62, 71–74.

[904] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества / Пер. и примечания А.В. Михайлова. Москва: Наука, 1977. С. 10, 440–442. Див. також: *Нарский Н.С.* Гердер // Антология мировой философии: В 4 т. Т. 3: Буржуазная философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. / Редколл.: Н.С. Нарский (ред.-сост.) и др. Москва: Мысль, 1971. С. 55; *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 1996.

[905] Цит. за: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2006.

десять років до кантівської «Ідеї загальної історії у всесвітньо-громадянському плані» й спрямована на критику поглядів інших мислителів. Але важливим є неприйняття Гердером характерної для Канта ідеї всесвітньої історії як загальнолюдського одновимірного телеологічного руху до розкриття метафізичної ідеї розуму[906].

Природа людини як розумної істоти змінюється, вдосконалюється завдяки освіті, обставинам часу і місця, — стверджує Гердер. Тобто вона неоднакова, а отже, не може бути загальнолюдського правового ідеалу — ані незмінного, ані навіть такого, що еволюціонує. «Людська природа не є корабель абсолюту, незмінна і незалежно щаслива, як визначає філософ; всюди вона досягає тієї міри щастя, на яку здатна: вона є податливою глиною, яка набуває різної форми за різних потреб і обставин. Навіть образ щастя змінюється у різних умовах та кліматах»[907].

На думку Гердера, Божественний план розвитку людства існує, але він незбагненний, людський же розум є самостійним, у ньому закладено не метафізичні й тотожні категоричні імперативи, а цінності — як індивідуальні, так і колективні, регіональні, які не редукуються до їх загальнолюдських елементів (якщо такі й буде колись визначено). Засуджуючи тих, хто апріорно намагається встановити загальнолюдські стандарти (в тому числі етичні й правові), Гердер пише: «Філософ є не більше, ніж віслюк, коли він самовпевнено бажає грати Бога», «розум, у обох його теоретичній та практичній маніфестаціях, є не більш ніж щось, сформоване досвідом, здобутим знанням. …Ангельський розум… незбагненний. Людський розум є створінням людини»[908].

На нашу думку, при такій постановці питань етики та гносеології для ідеї природного права не залишалося жодного місця. Теорії Гердера можна вважати одним із найбільш послідовних виявів історичного позитивізму в XVIII ст. Ці ідеї послідовно розвивалися Й.Г. Фіхте[909] та іншими мислителями, але їх докладний розгляд виходить за межі нашого дослідження.

Існувала й опозиція однозначній позитивізації юридичної науки, яка виходила з докантівських теорій. У 1795 р. приват-доцент Віттенберзького університету К.С. Цахаріа у одній з перших своїх праць «Про наукову розробку римського приватного права» засудив історичний напрям в юридичній науці як ненауковий, проголошував єдність і загальноприйнятність природного права, втіленого в римському приватному праві, вказував, що законодавча влада лише санкціонує незмінні норми

---

[906] Про ці ідеї Канта див. напр.: *Берковский Й.* Философия истории Канта в современном прочтении // Философские науки. 1997. № 3–4. С. 121–122.
[907] Цит. за: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2007.
[908] Цит. за: Ibid. P. 2008–2009.
[909] Див. напр.: *Фіхте Й.Г.* Що таке народ у вищому розумінні цього слова і що таке любов до Батьківщини // Націоналізм: Антологія / Упор. О. Проценко, В. Лісовий. Київ: Смолоскип, 2000. С. 48–49.

природного права[910]. Того ж року виникла дискусія Цахаріа з К.Г. фон Гросом. Останній наголошував, що філософія має свої межі й не повинна змішуватися з юридичною наукою[911]. Але погляди Цахаріа щодо проблеми, яку ми розглядаємо, залишилися загалом незмінними.

Свої ідеї він виклав пізніше у «Підручнику французького цивільного права» 1808 р. Певна іронія полягає в тому, що від цього першого у світі підручника французького права, та ще й написаного за межами Франції, можна було очікувати апології позитивного права, але він просякнутий природно-правовими ідеями. Актуальним позитивним втіленням природного права («санкціонованим філософським цивільним правом») для Цахаріа замість римського приватного права став французький Цивільний кодекс 1804 р.[912] Як і раніше, для мислителя дійсним правом є лише природне, а позитивне право сприймається ним лише тією мірою, якою воно відповідає природному.

Більш поміркованою була позиція учня Канта А.Ю. Тибо, який у 1796 р. виступив з критикою однобічності історичного позитивізму, а саме відмови від зв'язку юридичної науки з філософією. На його думку, правова дійсність не може бути пояснена лише із самої себе. Засадничі юридичні поняття має створювати філософія. Вона не претендує на домінування над правознавством, але не повинна відкидатися як допоміжний засіб для юриста.

У ході дискусії, що виникла з цього приводу, Тибо уточнив свою позицію: за допомогою філософії слід віднаходити незмінні розумні й справедливі засади права, з яких виходив законодавець. Він стверджував, що шляхом виявлення цих засад та їх систематизації філософи мають створити/реконструювати природне право. Зразком розумного права Тибо називає римське право, яке й потребує філософського осмислення[913]. Закономірною була відповідь на ці твердження Тибо анонімного гейдельберзького рецензента у 1797 р.: загальні засади права слід виводити з позитивного права[914].

Більш докладно ці ідеї Тибо розвинув у своїй «Юридичній енциклопедії» 1797 р. На нашу думку, тут мислитель частково повертається до докантівських ідей та до концепцій Канта 1780-х років, стверджуючи, що природне право як право розуму є мірилом позитивного права, останнє має прагнути до відповідності природному праву. Він стверджував, що природне право є наукою, яку ще слід створити, але її відсутність нині не применшує її необхідності. Не заперечуючи позитивного правознавства, він не вважав його самодостатнім і проголошував історико-філософське бачення права та юридичної науки[915].

---

[910] *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 73.
[911] Там само. С. 74.
[912] *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 421–422.
[913] *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 69–72.
[914] Там само. С. 69–70.
[915] Там само. С. 74.

До певної міри ми можемо погодитися з оцінкою поглядів Тибо цього періоду П.І. Новгородцевим: «Стара абстрактна точка зору на право як на продукт незмінного розуму»[916]. Але не повністю: Тибо наголошує на відмові від тиранії філософії щодо юриспруденції, на тому, що систему природного права ще не створено.

Значний вплив на розвиток юридичної думки XIX ст. справила так звана кодифікаційна дискусія 1814 р. між Тибо і Ф.К. Савіньї. Насправді вона розпочалася раніше, принаймні у 1810 р., і не Тибо, а П.Й.А. Фейербахом, та й тривала довше. Зокрема, Фейербах у працях «Спроба кримінально-правового розгляду Корану» (1800 р.) і «Погляд на німецьке правознавство» (1810 р.) стверджував, що будь-яке апріорне конструювання універсального права філософами є пустою справою[917]. Але саме полемічні трактати 1814 р. стали найбільш поширеними і цитованими в європейській юридичній літературі.

Тибо, запозичивши у Гуго ідеї про традицію в праві та про право як частину культури, віддавав належне свідомій суспільній/національній волі як джерелу правотворення з метою модернізації права. Це давало змогу розглядати право як волевстановлений акт — відповідно у формі закону, кодексу. Савіньї ж абсолютизував національну традицію, фактично вказував на повне розчинення права в культурі й неприродність його самостійного існування. Тому право змінюється дуже повільно й еволюційно, разом із зміною суспільства, що поступово трансформує свою традицію[918].

Текст трактату Тибо «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» зовсім не містить часто приписуваних йому ідей щодо існування певного ідеального права (зокрема, Французького цивільного кодексу[919]), прийнятного для будь-якого народу, своєрідного *ratio scripta.* Автор взагалі не розглядає в своїй праці питання природного права. Щоправда, один раз у тексті згадано, але докладніше не розглянуто ідею щодо припинення конфлікту і взаємодії філософії та позитивного

---

[916] Там само. С. 70.

[917] *von Feuerbach P.* Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran // Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde. 1800. B. 2, St. 1. S. 164, 192; *фон Фейєрбах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство / пер. О.А. Шаблій за наук. ред. О.В. Кресіна // Порівняльне правознавство. 2012. № 1–2. С. 282–286, 288.

[918] Див. також: «відкинення Даного, строго кажучи, взагалі неможливе – воно неминуче панує над нами, і ми можемо лише помилятися щодо нього, але не можемо його змінити». *фон Савиньи Ф.К.* О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции» / фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 211. Див. також: *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права / фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 285; *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… С. 853; *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 412.

[919] Див. напр.: *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… P. 577.

правознавства[920]. Але у такому вигляді цю ідею достатньо складно інтерпретувати. Хоча те, що йдеться саме про філософію, а природне право не згадується, теж є достатньо промовистим. Тибо проголошує і французький кодекс, і римське приватне право неприйнятними для німецького національного характеру[921], а отже, неможливість єдиного і зразкового права розуму. Всю його працю присвячено питанню про кодифікацію позитивного права — без жодних згадок про можливе метафізичне її джерело, натомість із закликом спиратися на історичну німецьку спадщину. Отже, історико-філософське бачення права Тибо в 1814 р. є вже певною мірою позитивістським.

Ми вважаємо слушною і достатньо аргументованою тезу М. Рейманна, що для провідних представників історико-філософського напряму, заснованого на ідеях Канта, «філософія була не лише важливою частиною правового мислення, а й вимірюванням цінності емпіричного матеріалу за допомогою стандартів розуму»[922]. Але, на нашу думку, в дискусії 1814 р. ідеї Тибо були всупереч його задуму штучно зроблені опозиційним полюсом для консервативного вчення його візаві.

Опонент Тибо Савіньї опублікував у 1814 р. трактат «Про покликання нашого часу до законодавства та юриспруденції». У ньому засуджувалося прагнення тогочасних мислителів творити право на раціоналістичних засадах, ігноруючи його історичний розвиток (його особливості та стадіальність). На думку Савіньї, таке прагнення засноване на впевненості у можливості легких правових реформ через законодавство, а також на існуванні природного права — «ідеального законодавства, що має силу в усі часи й для всіх випадків, яке нам слід виявити, щоби зробити позитивне право досконалим назавжди», на самоомані: те, що властиве нам і нині, властиве всім і завжди[923]. Через це він різко засуджував Французьку революцію, натхненну «ілюзією певного стану, що вважався б більш досконалим»[924].

Савіньї при цьому чітко проголосив, що природного права не існує, вчення про нього не може розглядатися як джерело права; що римське право є феноменом історичним, не є вічним і природним правом[925]. На його думку, під природним правом слід розуміти уявлення вчених, які обумовлені історично і національно[926]. Таким чином, вони мають цін-

[920] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии // фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 113.
[921] Про це докладніше див.: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2015.
[922] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 850.
[923] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции / фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 130–131, 185.
[924] Там само. С. 154.
[925] Там само. С. 165, 141, 185.
[926] Там само. С. 173, 185.

ність як сума знань, можливо, навіть наукових знань. Але проблема в тому, що у законах насамперед відображається не наукове знання, а воля суверена, не обумовлена цим знанням[927]. Тому Савіньї у 1810–1820-х рр. активно виступав проти викладання Прусського земського уложення в німецьких університетах і спроби його поширення на рейнські провінції — Ельзас та Лотарінгію[928].

Натомість Савіньї пропонував фіксувати чинне право, вивчати його походження і змінювати окремі правові норми лише за необхідності, виходячи із суспільних змін[929]. Не заперечуючи зв'язку індивідуального, одиничного (національного права) із загальним (сучасний світ та його історія), мислитель закликав не ототожнювати їх. Своє бачення права він називав історичним підходом, засновником якого є Гуго[930].

1815 р. Савіньї розвинув ці ідеї у передмові до новоствореного ним «Журналу історичної юриспруденції». Раціоналістські претензії на формулювання права розуму він називав історичним егоїзмом окремої епохи. Також учений наголосив на тому, що всі ці вчення індивідуалістичні, ігнорують сталі співтовариства людей, які творять своє позитивне право[931].

Побічним, але найважливішим результатом дискусії Фейербаха, Тибо і Савіньї стало тріумфальне утвердження ідеї соціальності та позитивності права (у формі вчення про національне право). Саме це, на наше глибоке переконання, стало останньою віхою у відокремленні правознавства від теології, філософії та етики, його перетворенні на самостійну науку про позитивне і соціальне право — сучасну суспільну науку. Предметом цієї науки став правовий устрій конкретного суспільства, локалізованого в просторі, — як індивідуальної/окремої одиниці правового розвитку. І, звичайно, будь-яке право локалізувалося в часі, було стверджено розроблену давнішими мислителями ідею еволюції в праві. А отже, юридична наука мала стати не статистом, а творцем, джерелом права, що означало також визнання відмінності між практично орієнтованою догматичною юриспруденцією й наукою[932]. Було остаточно

---

[927] Там само. С. 173.

[928] *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 10.

[929] фон *Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 136, 185. Див. також: *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 11.

[930] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 135, 187.

[931] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 310.

[932] Деякі дослідники, наприклад, А. Рахматьян, вважають, що така думка учасниками дискусії 1812–1816 рр. висловлювалася вперше, і приписували її особисто Савіньї: «Він висловив, напевно, вперше в Німеччині, потребу в облаштованій правовій науці, і відокремленні правових досліджень від практики судів і адвокатів». Див.: *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 13. Див. також: *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… P. 112, 118–119. Проаналізовані нами праці мислителів XVI–початку XIX ст. показують, що ці автори не зовсім праві. Але, безумовно, дискусія Савіньї та його опонентів принципово вплинула на утвердження

закріплено домінування емпіричної методології дослідження права. Також в тій чи іншій формі визнано існування об'єктивно конструйованого особливого і загального соціального в правовому розвитку, яке має пізнаватися емпірично. І єдиним можливим методологічним інструментом такого пізнання могло стати порівняння.

Кант і Гуго значною мірою виступають як батьки-засновники юридичної науки в Німеччині, але її народження справедливо віднести до 1810–1817 рр. — часу публічної дискусії щодо шляхів розвитку німецького права та правознавства. Учасники дискусії значною мірою розвинули ідеї батьків-засновників. При цьому обидві школи за своїм характером були позитивістськими й соціальними, а тому при спробах побудови інтернаціональної, універсальної юридичної науки дистанціювалися від апріорної раціоналістичної чи ідеалістичної філософії права.

Щоправда, у своїй праці 1840–1849 рр. «Система сучасного римського права» Савіньї стверджував несуперечність позитивного права, яке твориться «народним духом», ідеї «всезагального людського розуму»: перший є індивідуальним вираженням останнього. Але дійсне право творить лише народний дух[933]. Тобто у праві окремого народу присутні індивідуальний і загальний, «заснований на спільності людської природи», елементи, але обидва вони позитивуються через народний дух[934]. Сутність людської природи мислитель вважає моральною, що втілена в християнському вченні й конкретизована в таких принципах права, як «визнання рівної моральної гідності й свободи людини». При цьому національне право Савіньї означає як форму («букву права»), а загальнолюдський елемент у праві — як його сутність («істину»). Тому мета права насамперед є моральною і загальнолюдською, а завдання — усвідомлення загальної мети, наближення до неї, але без втрати індивідуальності[935].

Водночас, у 1840-х роках Савіньї визнав державу виразником права народу, «народного духу», проголосив природність її правотворчої функції, включно із систематизацією права[936]. Визнаючи самостійність методології юридичної науки, Савіньї визначив її як технічний елемент позитивного права — поряд з політичним елементом, який має етичну природу і походження в народному дусі.

такої ідеї. Можливо, найбільш точно це сформулював Р. Берковіц: «Савіньї називає «наукове життя права» «технічним елементом» права. Роблячи так, він відокремлює наукову природу права від його «політичного елементу»... В той час як політичний елемент права виникає у випадку об'єднання маси людей навколо загального переконання та загального бачення добра, технічний елемент права бере початок у окремості наукового методу». Див.: *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition... P. 119.

[933] *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права... С. 285–286. Див. також: *Карасевич П.* Историческая школа в области права... С. 376.

[934] *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права... С. 302.

[935] Там само. С. 303–305.

[936] *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre... P. 10–13.

Але на розвиток вчення про природне та позитивне право вплинув насамперед трактат 1814 р. та інші роботи Савіньї того періоду. Саме ці праці зазвичай аналізувалися дослідниками історії юридичної думки. Наприклад, М.М. Коркунов, відзначаючи у 1914 р., що «історична школа на перший план ставила позитивне право, визнавала, що теорію права не можна виводити з людського розуму, і пропонувала звернутися до вивчення історичної діяльності. Тому вона мала насамперед поставити питання не про те, чим повинне бути право, а про те, як воно виникає»[937], з усією очевидністю звертався не до пізніх праць Савіньї, а до його творів 1810-х років.

Абсолютно очевидне й те, що саме на основі праць Савіньї 1810-х років його сучасник і критик Р. фон Ієринг оцінював значення історичної школи права: «Вона виступила проти панівної філософії суб'єктивного раціоналізму як хибної та згубної, і її неправильність вона доводила не філософським шляхом, а суперечністю їй історії»[938]. Ми цілком згодні з думкою Т. Жолковськи про те, що внаслідок так званих кодифікаційних дебатів у німецьких державах було остаточно дискредитоване природне право[939].

Ми погоджуємося з думкою низки вчених[940] про те, що значення праць Савіньї (зокрема, його трактату 1814 р.) полягає серед іншого у проголошенні автономії сфери права (та юридичної науки) й запереченні підпорядкованості його розвитку раціоналістичним і метафізичним цілям. Етичний ідеал учений має пізнавати через практики народу, він не конструюється раціонально чи теологічно. Формулу відокремлення сфери права від сфери моралі Савіньї сформулював так: «Право слугує моралі не тому, що виконує її команди, а тому, що воно робить можливим вільне розкриття її сили, яка живе у кожній індивідуальній волі»[941].

Ця цитата демонструє також трансформацію мислителем філософсько-правових засад Канта та їх поєднання з ученням Гердера. Спекулятивне питання щодо справедливості — морального критерію оцінки права, що походив з учення про природне право, — мало бути виключене зі сфери юридичної науки, залишене філософії[942]. Безумовно, можна погодитися з думкою Л. Штрауса: «Відкидаючи значення, якщо не саме існування універсальних норм, історична школа зруйнувала єдину міцну основу всіх зусиль переступити межі реального. Історизм

---

[937] *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права… С. 104.
[938] *фон Иеринг Р.* Историческая школа юристов // Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 81.
[939] *Ziolkowski T.* German Romanticism and Its Institutions. Princeton: Princeton University Press, 1990. P. 79, 81.
[940] Див. напр.: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2031.
[941] Цит. за: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2034.
[942] Див. напр.: *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science.. P. 851–852.

тому може бути описаний як набагато більш екстремальна форма нової посейбічності, ніж був французький радикалізм XVIII ст. Він, безумовно, діяв так, ніби хотів влаштувати людину цілковито як удома в цьому світі»[943].

Можна стверджувати, що Савіньї послідовно уникав будь-якого визнання чи конструювання трансцендентного загального в правовому розвитку, визнаючи предметом дослідження лише емпірично доступні позитивні феномени. Безумовно, слід погодитися з А.М. Михайловим, який стверджує, що це було пов'язано з різким засудженням Савіньї юснатуралістичного спекулятивного універсалізму. Вже саме по собі базове твердження Савіньї про історичну і культурну обумовленість права мало визначити відмову від конструювання загального як єдиного[944]. Дослідник зазначає, що для Савіньї «універсалізм природного права… є продуктом антиісторичної дедукції правових норм з індивідуального, а тому суб'єктивного розуму, якому… властиво видавати бажане за дійсне, суб'єктивне за об'єктивне, індивідуальне за загальнолюдське, здійснювати спроби «вершити історію», насправді здійснюючи не більш ніж політичне свавілля і викликаючи до життя позбавлене зв'язку з історією нації й тому приречене залишитися мертвонародженим і фіктивним «правом»»[945]. На цій основі Р. Родес доходить доволі радикального висновку: «Вимоги історичної школи… ставлять під питання будь-яке родове бачення людського стану чи людського характеру»[946].

У зв'язку з цим також важливо наголосити, що вже згадана вище ідея «народного духу» або «національного духу», відома ще у XVIII ст., була сприйнята Савіньї лише в 1840-х роках, як вказують дослідники, — від іншого видатного представника історичної школи Г.Ф. Пухти[947]. У трактаті 1814 р. мислитель уникнув цього критерію оцінки права, а писав про культурні характеристики народу, які пізнаються емпірично і мають бути враховані, щоби забезпечити, зокрема, ефективність права. І хоча ми не повністю згодні з думкою авторитетного вченого про те, що «народний дух» у Савіньї у 1840-х роках був лише «історичним, а не метафізичним феноменом»[948] (див. вище), але можемо стверджувати, що праця Савіньї 1814 р. представила виключно позитивістське бачення права і юридичної науки.

---

[943] *Штраус Л.* Естественное право и история. Москва: Водолей Publishers, 2007. С. 21. Цит. за: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения. Москва: Юрлитинформ, 2013. С. 114–115.

[944] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 21–24, 34–35 та ін.

[945] *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права... С. 154.

[946] *Rodes R.E.* On the Historical school of jurisprudence // American Journal of Jurisprudence. 2004. Vol. 49, Iss. 1. P. 170.

[947] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 853.

[948] Ibid. P. 853.

Перефразовуючи й дещо змінюючи думку Р. Берковіца, зазначимо: якщо у 1810-х роках Савіньї проголосив заміщення розуміння науковим знанням, то у 1840-х він же пропонував воскресіння розуміння через науку[949]. Водночас погоджуємося з думкою А. Рахматьяна про те, що «правову науку та право у німецькомовних країнах сформувала спадщина систематично-методологічного Савіньї, а не його туманна, історична, але насправді суперечлива і науково неприйнятна ідея про те, що права не минають, але походять, як звичаєве право, із спільного духу народу»[950].

На нашу думку, можна стверджувати, що Савіньї у своїх працях різних періодів, попри їх суттєві відмінності, загалом послідовно формує і розвиває вчення щодо характеру і завдань позитивного права і позитивної юридичної науки. Якщо Кант у своїх працях 1790-х років проголосив існування останніх, а також негативно їх визначив (сформулював, чим вони не є), то Гуго, а особливо Савіньї наприкінці XVIII — на початку XIX ст. позитивно визначили їх основні характеристики — предмет, об'єкт, метод та ін. Важливо й те, що обидві сторони згаданої дискусії 1814 р. — представник історико-філософського напряму Тибо і представник історичного напряму Савіньї — представили позитивістське розуміння права і юридичної науки, хоча й пропонували різні підходи до розвитку останніх. Не випадково один із засновників юридичного позитивізму англійський вчений Дж. Остін не бачив принципових відмінностей між їх вченнями[951].

Погоджуючись із думкою Р. Ціммерманна та інших учених[952] і розвиваючи її, зазначимо, що час, коли відбулася дискусія Тибо і Савіньї, а також розголос і вплив останньої, не випадкові, а пов'язані з глибокою політичною та інтелектуальною кризою в Європі в 1814 р. — році остаточної поразки Наполеонівської Франції й, отже, наочної поразки Великої Французької революції, початку Віденського конгресу, усвідомлення розпаду Священної Римської імперії, краху європейського *ius commune,* заснованого на вченні про природне право і римській юридичній догматиці, й політичного банкрутства універсалізму *Code Civil*,

---

[949] *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… P. 135–136.
[950] *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 9–10, 24, 28–29.
[951] Ibid. P. 24.
[952] «Ідея європейського загального права, заснована на римських джерелах права, виявилася мертвою, так само як Священна Римська Імперія, з якою вона традиційно асоціювалася». *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… P. 577. Див. також: «Природне право… начебто раптово, миттєво, разом з поразкою Великої французької революції зазнало нечуваної катастрофи, зазнало нечуваного фіаско». *Мироненко О.М.* Історична школа права… С. 229. Набагато раніше подібні думки висловлював український вчений Ф.В. Тарановський, який, щоправда, не акцентував увагу на 1814 р.: «Наукова критика виступила з руйнівною силою проти школи природного права лише після того, як виявилося практичне банкрутство школи. Роль фатального практичного випробування відіграла в даному випадку Велика Французька революція». Див.: *Тарановский Ф.В.* Учение о естественном праве… С. 88.

що виходив з іншого варіанту ідеї природного права, необхідності пошуку легітимації нового державотворення і основ для побудови нових правових систем. У цій ситуації саме Савіньї запропонував нові перспективи системного і послідовного творення загальнонімецького позитивного права — через позитивну загальнонімецьку юридичну науку. Додамо у зв'язку з цим, що у науці історії політичних та правових вчень досі домінує думка щодо виникнення позитивізму в юридичній науці (як і у філософії) у 30–40-х рр. XIX ст., при чому він ототожнюється з юридичним позитивізмом[953].

У своїй «Енциклопедії права» (1821 р.) Пухта, який був послідовником ідей Савіньї й певною мірою Гегеля, наголошував, що основним поняттям права є свобода (як вибір і воля), воно не детерміноване природою і не визначається якимось загальним розумом, а є продуктом волі людини і суспільства, незалежно від його моральної оцінки: «Розум не є принципом свободи, а навпаки, елементом, що протиставлений свободі й таким є віддавна»[954]. Окрім того, філософія, яка вивчає наявне (необхідне, розумне), має бути відокремлена від правознавства, яке вивчає наявне як свободу: «Якщо ж вона для рятування своєї універсальності все дійсне включає в коло розумного: що розумне, те дійсне, і що дійсне, те розумне (необхідне), то вона позбавляє нас свободи, яку цим визнає недійсною»[955].

Історико-філософський посткантівський напрям юридичної думки, представлений Тибо, П.Й.А. Фейєрбахом, Фіхте, Гегелем, Гансом та іншими вченими, не був протилежним історичній школі, а скоріше розвивався в іншій площині — вченні про свободу волі й самовизначення людини. Це вчення так само було опозицією ідеї природного права в її докантівських варіантах. Як зазначав Й.Г. Фіхте у 1794 р., «у тому й полягає сутність критичної філософії, що в ній встановлюється певне абсолютне Я, як щось повністю безумовне і нічим вищим не визначене; і якщо ця філософія робить послідовні висновки з цієї засади, вона стає науковченням»[956].

Мислитель відкидав детермінованість людської свідомості (та її індивідуального й колективного розвитку) Божою волею чи фізичною приро-

---

[953] *Зорькин В.Д.* Позитивистская теория права в России. Москва: Изд-во Моск. ун-та, 1978. С. 8, 12–13.

[954] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права. Ярославль: Типография Г.Фальк, 1872. С. 4–6.

[955] Там само. С. 5–6. Суттєво інші оцінки цих ідей Пухти присутні в: *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 383–385; *Бондарук Т.І.* Теорія правоутворення Георга Фрідріха Пухти // Правова держава. 2009. Вип. 20. С. 52, 56; *Дамирли М.А.* Право и История: эпистемологические проблемы (Опыт комплексного исследования проблем предмета и структуры историко-правового познания). Санкт-Петербург: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2002. С. 74–75.

[956] *Фихте И.Г.* Основа общего наукоучения / Фихте И.Г. Сочинения. Работы 1792–1801 гг. / Сост. П. Гайденко. Москва: Ладомир, 1995. С. 304–305. Див. також: *Фихте И.Г.* Основа естественного права согласно принципам наукоучения / Пер. с нем. А.К. Судакова. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2014.

дою людини і світу, розвиваючи ідею Канта щодо автономії людської волі. Певним чином це відновлювало право людського розуму на пізнання сутності явищ[957], у тому числі права, яка лежить поза емпіричним дослідженням позитивного права. Наукові знання про позитивне право стають частиною людської свідомості, а людська свідомість породжує волю, яка перетворює позитивне право. Таким чином вчення про ідеальний елемент у праві, раніше втілене в ідеї природного права, було трансформоване у вчення про індивідуальні й колективні правосвідомість і волю, які творять позитивне право.

Й.Г. Фіхте у праці «Основи природного права згідно з принципами науковчення» (1796 р.) по суті нівелював відмінності між вченнями геттінгенської школи та пізнього Канта, ствердивши, що розум не є привнесеним до соціальних явищ ззовні, вони не мають розумової чи будь-якої іншої першопочаткової субстанції, їх розумність є продуктом самоусвідомлення їх розвитку: «Характер розумності полягає в тому, що те, що діє, й те, на що воно діє, є одне й те саме; і цим описом ми вичерпали сферу розуму як такого», «саме по собі Я є не що інше як дія, спрямована на себе самого»[958].

Розвиваючи цю думку, Фіхте вказує на тотожність об'єкта і його поняття, детермінованість об'єктів (та їх понять) діяльністю суб'єктів, а не навпаки: «Об'єкта немає без поняття, адже він є завдяки поняттю; поняття немає без об'єкта, адже він є те саме, в силу чого необхідно виникає об'єкт. Обидва вони суть одне й те саме, розглянуте з різних боків». Об'єкти є різними через різний спосіб дії на них людей, а поняття не можуть існувати апріорі й перед досвідом, вони відкриваються в об'єктах[959]. Відповідно, дедуктивне пізнання природного права позбавлене будь-якого сенсу. Мислитель вказує, що філософія повинна йти від досвіду, засновуватися на узагальненні емпіричної правової реальності й зумовлюватися останньою, відмовитися від субстанціалізму й метафізики загалом, визнати правове різноманіття поза оцінкою його розумності. Більше того, Фіхте проголошує, що філософія перестане бути «пустою», «формулярною», «формальною» й стане «справжньою», «реальною» тільки після виконання цих вимог: «Реальна філософія встановлює поняття і об'єкт одночасно і ніколи не тлумачить одне без іншого»[960].

Поняття права, на думку Фіхте, хоча і є поняттям чистого розуму, існує не саме по собі, а з необхідністю випливає з розуміння людиною себе в контексті інших людей та у взаємодії з ними: «Я обмежую самого себе в своєму привласненні свободи тим, що залишаю свободу й для інших. Поняття права є, відповідно, поняття про необхідне відношення

---

[957] Див. напр.: *Нарский И.С.* Европейская домарксистская философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. и начало кризиса буржуазной философии… С. 18–19.
[958] *Фихте И.Г.* Основа естественного права согласно принципам наукоучения… С. 6.
[959] Там само. С. 8–9.
[960] Там само. С. 7, 10.

вільних істот одна до іншої». Поняття права виходить не з моральнісного закону і не з дедуктивного філософствування, а з припущення людської діяльності, її впливу на емпірично даних суб'єктів і об'єкти. Тому право є соціальним феноменом, а вчення про право має бути чітко відокремлене від моральної філософії й стати «особливою, самобутньою наукою»[961].

Важливим при цьому є твердження Фіхте у праці «Основи природного права», що «людина лише серед людей стає людиною»[962], яке пояснює розуміння ним права не лише як інтерсуб'єктивного явища, а й як колективної, родової волі. Природне ж право, на думку Фіхте, є «моральнісним законом», «суто формальним, а тому пустим», вчення про яке має бути радикально переосмислене. Фіхте пропонує залишити від нього лише форму, наповнивши її позитивним змістом, що фактично перетворює його на філософію позитивного права[963].

У пізній період своєї творчості — після 1800 р. — мислитель переосмислює поняття свободи, яка для нього стає наділндивідуальною. Виникає ідея колективної особистості — нації, що також зближує сутність його вчення з ідеями історичної школи та легітимує позитивне право. При цьому Фіхте проголошував перетворення філософії на науковчення, «зв'язок нашого пізнання з певною річчю в собі»[964] — науку про людську свідомість, відношення людини до предмета пізнання, здатність і процес пізнання. У такому баченні остаточно втрачається її розуміння як вчення про належне (отже, і філософія права не є вченням про природне право). Значною мірою подібні ідеї у цей час висловлено у працях Шеллінга[965].

У «Погляді на німецьке правознавство» (1810 р.) Фейєрбах вказував на те, що філософія і теорія права завжди прагнули «унезалежнитись» і «протиставити» себе практиці, намагались підкорити собі останню, коли натомість вони мають бути «якнайтісніше пов'язані й споріднені» так, що теорія має виступати засобом, а практика — метою[966]. На його думку, в англійській традиції немає правознавства, є лише законознавство, але за умов складності правового порядку німецьких держав виникає потреба у формуванні власне правової науки, що має узагальнювати і вдосконалювати позитивне право, досягаючи правової істини (належного), але не ориваючи з практикою, чинним позитивним пра-

[961] Там само. С. 12–14.
[962] Цит. за: *Гайденко П.П.* Фихте Иоганн Готлиб // Новая философская энциклопедия: В 4 т. / Руководители проекта В.С. Степин, Г.Ю. Семигин. Т. 4. Москва: Мысль, 2010. С. 254.
[963] *Фихте И.Г.* Основа естественного права согласно принципам наукоучения… С. 14.
[964] *Фихте И.Г.* О понятии наукоучения, или так называемой философии // Фихте И.Г. Сочинения. Работы 1792–1801 гг. / Сост. П. Гайденко. Москва: Ладомир, 1995. С. 231.
[965] Див. напр.: *Пилянкевич Н.И.* История философии права… С. 227; *Кёниг И.* Савиньи и его отношение к современной юриспруденции… С. 364.
[966] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство / Пер. з фр. О.А. Шаблій за ред. О.В. Кресіна // Порівняльно-правові дослідження. 2011. № 2. С. 10.

вом (наявним). Натомість розрив практики і філософії привів до того, що остання створила собі окремий світ своїх фантазій, «неміцного плетива понять, яке ані проливало світло на нові істини, ані закріплювало старі», була заснована на «філософсько-математичних формах» або кантівському «розумі»: «загальна балаканина, яку ще називають філософією»[967].

Філософія «на території» будь-якої позитивної науки має узагальнювати емпіричний матеріал, не може його підміняти, має аналізувати і коментувати закони, а не видавати їх чи знищувати вже наявні: бути учителем, а не творцем. Натомість для сучасної для Фейєрбаха філософії права характерні «нехтування історією, байдужість до академічних знань та пустопорожня поверховість»[968]. На думку вченого, не правознавство має входити до філософії, а навпаки — до «повноцінної й всеосяжної юриспруденції» як окремої науки мають увійти філософія та історія права[969].

Фейєрбах вказував на несформованість філософії права в Німеччині, на те, що її роль виконує теорія природного права. Але виконує неповноцінно, конструюючи систему понять на основі спекулятивного формалізму, а тому вони не відповідають реальному стану справ у правовій сфері. Крім того, ця теорія має лише відмежовувати право від моралі й формулювати загально ідею права як справедливості, але вона також претендує на визначення конкретного змісту права, не виходячи з практики, що є невиправданим: «Чиста форма права, як би її не розуміли, завжди негативна», позбавлена змісту[970].

Власне правом є лише позитивне право, а природно-правова чи заснована на ідеї чистого розуму філософія права, яка залучає емпіричний матеріал лише для ілюстрації своїх формул, порожня і непридатна, не розширює знання, а витісняє його. Поєднати філософію права і правову дійсність, наголошував Фейєрбах, можуть лише «роздуми, досвід і спостереження». При цьому філософія права бачилася ним, слідом за Гуго, як неметафізична, філософія позитивного права, адже істина перебуває не в розумі дослідника, а в зовнішньому світі[971].

Ідеї історико-філософського напряму як окремої гілки кантіанства, зокрема щодо об'єктивізації суб'єктивного ідеалу свободи, що мають принципове значення для позитивізації юридичної науки, дістали розвиток у працях Гегеля. Він висунув «абсолютну ідею» — принцип єдності суб'єктивного й об'єктивного, тотожності мислення і буття, з якого також випливає принцип єдності історичного і логічного[972]. У «Філософії

---

[967] Там само. — С. 10–13, 15.
[968] Там само. — С. 13–14.
[969] Там само. — С. 12, 14–15.
[970] Там само. — С. 16–17.
[971] Там само. — С. 17–18.
[972] *Булатов М.А.* Немецкая классическая философия. Ч. II. Гегель. Фейербах. Киев: Стилос, 2006. С. 138–139, 141–142.

права» (написана у 1820 р. на основі раніших викладів, видана у 1821 р.) він відкинув «ультрапремудрість» і «марнолюбне всезнайство» філософії права, яка не сприймає дійсності й прагне її звести до запропонованої нею єдиної схеми. Пізнаючи реальну дійсність, вона має осягнути в ній сутність і з нею примиритися, не прагнути безпосередньо її змінювати: «Триматись якнайдалі від конструювання держави такою, якою вона має бути... показати, як держава, цей універсум моральності, має бути пізнаною»[973].

Гегель писав про занепад філософії, вихід з якого бачив у відмові від суто спекулятивного мислення; вказував на неосмисленість філософією реального суспільного світу, її сфокусованість на незмінній «істині про право». Натомість він наголошував на емпіричному пізнанні в праві, а також узагальненні («охоплення думкою») саме позитивних правових феноменів[974].

Гегель вважав першим рівнем пізнання права позитивну юриспруденцію (вивчає різні емпіричні правові феномени, є історичною), а другим — філософію права (вивчає сенс права)[975]. Мислитель фактично поставив перед філософією права завдання стати позитивною, закликавши до пошуку субстанції (розумного) в позитивному праві: «Філософія… — це проникнення в розумне, осягнення наявного й дійсного, але ніяк не зосередження на потойбічному началі, яке існує бозна-де». На його думку, філософія є формою, що наповнюється конкретним позитивним змістом, а відтак презирство філософії до багатоманіття даремне. І все ж він визнав неминучість редукції філософією правового різноманіття, а тому підкреслював, що різноманітне в праві, тобто все позитивне право, має вивчатися позитивною юридичною наукою, а не філософією[976].

Отже, за Гегелем, реальність є продуктом тривалого у часі розвитку людського розуму. При цьому він відокремлював поняття розумності чинного права та істини у праві (сутності права), яка може бути пізнана завдяки філософії права: «Вся справа в тому, щоб за видимістю тимчасового й минущого пізнати субстанцію, яка іманентна, і вічне, що присутнє в теперішньому». Якщо сутність права незмінна, то чинне право як творіння людського розуму історично мінливе й минуще, а також залежне від багатьох неправових чинників. Абсолютними й незмінними є закони природи, що ж до права, то «вже сама різноманітність цих законів вказує на те, що вони не є абсолютні. Правові закони насаджені

[973] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство. Київ: Юніверс, 2000. С. 14–15.
[974] Там само. С. 5–7, 9, 11, 16, 19.
[975] Там само. С. 8, 187; *Булатов М.А.* Немецкая классическая философия. Ч. II… С. 328–329.
[976] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство. 11, 13–15, 28, 185.

людьми й традиційні»[977]. Чинне право має внутрішню логіку, яку слід зрозуміти замість нав'язування штучної, недійсної логіки. Дійсна логіка — в природі людини, і філософія має її осягнути[978].

Гегель не відмовився від ідеї природного права, розглядав як тотожні поняття «природне право» та «філософія права». Але філософсько-правові закони надісторичні, а позитивне право пов'язане з обставинами місця та часу — характером народу та особливостями певної епохи[979].

Етичний ідеал, природне право він проголошував пустим, не здатним бути моральнісним мірилом конкретних правовідносин. Натомість мірилом для позитивного права, на думку Гегеля, має виступати мораль, дух конкретного народу[980]. Правовий розвиток у конкретній державі, у конкретного народу підпорядковується не стільки універсальній, скільки конкретній розумній необхідності, він детермінований обставинами місця і часу. Саме звідси виходить знаменитий вислів Гегеля, який можна вважати апологією позитивного права: все дійсне розумне, а все розумне дійсне. Належне і наявне у цій формулі поєднуються. Держава стає конкретним здійсненням етичного ідеалу, абсолютного духу, дійсністю свободи[981]. Так суб'єктивний ідеалізм Канта стає об'єктивним ідеалізмом Гегеля. Самообмеження свободи волі в суспільстві та державі є природним моментом волевиявлення і через ідею спілкування та доповнення особистості в колективі перестає сприйматися як власне обмеження, стає благом. Так суб'єктивне волевиявлення, автономні індивідуальні воля і мораль примиряються з колективними волею і мораллю, позитивним правом.

Отже, завданням філософії права, яку мислитель за традицією називає також природним правом, є пізнання розумності дійсності — осмислення правової реальності. Гегель фактично відкинув ідею належного, завданням філософії у нього стає «осягнення сучасного і справжнього, а не встановлення чогось, що перебуває поза дійсністю і бозна де має бути»[982]. Він заперечив обгрунтованість претензії юснатуралістів на виконання трансцендентним природним правом ролі загального в правовому розвитку, стверджував, що правові закони в жодному разі не підкорені природній необхідності[983]. Тому ми згодні з думкою П. Новгородцева стосовно ідей Гегеля: «Етика перетворюється у нього

---

[977] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство… С. 7–8, 14.
[978] *Булатов М.А.* Немецкая классическая философия. Ч. II… С. 325 - 326.
[979] Там само. С. 328–329.
[980] *Кечекьян С.* О понятии естественного права у Канта и Гегеля… С. 448, 452–453; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 63.
[981] Про це див.: *Пилянкевич Н.И.* История философии права… С. 297–298; *Алексеев Н.Н.* Науки общественные и естественные в историческом взаимоотношении их методов. Ч. I… С. 116.
[982] Цит. за: *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 208.
[983] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або Природне право і державознавство… С. 6–8, 185, 187.

врешті-решт на філософію права»[984], поширюючи її, щоправда, на весь ідейний комплекс представників історико-філософського напряму того часу.

Отже, філософія права Гегеля є насамперед філософією позитивного права, а не метафізичною філософією природного права. Як Савіньї з історичною школою, так і Гегель з історико-філософським напрямом стверджували існування позаправового за своїм характером, більшою або меншою мірою ідеалізованого орієнтиру правового розвитку — національного і/або загальнолюдського духу. Але обидва мислителі стверджували авторитет та історичність наявного, еволюційність культурного або ідейного базису позитивного права, визнавали доцільність позитивного правотворення у межах державно організованих суспільств, а також автономність пізнання позитивного права. Як зазначав С. Муромцев, «На початок XIX ст. філософія історії дала остаточну форму двом ідеям, які зробили докорінний переворот у суспільствознавстві: ідеї закономірного руху історії та ідеї прогресу, які злилися в загальну ідею закономірного розвитку людства… Істотний результат торжества згаданих ідей, особливо ж ідеї прогресу, полягав у примиренні науки з дійсністю. В їх світлі дійсність стала привабливішою, ніж здавалася раніше, тому що відкривалася можливість виправлення темних її сторін окрім повного її заперечення. Негативне ставлення до наявного порядку речей, яке просякло політичну філософію природного права і яке поставило дійсність врозріз з вимогами розуму, замінилося позитивним ставленням»[985].

Як уже зазначалося, Г.Ф. Пухта в 1821 р. наголошував, що основним поняттям права є свобода. Природа як природна необхідність встановлює лише межі здійснення людської свободи (отже, природне право має лише негативне вираження). Відповідно він заперечував як можливість апріорного філософського конструювання загального в праві, так і критичний кантіанський суб'єктивний ідеалізм[986]. Водночас, на думку Пухти, сутність і позитивні межі людської свободи полягають у Божій волі цю свободу надати. Тому сутність права загальна, вона полягає у визнанні свободи волі людини, тобто визнанні волевиявлення, і через це право перебуває поза мораллю. Але загального права, на думку Пухти, як єдиного не існує, природна свобода оманлива[987].

Гейдельберзький професор К.С. Цахаріа у статті «Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»» (1829 р.) зазначав, що право не можна «звести до певних загаль-

[984] *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 162.
[985] *Муромцев С.* Образование права по учениям немецкой юриспруденции. Изд. 2-е, испр. и доп. Москва: Типография А.И. Мамонтова и Ко, 1886. С. 2.
[986] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 4–6.
[987] Там само. С. 7–11, 14–16, 18, 20, 62, 90.

них правових принципів та понять»[988]. Ф. Блюм у працях 1820-х — початку 1830-х років вказував, що природне право є не більш ніж апріорною спекулятивною побудовою[989]. Фейєрбах у праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство» (1832 чи 1833 р.)[990] показав недолугість претензій юснатуралістів на об'єктивацію природного права і підкреслював конкретно-соціальний і державний характер позитивного права: «Чинний, однак не діючий, тобто зовнішньо не визнаний, закон продукує феномен, подібний до нього самого, а саме — чинне, проте не діюче, а відтак лише можливе, але не реалізоване право»[991]. Він вказував, що загальне вчення про право зазвичай уявляється як ієрархія (згори вниз) теорії природного права (або правознавства чистого розуму), філософії права (правової мудрості, правової політики) і позитивного правознавства. Але гідним предметом дослідження є саме позитивне право, яке є не просто велінням держави, а витвором суспільства, психології людей, культури, через що позитивне правознавство входить до наук про людину. Натомість розум може вимагати лише те, що реально можливе, а тому він є похідним від «філософії законодавства» (філософії позитивного права) та позитивного правознавства; так зване природне право не може бути системою реального права, адже засноване на внутрішніх законах мислення, вони суб'єктивні й не є загальновизнаними, воно суто формальне й беззмістовне, не може бути предметом науки. Право об'єктивно дійсне, є зовнішнім і зобов'язуючим приписом, має соціальний характер, а розум іманентний у ньому[992].

Лермінье у «Загальному вступі до історії права» (1829 р.) наголосив на хибності, «фантазійності» традиційних уявлень про природне право[993]. Принципово важливою для розуміння еволюції його поглядів є стаття «Щодо методу історії порівняльних законодавств», опублікована у

---

[988] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн» / Пер. з нім. Р.І. Корнути, О.А. Шаблій за ред. О.А. Шаблій // Сучасні проблеми порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. Ю.С. Шемшученка, Я.В. Лазура; упор. О.В. Кресін, М.В. Савчин. Ужгород-Київ: Говерла, 2015. С. 201–202, 204–205, 207.

[989] *Blume F.* Englisches recht [рецензія] // Allgemeine literatur-zeitung. November 1830 (No. 207). S. 374; *Bluhme F.* Grundriß des Pandectenrechts: mit einem Quellenregister. Halle: Eduard Anton, 1829. S. VII.

[990] Г. Монгаупт на основі невідомих нам джерел датує цю працю Фейєрбаха 1820 р. Див.: *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 120. Але додана до тексту примітка автора дає змогу припустити, що принаймні остаточна редакція рукопису з'явилася не раніше 1832 р. Фейєрбах помер у 1833 р.

[991] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльне правознавство. 2012. № 3–4. С. 332. Див. також: С. 330–339.

[992] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження. 2012. № 1–2. С. 10–11, 13–16, 19–20.

[993] *Lerminier E.* The German historical school of jurisprudence // American jurist and law magazine. 1836. Vol. 14. Issue 27. P. 47, 59, 61.

1836 р.[994], що узагальнює викладацький досвід ученого починаючи з 1831 р. Лерміньє вказує на те, що розвиток людського роду і суспільства не підлягає законам природи і навіть протилежний їм, в основі історії лежить розвиток людської особистості в процесі її діяльності, а однією з найважливіших проблем історії є свобода особистості[995].

Відмежування предмета сфери права і юридичної діяльності від вивчення природи та релігієзнавства непрямо, але однозначно вказує на відкинення Лерміньє ідеї природного права в обох традиційних її варіантах — релігійному та натурфілософському. Також учений зазначав, що філософія і законодавство вивчають два різні боки людської природи: перша — внутрішній, а друге — зовнішній. Окрім того, право, котре, як зазначалося, є окремим видом людської діяльності, виступає діяльнісним боком людської природи[996]. Отже, Лерміньє чітко відмежував сфери права і філософії, відмовився від використання ідеї природного права у будь-якій її формі; визнав основним елементом правового розвитку насамперед не ідеальні моделі політико-правових учень, а позитивне право.

Частина вчених продовжували традицію націоналізації вчення про природне право, уявляючи його як ідеали конкретного суспільства в їх розвитку. Зокрема, французький юрист і філософ В. Кузін у 1819 р. запропонував нове бачення природного права — не як загального (трансцендентного і метафізичного) у праві, а як правових ідеалів конкретного суспільства, що розвиваються разом із суспільством і яким має відповідати національне позитивне право. Тобто позитивне право походить від суспільства і має відповідати його ідеалам. Якщо ж суспільство вважає право недосконалим, влада (держава) має його змінювати[997].

Ці ідеї розвинув А. Журден, який у 1819 р. став одним із засновників журналу «Теміс» — першого значного французького юридичного періодичного видання з часів прийняття Цивільного кодексу[998]. У своїх працях починаючи з 1826 р. він вказував, що філософським елементом у праві є спосіб мислення конкретного суспільства, чий розвиток є первинним щодо розвитку права[999].

Українсько-польський юрист І.Б. Раковецький у праці «Про цивільний стан давніх слов'ян» 1820 р. згадував і про єдність Божественного права, але наголошував на тому, що воно не може бути безпосередньо

---

[994] *Lerminier E.* De la méthode dans l'histoire des législations comparées / Lerminier E. Études d'histoire et de philosophie. T. 2. Paris, 1836. P. 273–285.
[995] *Лерминье Ж.Л.Э.* О методе истории сравнительных законодательств // Порівняльно-правові дослідження. 2012. № 1–2. С. 24.
[996] Там само. С. 25, 28.
[997] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803–1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie // Revue d'Histoire des Sciences Humaines. 2001. Vol. 1. No. 4. P. 36–37.
[998] *Audren F., Halpérin J.-L.* La science juridique entre politique et sciences humaines (XIXéme–XXéme siécles) // Revue d'histoire des sciences humaines. 2001. Vol. 1. No. 4. P. 3.
[999] Navet G. Eugène Lerminier (1803–1857)... P. 33, 37–38.

об'єктивоване, на індивідуальності його пізнання різними народами[1000]. Е. Ганс у першому томі праці «Спадкове право у всесвітньо-історичному розвитку. Твір з універсальної історії права» 1823 р. (видана у 1824 р.) стверджував, що природне право юснатуралістів насправді було узагальненням позитивного права окремої країни, а очищене від конкретного позитивного змісту воно стає лише філософським ідеалом[1001].

У «Лекціях з філософії історії» Гегель ідею загального трансцендентного в історії втілював у понятті про Бога. Він, безумовно, є творцем світу. Але всесвітня історія — Божий задум — твориться соціальною волею та соціальною свідомістю, а не Богом безпосередньо: «Держава є божественна ідея як вона існує на Землі», «моральнісне і справедливе в державі божественні», і саме держава є предметом світової історії; у Бога немає історії, а отже, історія не належить Богу[1002].

Бог нібито є і його водночас немає: кожне релігійне вчення розглядається з точки зору етики та суспільного розвитку, поняття про Бога стає історичним і породженням людей («наш Бог розуміється лише як сходження до надчуттєвого і ми підкоряємося йому тому, що черпаємо зсередини себе те, що робимо», «релігія є загальна форма, в якій істина уявляється не-абстрактній свідомості»); світське здатне містити в собі не лише правду (одну з правд), а й абсолютну істину; людина і держава мають не просто підкорятися Богу, а фактично вести діалог з його заповідями; право є породженням волі суспільства і держави, Божественні заповіді можуть впливати на свідомість і розум людей, але не творять загального чи національно-державного права: «Немає священного, релігійного сумління, відособленого від світського права чи навіть протилежного йому»[1003].

Все, що матеріально уособлювало загальне в праві й одночасно робило його трансцендентним, Гегелем одночасно дискредитоване в цій якості та процесуалізоване. Бог перетворений на множину соціально й історично обумовлених ідей про Бога. Природа розщеплена на фізично-органічну та соціальну; соціальна природа історична та локально індивідуальна. Кантівський розум фактично об'єднаний з розсудком, обидва є іманентними (загальна істина як ідея про вічне та окрема правда як усвідомлення конкретних можливостей і обмежень містяться в об'єктивному / національному дусі) та історичними — абсолютний дух,

---

[1000] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian. Rzech czytana na publiczném posiedzeniu Towarzystwa Królewskiego Warszawskiego Przyiacoł Nauk dnia 3 Maia 1820 roku. Warszawa, 1820. S. 7, 16.

[1001] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права» // Філософія порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 76–77.

[1002] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории / Пер. А.М. Водена. Санкт-Петербург: Наука, 2000. С. 87, 90, 100–102, 394, 424, 428, 455.

[1003] Там само. С. 154, 394, 428–429, 443, 445–446, 455.

хоча й передбачає поняття розуму взагалі, завжди є історично конкретним та еволюціонує[1004]. Божественого, природного права і права розуму як матеріальних (реальних феноменів) більше немає, є розвиток мислення про них, їх усвідомлення, незалежно від можливості їх фактичного існування.

Відзначимо також вплив розвитку проаналізованих ідей на юридичну освіту в німецьких державах (на матеріалах 20-х років XIX ст.). Насамперед слід відзначити, що у значній частині університетів продовжувало викладатися природне право (Гейдельберг, Лейпціг, Тюбінген, Гессен, Марбург, Бонн, Ерланген, Ієна, Кенігсберг), існували й такі спеціальні курси, як природне приватне право (Фрейбург). Водночас немає підстав вважати, що при викладанні природне право розглядалося у старому розумінні як основа і мірило чинного права, а не як філософська система концепцій і понять (за Г. Гуго, П. Фейєрбахом та іншими вченими).

Про поступову трансформацію академічної дисципліни «природне право» у філософію права свідчать такі назви навчальних предметів у німецьких університетах: «Природне право у зв'язку з філософією чинного німецького приватного права» (Ієнна), «Природне право і зокрема філософія позитивного права» (Вюрцбург), «Філософія права, яку часто називають природним правом» (Бреслау), «Природне і міжнародне право або філософська правова наука» (Лейпціг), «Природне і міжнародне право у порівнянні з позитивним правом: наука прав» (Лейпціг), «Природне право у зв'язку з т.зв. філософією позитивних прав» (Берлін), «Природне і міжнародне право» (Лейпціг, Кіль), «Історія природного права» (Бонн). У деяких університетах вже з'являються курси, які прямо називаються «Філософія права» (Вюрцбург), «Філософія [позитивних] прав» (Геттінген)[1005]. Не менш важливо для характеристики цих дисциплін і те, що значна їх частина викладалася на основі праці Г. Гуго «Підручник природного права як філософії позитивного права» (1789), на що прямо вказувалося у багатьох університетських програмах[1006].

[1004] Пор.: *Klenner H.* Savigny's Research Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 77–79; *Дворцов А.Т.* Гегель / Отв. ред. Б.С. Маньковский. Москва: Наука, 1972. С. 75–76, 102–103; *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля. Москва: Юристъ, 1998. С. 40.

[1005] Слід звернути увагу на те, що у частині назв навчальних дисциплін слово «право» вживається у множині, і йдеться про правопорядки, а не про суб'єктивні права. Ми свідомо залишили слово в такому використанні, характерному для тогочасного правопису багатьох європейських мов–як таке, що є елементом компаративістського бачення права.

[1006] *Кресін О.В.* Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст...

Висновки до четвертого розділу

Отже, наслідком Реформації в Європі стало поступове заперечення можливості досягнення тотожності релігійної етики й права, усвідомлення їх різної природи, а також визнання автономності людської волі, що реалізується в позитивному праві. Поступово, внаслідок релігійної, філософської та наукової революцій замість теологічного сформувалися раціоналістичне бачення природного права як узагальнення законів фізичної природи, котрим підкорена людина, і вимога відповідності йому позитивного права. Це підкреслювало вищість природного права, несамоцінність і випадковість чинних позитивних правопорядків, несуттєвість їх відмінностей, відсутність самостійної динаміки їх розвитку і взаємодії. Позитивне право залишалося сферою насамперед суто догматичних досліджень, загальне ж учення про право засновувалося на теорії природного права, в якій приклади з позитивного права підбиралися тенденційно і мали здебільшого ілюстративне значення.

Тенденцією першої половини XVIII ст. стало поступове розмивання теорії природного права через, зокрема: ідею не правового, а етичного його характеру, заперечення його нормативності (принаймні, безпосередньої, без його позитивізації); його націоналізацію, заперечення його універсальності; ідею про його людське походження — як узагальнення досвіду та ідеалів конкретного суспільства — заперечення його метафізичності, припущення його філософсько-світоглядного характеру; розвиток ідеї пізнання природного права на матеріалах позитивного права (зокрема, звичаїв); його диференціацію на окремі елементи, частина яких позитивувалася, а сфера природного права відповідно звужувалася; його історичне бачення — твердження про поступове зростання ролі та розширення сфери позитивного права з розвитком суспільства (твердження про поступове формування соціальної природи людини поруч з фізичною). Мислителі цього періоду поступово виводили природне право з предмета юридичного пізнання, залишаючи в сфері філософії. Позитивне право було емансиповано, сфери його і природного права розмежовано, але їх дуалізм і уявлення про похідний характер першого від другого зберігався.

Особливе місце в розвитку вчення про співвідношення позитивного і природного права за глибиною синтезу і своїм впливом посідають праці Ш.Л. Монтеск'є. Відкинувши традиційну метафізику природного права, мислитель заявив про позитивне право народу (в сучасному розумінні — національне право) як самостійний об'єкт дослідження, невипадковість різноманіття в праві, а предметом дослідження при цьому стали насамперед не відповідність цього об'єкта природному чи Божественному праву, а його особливості порівняно з правом іншого народу.

Процес витіснення природного права з предметної сфери правознавства інтенсифікувався у 80–90-х роках XVIII ст., у тому числі завдяки надзвичайно впливовим працям Філанджієрі, Гуго, Канта, Берка, Гердера, Бентама, а пізніше — Гегеля, Пухти, Ганса, Кузіна, Лерміньє

та інших учених. Вони, зокрема, чітко проголосили філософський, етичний характер природного права, а позитивне право розглядали як вияв суспільної волі і одночасно історично сформований досвід регулювання суспільних відносин, визнали, що воно є самостійним виявом людської раціональності, хай навіть відносної, неуніверсальної та невічної. Саме поняття природного права при цьому в працях багатьох учених не зникло, але принципово змінилося, ним часто позначали або узагальнений досвід позитивно-правового розвитку різних суспільств, що мав свідчити про спільні риси людської раціональності взагалі, або усвідомлені фізичні обмеження здійснення права як свободи волі, або особливості розвитку політико-правових учень і правосвідомості окремого народу, або філософію права, логічні форми і конструкції, які не мають конкретного позитивного змісту.

Серед фізичної та біологічної сфер буття остаточно виокремлюється соціальна сфера, до якої належить право. Так, Божа воля (або чистий розум), фізична і біологічна природа породжують людину, але як вільну, відносно не-детерміновану істоту. Сфера соціального є сферою саморозвитку свободи як своєї конституанти (так само як для романтиків природа є можливість культури, передкультура, але не власне культура) — Бог не творить жодного права. Природне право виводиться з правової карти світу до світу філософії і позбавляється будь-якого позитивного змісту — історичного і територіального.

Теорія природного права була принципово дискредитована внаслідок активних публічних дискусій кінця XVIII — початку XIX ст., особливо під час т.зв. «кодифікаційних дебатів» у німецьких державах 1814 р. (насправді принаймні 1810–1817 рр.). Обидві сторони, що конституювалися як історико-філософська та історична школи, визнали неможливість природного права власне як права і натомість ексклюзивність позитивного права.

Безумовно, становлення позитивізму в цей час багато в чому було обумовлене поразкою наполеонівської Франції, що підвела риску під універсалістськими проектами Священої Римської імперії Германської Нації, *ius commune і Code Civil*, ствердило національні позитивні правопорядки як єдино можливі системи права. Ексклюзивність позитивного права і відсутність окремо об'єктивованого загального розумного в праві зробили національно-державні правопорядки легітимними, необхідними, самодостатніми.

Особливо виразно цей процес відображено у вищій юридичній освіті німецьких держав. Відбулося сутнісне і змістовне перетворення навчальної дисципліни природного права на філософію (позитивного) права, що передбачало бачення природного права не як метафізичного і загального власне права, а як системи мисленнєвих структур і понять, що набули більшою чи меншою мірою загального поширення.

Розділ 5
Формування доктрини національного права і трансформація об'єктної сфери юридичних наук

Вступ
Теоретико-методологічні пролегомени дослідження становлення ідеї соціального права

Принципово важливим для розвитку юридичних наук є питання про об'єктивність права. Для періоду до XVII ст. у європейській традиції більш характерним було розуміння позитивного права як суб'єктивного або інтерсуб'єктивного — довільного, заснованого на індивідуальному волевиявленні, об'єктивним же виступало насамперед Божественне, природне право. Держава уявлялася насамперед як додаток до особи монарха — технічний інструмент влади, а не інституція.

Поряд з розвиненим ученням про приватне (інтерсуб'єктивне) право і Божественне, природне (об'єктивне) право уявлення про предмет і сферу публічного права як суб'єктивного не було узагальнене в юридичних термінах. Публічне право не сформувалося як система правового регулювання суспільних відносин. Так само воно практично не увійшло до сфери юридичного осмислення, залишаючись у сфері догматичних емпіричних досліджень та етичних і політичних учень. При цьому засади інтерсуб'єктивного права переважно вважалися універсальними, загальними, такими, що випливають з природного права. Суб'єктивне ж право, яке розглядалося як індивідуальне волевиявлення володаря і, звичайно, було різним у кожній державі, у кожному конкретному випадку могло розглядатися як відповідне чи невідповідне так само універсальному феодальному праву — складовій Божественного права.

При цьому монарх розглядався як помазаник Божий, який черпає суб'єктивні рішення в об'єктивності Божої волі. Додамо, що світ у політичному відношенні розглядався як ієрархічний — у межах держав, що належали до одного конфесійного ареалу, а тому суб'єктивність суб'єктивного права у Західній і Центральній Європі зводилася до волі імператора Священної Римської імперії.

Розвиток політичних учень, процеси політичного та економічного розвитку, Реформація поступово підривали універсалістське теологічне

розуміння суспільного, політичного, правового розвитку. Проте очевидною і невідворотною ця зміна в Європі стала лише після Вестфальського договору 1648 р., який недвозначно розколов і знищив уявлення про Богом дану єдність західнохристиянського світу. Відмова від війни на знищення протестантизму і пов'язаного з ним політичного розколу, перехід до відносно мирного співіснування християнських держав з домінуванням різних конфесій, а незабаром і міжнародно-правове визнання прав релігійних меншин означали крах теоцентричного політичного, суспільного, правового універсалізму.

Була значною мірою дискредитована заснована на соціальній доктрині католицької церкви віра в об'єктивність універсального права та метафізичну єдність християнського суспільства. Соціально-політична філософія, втілена у переважно синкретичних ученнях з юридичним, державознавчим, політологічним, соціологічним, економічним елементами, мала знайти новий об'єкт і свою нову об'єктивну ідентичність, щоби зберегти уявне право на пояснення реалій життя.

Оскільки західнохристиянський світ виявився остаточно поділеним на держави, соціально-політична філософія мала визнати цей факт і соціалізувати / «одержавити» предмет свого пізнання. Цьому сприяла і поступова, невпинна об'єктивізація світобачення інтелектуалів завдяки успіхам природничих і технічних наук.

Проявами об'єктивізації соціально-політичної філософії стали вчення про інституціональний та правовий характер держави, соціальність права, суспільний договір, суверенітет (державний, народний та ін.), націю та ін. Наслідком об'єктивізації значної частини суб'єктивного політичного та інтерсуб'єктивного приватного права, а також трансформації об'єктивного канонічного права стало їх звуження та становлення нових відносно відособлених сфер правового регулювання — публічно-правової та міжнародно-правової.

Усі ці явища, на нашу думку, взаємопов'язані й можуть розглядатися як грані одного процесу поступової відмови від теологічної та природничої тотальності та подолання постуніверсальної світоглядної атомізації, а натомість побудови нової, виразно емпіричної, соціальної і плюралістичної картини існування і взаємодії множини тотальностей або конкретних універсумів.

На нашу думку, цей процес є ключовим для розуміння становлення суспільних наук взагалі та юридичних зокрема. Але в межах нашого дослідження ми не будемо обстоювати настільки глобальну тезу.

Натомість ми зосередимося на тому, що підірвання вертикально детермінованої дихотомії Бог (відносно пізнаване самодетерміноване універсальне, загальне) — Людина (детерміноване Богом, але відносно індивідуальне, окреме) через згадані інтелектуальні та суспільні процеси вело до утвердження горизонтальної взаємно детермінованої тріади Соціальний світ (загальне) — Наднаціональні соціальні спільності

(соціальне особливе — простір конкретної взаємодії індивідуального — цивілізація, правова сім'я та ін.) — Конкретні колективні соціальні суб'єкти (соціальне індивідуальне, окреме — держава, суспільство, нація).

Це, у свою чергу, поступово формувало предмет і об'єкт порівняльно-правових досліджень, зосереджених на пізнанні плюралізму соціально окремого у його зв'язках між собою, з особливим та загальним. Саме це у поєднанні з компаративістським методологічним підходом, на нашу думку, є одним з основних ідентифікаторів порівняльного правознавства, що відокремлює його від філософії права, соціології права, теорії права, галузевих юридичних дисциплін.

З'ясування виникнення і становлення ідеї соціально окремого (колективного соціального суб'єкта) у контексті конструювання другої (соціальної й плюралістичної) природи світу (на відміну від першої — теоцентричної та фізичної) є досить непростим завданням. По-перше, через складність визначення соціального. По-друге, через величезний масив напрацювань щодо окремих аспектів цього процесу в межах різних суспільних наук і водночас брак його синтетичного бачення. У нашому дослідженні цей розгляд є елементом вивчення процесу становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень. Тому ми не претендуємо на всебічність аналізу цього феномена, а лише намагаємося окреслити схематично його прояви в сфері правових учень, спираючись на ключові джерела і напрацювання різних наук.

Насамперед відзначимо, що ідея соціального окремого в соціально-політичній філософії до початку XIX ст. охоплювала ідеї суспільства в цілому, окремі грані суспільного життя (громадянське суспільство, політичне суспільство), держави, а також спільнот, насамперед нації. Ми цілком свідомі принципових відмінностей між цими соціальними феноменами. Безумовно, держава є частиною політичного суспільства. Держава встановлює рамки (територіальні та ін.) цього суспільства, але суспільство може бути також не організованим у державу, мати суб'єктивний чи об'єктивний транскордонний або регіональний характер[1007].

Так само нація може розглядатися як політична/громадянська, яка охоплює все суспільство в межах однієї держави (а інколи й кількох держав), а може — як етнічна (етнокультурна, біологічна та ін.), що охоплює частину населення однієї чи кількох держав. Ці феномени мають і різну онтологічні природу (суспільство, співтовариство, інституція) та основу (природна даність, політико-правовий статус, свідомість/цінність/мета)[1008]. Але в контексті нашого дослідження вони можуть

[1007] Про це див. напр.: *Петришин О.В.* Проблеми соціалізації правової науки // Право України. 2010. № 4. С. 138.
[1008] Про це див. напр.: *Маритен Ж.* Человек и государство. Москва: Идея-Пресс, 2000. С. 12–19.

розглядатися як вияви єдиного процесу пошуку соціального окремого як об'єкта правових досліджень.

На нашу думку, зважаючи на реалії Пізнього Середньовіччя та Раннього Нового часу, а також на сучасні напрацювання суспільних наук, можна виділити кілька взаємопов'язаних ракурсів дослідження ідеї соціального окремого: становлення окремої ідентичності соціально-політичної філософії, концепція суверенітету, теорія суспільного договору, соціалізація окремих юридичних наук, ідея нації, національної традиції та волі та ін.

Феномен ідеї соціально окремого в праві та соціалізації права загалом глибоко розглянуто у багатьох працях. Наприклад, Г.Д. Гурвич писав про ідею національного права: «Выразним проявом чистого і незалежного соціального права є, на нашу думку, неорганізоване право інтеграції первинної національної спільноти, що лежить в основі всіх задіяних у національному житті організацій та функціональних співтовариств. Це соціальне право, що інтегрує відповідні співтовариства і організації в абсолютно неперсоніфіковану й об'єктивну «тотальність» тієї чи іншої нації, що не допускає жодного єдиного організованого вираження поза нею»[1009].

С.І. Максимов розглядає цей процес крізь призму праворозуміння — осмислення і обгрунтування права. Відзначаючи самоцінність процесу об'єктивізації права, він вказує, що сама по собі позитивізація вчення про право (розглянута нами у попередньому розділі) «не порушує питання про те, на підставі чого встановлюється правопорядок, оскільки право для нього (позитивізму. — *О.К.*) існує як фактична даність», але важливим є й те, «яка реальність подається як джерело правових смислів»[1010]. Зокрема, він виходить з поділу класичних філософсько-правових теорій на об'єктивістські (матеріалістичні) та суб'єктивістські (ідеалістичні). Відповідно перші передбачають, що правосвідомість набуває правових смислів з об'єкта, об'єктивних відносин, а не із суб'єкта, самої свідомості. При цьому «…правовий об'єктивізм розглядає право як частину іншої, ніж вона сама, реальності. Тут право з'являється як «занурене» углиб дійсності, життя. Правопорядок і правосвідомість пояснюються «знизу», з їх життєвого значення. Правова реальність розглядається як реальність суспільних відносин, у глибині яких слід шукати підстави права, розгадку таємниці його сутності». У межах правового об'єктивізму виділяються підтипи залежно від того, які відноси-

[1009] *Гурвич Г.Д.* Идея социального права / Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избранные сочинения / Пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. Санкт-Петербург: Изд. дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2004. С. 90.

[1010] *Філософія* права: Підруч. / О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань, С.І. Максимов та ін.; за ред. О.Г. Данильяна. Харків: Право, 2009. С. 33; *Максимов С.И.* Мировоззренческо-методологические подходы к осмыслению права / Максимов С.І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибрані праці. 2-е вид., доп. Харків: Право, 2012. С. 88–89.

ни вважаються основними: політичний об'єктивізм, культурно-історичний об'єктивізм, соціологічний об'єктивізм та ін.[1011]

В.О. Туманов, виходячи з марксистських позицій, пов'язував процес соціалізації права з потребами правового регулювання соціально-економічних відносин періоду промислового капіталізму, ввважав, що «право ніби розширило свою сферу, розповсюдившись на відносини державної влади і управління». Це, на його думку, було невід'ємним елементом утвердження буржуазної юридичної науки. Нехай і не перший, але він чітко висловив упевненість у простому і безпосередньому зв'язку становлення сучасної позитивістської юридичної науки з її соціалізацією: «Позитивізм потребував, зокрема, критерію, що дав би йому змогу відокремити право від моралі та інших соціальних норм. Він вбачав цей критерій у санкції держави…»[1012].

Г.Д. Гурвич, виходячи, щоправда, виключно з аналізу світоглядних засад, також доводив, що соціальне право як ідея «автономної тотальності» не могло виникнути раніше XVII ст. Зокрема, у XVII ст. формується сам індивідуалізм — під впливом методології природничих і технічних наук, а також починає утверджуватися ідея «автономної соціальної тотальності, що є іманентною, а не трансцендентною щодо своїх членів» у працях Гроція та Лейбніца[1013]. Але лише наприкінці XVIII ст., у зв'язку з Великою Французькою революцією та вченням І. Канта, в етиці було поставлене питання про синтез універсалізму та індивідуалізму, а відносини між соціальними тотальностями остаточно перестали бути ієрархічними. А вперше це питання вирішене на історичній та еволюційній основі, а не шляхом раціонально-природничих схем, було в післяреволюційні роки[1014].

О.В. Петришин розглядає поняття «правова система» як сучасне, але водночас і як об'єктивний феномен, що «співвідноситься з соціумом як цілісним та багатоаспектним феноменом» і відображає «рух до більш повного та змістовного розуміння права як саме соціального явища, яке у такому разі вже не може обмежуватися виключно сферою належного (ідеології)»[1015]. На думку вченого, «лише за умов чіткого усвідомлення соціальної природи права воно може стати засобом обмеження державної влади, розглядатися у контексті правової культури суспільства, формування поваги до права, почуття права тощо»[1016]. Відповідно, право не може бути позбавлене «якісних соціальних і гуманітарних ознак», розглядатися як механізм, «знеособлений та очищений від соціальних

[1011] *Філософія* права… С. 33–34; *Максимов С.И.* Мировоззренческо-методологические подходы к осмыслению права… С. 89.
[1012] *Туманов В.А.* Буржуазная правовая идеология: к критике учений о праве. Москва: Наука, 1971. С. 30, 112–113, 170.
[1013] *Гурвич Г.Д.* Идея социального права… С. 189.
[1014] Там само. С. 190.
[1015] *Петришин О.В.* Проблеми соціалізації правової науки... С. 135.
[1016] Там само. С. 138.

характеристик», а тому не є інструментом, придатним для усіх часів і народів, належить лише конкретному суспільству[1017].

5.1. Пошук виправдання, сенсу й етичної автономії соціального буття: ідеї Лютера і Макіавеллі

Аналіз становлення ідеї окремої ідентичності соціально-політичної філософії розпочинаємо кінцем XV ст. У 1494–1498 рр. у Флоренції під керівництвом монаха Дж. Саванароли було здійснено теократичну революцію. Ця революція спиралася на ортодоксальний християнський світогляд більшості населення, заперечувала і знищувала всі матеріальні та духовні символи гуманізму, закликала до тотального підпорядкування життя людей волі церкви. Вона продемонструвала елітарність, вузьку соціальну базу гуманізму. Водночас поразка теократичного режиму показала недостатність самої лише християнської етики для регулювання політичних відносин та її неповну відповідність соціально-економічному розвитку.

Н. Макіавеллі, чиновник і дипломат, попеременно опинявся в опалі та був обласканий і за теократії Саванароли, і за світської Флорентійської республіки, і за часів відновлення Герцогства Тоскани. Свідок воєн і революцій, Макіавеллі переосмислив цей досвід у своїх працях і одним з перших створив учення про політику і державу як науку і самостійну сферу людської діяльності, в основу якого поклав світський раціоналізм.

Найвідомішу книгу Макіавеллі «Про держави» *(«De Principatibus»)* було написано італійською мовою 1513 р. і вперше видано 1532 р. під назвою «Правитель» (перекладають також як «Володар», «Князь», «Государ», «Державець»). Цю книгу католицькою церквою протягом трьох століть було заборонено читати, поширювати і видавати.

Те, що привертало і привертає увагу до книги й незмінно шокує читачів — це чітке відокремлення політики від віри і моралі. І саме це означало усамостійнення вчення про політику і державу, а ширше — ще достатньо синкретичної соціально-політичної філософії — від соціального вчення церкви, а також від інших філософських течій.

Образи Макіавеллі виявилися надзвичайно затребуваними суспільством. З 1532 р. до 1559 р. (внесення книги до папського списку заборонених книг) його працю було видано 15 разів — як італійською, так і у французькому перекладі. Вона справила надзвичайний вплив на політологічний та державознавчий дискурс у межах соціальної філософії протягом XVI — XVIII ст. Наголосимо, що це одна з перших надрукова-

[1017] *Петришин О.В.* Проблеми соціалізації права та соціологізації правової науки // Право України. 2011. № 8. С. 133; *Петришин О.В.* Соціалізація права та соціологізація юриспруденції... С. 156.

них книг у світі, присвячена світському баченню політичної проблематики[1018].

Особливістю своєї праці Макіавеллі вважає звернення до емпіричного досвіду й до аналізу феноменів сущого, а не належного: «Я вважаю за краще слідувати правді не уявній, а дійсній — на відміну від тих багатьох, хто намалював республіки і держави, яких у дійсності ніхто не знав і не бачив. Адже відстань між тим, як люди живуть, і тим, як мали би жити, настільки велика, що той, хто відкидає дійсне заради належного, діє скоріше на шкоду собі, ніж на благо, бо прагнучи сповідувати добро у всіх випадках життя, він неминуче загине, стикнувшися з безліччю людей, ворожих добру».

Тому, наполягає Макіавеллі, хоча політика має надихатися добрими цілями, вона все ж є поза сферою моралі, раціональним мистецтвом доцільності: «Розумному правителю слід уникати тих пороків, що можуть позбавити його держави, а від інших утримуватися по мірі можливості, але не більше». Більше того, політика багато у чому іманентно порочна, не відповідає християнській моралі, а тому частину порушень моралі у політиці слід сприймати як належне. Політика є сферою свободи людської волі та, як така, протистоїть християнському ідеалу смирення перед Божою волею: «Бог не все виконує сам, щоби не позбавляти нас свободної волі й належної нам частини слави». Мислитель проголошує, що людський світ не статичний, а мінливий (тут присутня категорія історичного часу), і змінює його людська воля.

Священну Римську імперію Макіавеллі позбавляє універсальності й сакральності та розглядає лише як одну з держав. Взагалі влада перестає бути сакральною, вона є раціональним і пізнаванним людьми явищем. Так само й народ перестає бути містичним церковним «тілом Христовим», а є об'єктивним явищем: «Щоби осягнути сутність народу, слід бути правителем, а щоби осягнути природу правителів, слід належати до народу».

Церкву Макіавеллі розглядає як негативний для розвитку держави внутрішньополітичний чинник: «Французи мало розуміються на політиці, інакше вони б не допустили такого посилення Церкви». Характерно, що мислитель пише не про одну, а про множину церковних держав, форма правління в яких є абсолютною, а політичні інститути — відсутні. Таким чином, Макіавеллі стверджує, що вчення католицької церкви освячує абсолютистський лад та відсутність будь-яких політичних прав населення: «Держави ці спираються на освячені релігією підвалини, такі потужні, що вони підтримують правителів при владі незалежно від того, як ті живуть і вчиняють. Лише там правителі мають владу, але її не відстоюють…».

[1018] *Макиавелли Н.* Государь. Москва: Планета, 1990 [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://lib.ru/POLITOLOG/MAKIAWELLI/gosudar.txt

Натомість римських пап Макіавеллі бачить політиками, які використовують абсолютно світські методи досягнення своїх політичних цілей, «діючи грошима і силою». Таким чином, на нашу думку, мислитель вказує на те, що сама церква не дотримується християнського соціального вчення і втілює не ідеали всесвітньої єдності в ім'я спасіння душ, а ідеологізовані, але за своєю суттю світські політичні проекти абсолютистських дополітичних держав.

Держава у баченні мислителя є територіально визначеним політичним організмом, який характеризується взаємодією правителя і народу. Але вказуючи на те, що одному правителю може належати кілька держав, до того ж з різним політико-правовим статусом, Макіавеллі фактично виводить монарха з держави, ставить над нею. Водночас це означає схильність розглядати державу як публічний організм, а не як додаток до особи правителя. На думку мислителя, розвиток держави і наступність влади в ній навіть у абсолютистських державах визначає насамперед не правитель, а система політичних інституцій. Водночас він проголошує право правителя на запровадження нових установ.

Управління державою потребує спеціальних знань, які можна систематизувати і передавати, навчати їм, вони не випливають з моралі правителя й лежать поза нею. До них входить і осягнення природи народу. Аморальні способи ведення політики Макіавеллі називає можливими, хоча й непевними та гідними осуду.

Двосторонність відносин правителя з народом підкреслює те, що покора народу залежить від політики правителя: незадоволений останньою, народ може скинути правителя: «Народ, який сам відчинив браму перед королем, незабаром зрозумів, що обманувся в своїх надіях і розрахунках, і відмовився терпіти гніт нового правителя». Народ може перебувати на різних ступенях політичного розвитку (ступінь «пізнання свободи»), і це значною мірою визначає принципи його відносин з правителем.

Правитель не повинен змінювати право і систему оподаткування народу, а натомість сприймати їх як даність і підтримувати; знищити вкорінену свободу можна лише разом з населенням: «Хто захопить місто, що з давніх часів користується свободою, і пощадить його, того місто не пощадить», «Що не роби, як не намагайся, але якщо не роз'єднати і не розсіяти мешканців міста, вони ніколи не забудуть ані колишньої свободи, ані колишніх порядків і за першої зручної нагоди спробують їх відродити».

Державу, засновану на визнанні незмінності свобод народу, Макіавеллі називає *res publica*. Ми свідомо не перекладаємо це слово як «республіка» — щоби не спотворювати термін, характерний не лише для цього мислителя, а й дуже поширений у тогочасній Європі (згадаймо, наприклад, назву держави, до якої входили й українські змелі — Річ Посполита = *Res Publica*) — йдеться не про форму правління, а про

«загальну/публічну справу» — новий тип держави, заснований на визнанні прав населення і двосторонньому зв'язку правителя і народу. При цьому така *res publica* може бути як республікою, так і монархією (але не абсолютною!). Ось як Макіавеллі характеризує *res publica*: «У *res publica* більше життя, більше ненависті, більше жаги помсти; в них ніколи не помирає і не може померти пам'ять про колишню свободу».

Загалом Макіавеллі виділяє три форми правління/управління державою, які є відповідями на внутрішньо- та зовнішньополітичні виклики: єдиновладдя володаря («абсолютний лад»), беззаконня та свобода («громадянський лад»). «Громадянський лад», свобода і є *res publica* — правління володаря зі згоди народу, яке передбачає існування представницького органу влади, що може позбавити правителя влади.

Народ у праці Макіавеллі виступає як непереможна, але неорганізована сила. Його мислитель бачить і як сукупність підданих/громадян, і як сукупність непривілейованих верств. Він визнає існування іманентного конфлікту між знаттю і непривілейованими верствами. У межах народу Макіавеллі також виділяє інтереси окремих індивідів та їх груп, які можуть бути постійними або змінюватися, конфліктують між собою і виступають раціональною основою лояльності або нелояльності до влади. Люди віддані своїм особистим інтересам, і тому раціональним завданням будь-якого світського правителя є врахування останніх і створення можливостей для їх реалізації, уникнення пригнічення народу — з метою збереження і зміцнення своєї влади: «якщо мети досягнуто, якщо володар заслужив визнання підданих та усунув заздрісників, то він на тривалий час здобуває могутність, спокій, почести і щастя».

При цьому автор визнає, що єдиних принципів соціальної політики бути не може, вона ситуативна. Стабільність влади є стабільністю держави, досягається завдяки політиці правителя і є безумовною цінністю («благодійністю») для народу і «батьківщини». Іншими цінностями проголошуються досягнення злагоди серед підданих і виважена фіскальна політика, підтримання законності, відмова від «надмірної концентрації влади».

Формування території держав залежить і від об'єктивних, і від суб'єктивних причин: «Воістину пристрасть до завоювань — справа природна і звична», а його результат залежить від здатності правителя оцінювати реальні обставини. Але поряд з поняттям держави Макіавеллі виділяє також поняття країни — за ознакою мови, традицій, звичаїв. Об'єднання під владою правителя різних країн мислитель вважає можливим, але штучним, що приховує в собі постійні небезпеки. Об'єднання ж різних держав у межах однієї країни під владою одного володаря мислитель вважає більш стабільним, а їх злиття в одну державу — можливим. Він вважає Італію однією країною, а італійців — єдиним народом попри належність до різних держав. Макіавеллі стверджує наявність єдиного «італійського духу» (до речі, багато дослідників історії поняття «націо-

нальний дух» не звертали на це належної уваги) і волі до об'єднання країни в єдину державу.

Оригінальними є й погляди Макіавеллі на право і його співвідношення з політикою. Поняття «закон» в його творі присутнє, але право і правова політика не є самостійним чинником у житті держави, вони цілком підпорядковані загальному курсу державної політики і є лише відображенням сили: «Основою влади у всіх державах… слугують хороші закони і хороше військо. Але хороших законів не буває там, де немає хорошого війська, і навпаки, де є хороше військо, там хороші й закони, тому проминаючи закони, я перехожу безпосередньо до війська». Вдосконалення законодавства є лише одним із чинників, які зміцнюють владу.

Макіавеллі виділяє, хоча й детально не концептуалізує, дві природи людини — як основу держави: розумову і біологічну («тваринну»). Вираженням першої є право, другої — сила. Але перша природа залишається більшою мірою в сфері належного, відноситься до світу моралі. Людська ж раціональність насамперед заснована на усвідомленні свого біологічного буття.

Тому й практична політика належить більшою мірою до сфери доцільності, емпіричного раціонального досвіду, а не до сфери відособленого теоретичного розуму. Мудрість політика і управлінця полягає у здатності усвідомити обидві сфери й обидві природи людини, діючи доцільно, але маючи на увазі розумне й законне: «По можливості не віддалятися від добра, але за необхідності не цуратися й зла».

Отже, на нашу думку, Макіавеллі заснував своє вчення на індивідуалізмі та свободі волі людини. Індивідуалізм взятий ним з гуманістичної культури. Політична філософія Макіавеллі визнала фактичну перевагу в суспільстві ортодоксального християнського світогляду, але захистила від нього звільнену гуманізмом особистість емпіричним практицизмом: світ не можна враз змінити, але ним можна керувати, забезпечити свої інтереси через створення нової — не природної й не релігійної, а людської тотальності. Держава для Макіавеллі — це нова тотальність вольових індивідів, їх захист від посягань церкви, заміна «містичного тіла» на індивідуалізоване і локалізоване емпірично-раціональне тіло *res publica*, зразком для якого стає устрій італійських міст-держав. Держава, її функціонування стають окремим предметом споглядання й аналізу.

Повністю раціоналізована держава Макіавеллі набуває тотальності, але втрачає індивідуальність, вона механізована і позбавлена душі, якою для містичної універсальної Держави в ортодоксальному християнському світогляді була віра. Індивідуальність можна набути лише у зв'язку з вищим тотальним і у порівнянні з іншим індивідуальним. Без цього індивідуальність може бути в кращому випадку латентною й суб'єктивною, а не об'єктивною. Водночас мислитель накреслює шлях до

поєднання цієї машини з новою душею — метафізичним національним духом (ми узагальнюємо його поняття італійського духу), в основі якого реальні та емпірично пізнаванні явища — мова, традиції, культура.

Держава у баченні Макіавеллі — це політична машина, яка ще не є правовим явищем. Право залишається у сфері приватних відносин і як таке визнається гідним поваги, збереження і захисту. Але політична воля у світогляді мислителя не обмежена правом, а лише доцільністю, індивідуальними та груповими інтересами.

У цьому проглядає певна суперечність, адже відносини індивідів врегульовані приватним правом, а відносини такого індивіда, як правитель держави, з населенням цієї держави правом не регулюються. Але ця суперечність для Макіавеллі не існує, він практично індиферентний до питань права. Якщо й можна говорити про цинізм Макіавеллі, то він полягає якраз у цьому. Відкидаючи християнську етику, він не запропонував натомість іншої нормативної системи: воля правителя не обмежується ані етикою, ані правом, а лише такою ж не обмеженою етикою чи правом стихійною волею народу, окремих груп та індивідів.

Право є інструментом політики або узаконеним вираженням балансу інтересів людей, воно не має свого самостійного буття. Політична свобода, яка виявляється, в тому числі, в існуванні політичних інституцій, є вираженням і мірилом волі індивідів. Індивідуальна та колективна воля ситуативні, спрямовані на забезпечення мінливих інтересів так само мінливими політичними засобами, а тому вони не є волею до права як сталої нормативної системи. Отже, Макіавеллі залишився гуманістом, його держава — це не органічна соціальна система, а стихія, змагання індивідуальних воль. Створити ж суспільство і правову державу на основі поєднання індивідуальних воль у одній раціональній волі він не запропонував.

Питання щодо походження будь-якої ідеї є спекулятивним, її зародки можна відшукати в сивій давнині. Тим не менш, наш вибір поглядів Макіавеллі як відправної точки розвитку сучасної соціально-політичної філософії і становлення предмета суспільствознавства не є випадковим. Звичайно, окремі елементи філософії держави і політики можна знайти ще у творах Платона й Арістотеля. Як зазначає сучасний дослідник, у їх працях «держава була тією відправною точкою, з позицій якої та у зв'язку з якою розглядалися найрізноманітніші явища суспільного життя»[1019]. Відомий вислів Арістотеля про те, що людина є політичною твариною. Водночас антична держава не була суто світським соціально-політичним феноменом, адже «була носієм і світської, і духовної влади»[1020], також не була сформована ідея суверенітету держави, вона не була

[1019] *Барулин В.С.* Социальная философия [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.gumer.info/bogoslov_Buks/Philos/Bar/

[1020] Думка М. Палієнка. Цит. за: *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики: конституційно-правовий аспект. Монографія. Київ: Академія, 2013. С. 43.

самоцінним феноменом, а лише *autarkia* — самодостатньою громадою[1021]. При цьому така громада розглядалася насамперед як природна реальність, природне середовище існування «політичних тварин»[1022]. На думку Г.Д. Гурвича, у часи Античності соціальний зв'язок ототожнювався з державно-правовим, не здійснювався синтез «між універсалізмом та індивідуалізмом»[1023]. Не звертаючись до стародавньої філософії, важливо відзначити, що поняття про державу і суспільство як земні й конкретні феномени у будь-якому разі було підірване ортодоксальним християнським ученням католицької церкви, феноменами папства і Священої Римської імперії.

Як зазначає І. Куян, «ці сили намагалися заявляти про себе як про публічну політичну владу, що претендує на абсолютне владарювання, і, фактично, призводили до виникнення розмаїття владних осередків, суспільних груп та статусів, що конфліктували між собою внаслідок суперечливості їх інтересів»[1024]. Держави в сучасному розумінні не існували, вони були відносно відособленими частинами ієрократичної піраміди церкви та її політичного відображення — Імперії, а їх статус визначався насамперед особистим статусом правителя. І хоча у XIV ст. Імперія починає претендувати на незалежність від церковної влади, починають усамостійнюватися такі держави, як Франція, але це можна розглядати лише як початок руйнування ортодоксального християнського світопорядку.

І світського осмислення соціально-політичної реальності, яке б відокремило феномен держави від релігійного вчення та етики, ще не відбулося. Утвердження нового, монархічного суверенітету відбувалося також насамперед на теологічних засадах — ідеї про богоданність влади правителя. Фактично посталі держави при цьому розглядалися, багато в чому як і раніше, як додатки до осіб їх правителів — неінституціоналізовані та не визначені позитивним правом. На нашу думку, чи не найточніше це описав Г.Д. Гурвич: у часи Середньовіччя домінувала інтерсуб'єктна та універсалістська «позадержавна правова культура», відсутність автономії індивідуальної волі, підкореної «суворо ієрархічній тотальності» Всесвіту. Передумовами виникнення ідеї соціального права, як, зокрема, ідеї «плюралізму рівнозначимих правоворядків», учений називає: «повну емансипацію людської думки, що мала місце в епоху Відродження; …відкриття різноманітності оточуючого світу, утвердження багатоманіття рівнозначимих систем цінностей; …звільнення людського суспільства (як автономної тотальності, що складається з осіб, чий розум не мав необмежених можливостей) від залежності,

[1021] Думка Г. Єліннека. Цит. за: Там само. С. 43.
[1022] *Мере Ж.* Принцип суверенітету. Історія та основи новітньої влади / Пер. з франц. Л. Кононовича. Львів: Кальварія, 2003. С. 144.
[1023] *Гурвич Г.Д.* Идея социального права… С. 187.
[1024] *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 42.

що часом доходила й до змішання з іншими видами тотальностей; … досягнення послідовного синтезу індивідуалізму та універсалізму»[1025].

Виникнення ідеї окремої соціально-політичної філософії саме у Флоренції на початку XVI ст., на нашу думку, не є випадковим. По-перше, північноіталійські міста-республіки найповніше реалізували у своєму устрої публічні засади політики і права. Вони функціонували на основі міських статутів — своєрідних пам'яток не лише муніципального, а й конституційного права. Ці міські комуни перетворилися на держави, підпорядкувавши собі дрібніші містечки й сільські території. Частина їх, насамперед Генуя і Венеція, створили цілу мережу колоній на берегах Середземного і прилеглих до нього морів (у тому числі на Півдні сучасної України). По-друге, цей регіон опинився в центрі протистояння між католицькою церквою, Французьким королівством та міськими республіками, а також громадянського протистояння, учасники якого були також представниками різних світоглядів. По-третє, як уже зазначалося, саме Флоренція була одним з найважливіших центрів гуманістичного руху.

Розвиток процесу кристалізації північноіталійських держав на основі трансформації міст-республік, в умовах зовнішніх і внутрішніх загроз, вимагав їх самоідентифікації, секуляризації соціально-політичного мислення. Правитель держави у баченні Макіавеллі став виразно суверенним — таким, що має свободу волі, не пов'язаний з Божим благословінням і не вписаний в універсальну політико-теолого-етичну піраміду. Це є, на нашу думку, тріумфом гуманізму — визначенням нової сфери самовизначення людини — політичної, формування новочасної соціально-політичної антропології, і водночас містить зародки політичної соціології. Ж. Мере у своїй блискучій праці «Принцип суверенітету» оцінює це так: «Перш ніж набрати достатньої потуги й перерости в особу, котра домінуватиме над множиною, суверенітет завжди виступає як утвердження автономності людського життя: ні божества, ні природа не здатні конституювати людство до такої міри як це робить суверенітет… *res publica* створена людською волею; відтак слід погодитися з тим, що політичне життя не може мати споглядального характеру, а навпаки, носить активний характер: політика — не споглядання, а дія»[1026]. Отже, заслугою Макіавеллі, ще раз наголосимо, стало постулювання соціально-політичного як самостійної сфери діяльності та пізнання.

Поряд із цим виникає новий теологічний, протестантський, погляд на сферу світської політики. Не маючи змоги розглянути його детально, звернемося принаймні до кількох творів М. Лютера. На нашу думку, основою соціально-політичного і правового вчення Лютера стає переосмислення ідей гуманізму щодо індивідуалізму, свободи волі людини, десакралізації сфери людського буття.

[1025] *Гурвич Г.Д.* Идея социального права… С. 187–188.
[1026] *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 134–135.

У своїх «95 тезах» мислитель наголошував на індивідуальності покаяння і прощення людини, розвінчував вищу й сакральну владу та авторитет папи римського, який нібито успадкував від св. Петра ключі від раю: «Сподіватися, що папські відпущення такі, що можуть простити гріх людині… — означає позбутися розуму»[1027]. Таким чином фактично заперечувалася і юрисдикція церкви, ставився під сумнів нормативний характер канонічного права.

У пізніших працях Лютера дискредитація канонічного права, заперечення його етичної та нормативної цінності більш радикальні: «наказують підданим своїм вірити не згідно зі словом Божим, а як їм самим видається правильним»; «у справах, що стосуються святості душ, не слід учити і приймати нічого, окрім слова Божого»; «дурне і хибне твердження, що слід вірити Церкві, Отцям, Соборам»[1028]. Він заперечував також легітимність світської влади Церкви: «До якої ж міри духовні тирани спотворили християнство, перетворивши його на світську владу!»[1029].

Намагання позбавити людину самостійності судження Лютер називав злочином, відступництвом від віри; самостійність судження стає не лише правом, а й обов'язком людини. При цьому мислитель звільнив людину і від звичаю, що якимось чином може впливати на самостійність судження[1030].

На нашу думку, основою поглядів Лютера у цій сфері була його ідея щодо дуалізму внутрішнього і зовнішнього світу людини. Внутрішній, духовний світ людини стосується її зв'язку з Богом і його Царством Небесним. Цей зв'язок є суто індивідуальним, сферою особистого самовизначення людини, свободи її волі, а тому він непідвладний ані Церкві, ані світській владі.

Відповідно Церква, яка відповідає за сферу духовного, не має підстав для встановлення верховенства щодо світської влади (яка є персоніфікованою, представлена монархами, які також мають право на свій духовний вибір) чи самостійного конституювання світської влади (адже, знов таки, духовне — сфера індивідуального і внутрішнього самовизначення і не може регулюватися зовнішніми приписами). Не має вона й духовної влади, стаючи наставником душі людини, а не її володарем. Володар душі — сама людина, і лише вона сама вирішує, чи входити їй до Царства Божого, підкорюючи йому свій внутрішній світ.

Зовнішній світ людини в працях Лютера виступає в ідеальній та реальній іпостасях. Обидві можна об'єднати словом «світський». Отже,

---

[1027] *Лютер М.* 95 тезисов / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html

[1028] *Лютер М.* О светской власти…

[1029] *Лютер М.* О том, что христианское собрание или община имеет право и власть судить о любом учении / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html

[1030] Там само.

зовнішній світ людини є світським нині й таким має залишатися надалі — попри підкреслену мислителем його недосконалість.

Ідеальний зовнішній світ людей у працях Лютера, на нашу думку, можна загалом окреслити поняттям «суспільство», хоча, безумовно, сам мислитель цей термін не використовував і абстракції такого рівня не пропонував. Натомість він запропонував ідеал світу як сукупності громад, у кожній з яких члени самі обирають своїх духовних учителів та самі судять про Бога: «Христос… забирає в єпископів, учених мужів та соборів і право, і владу судити вчення та передає їх кожній окремій людині й усім християнам у громаді»; «нам, а не їм (католицьким церковникам) має належати право вирішувати, що правильне, а що ні»[1031].

У такому випадку священик стає лише вчителем і наставником, який служить громаді: «Покликати і призначити з нашого кола тих, у кого буде виявлена до цього здібність і кого Господь осяяв розумінням і наділив для цього дарами». Члени громади стають співучасниками церковного служіння, а обраний ними духівник набуває обов'язків не лише перед Богом, а й перед громадою[1032].

Важливо, на нашу думку, й те, що Лютер передбачає не лише свободу індивідуального судження про Бога, а й колективне судження громади. Мирський, позарелігійний і природний характер об'єднання людей у громаду мислитель виражав алегорично: Христос «не скасовував, а ствердив шлюбний стан, хоча й не взяв собі дружини і не повчав [слідувати] цьому. Адже Він мав постійно проявляти Себе у такому заняттї й справі, які підходили лише для Його Царства»[1033].

Етика Лютера не пропонує крайнього індивідуалізму та егоїзму, не є вона й виключно сутністю відносин між людиною і Богом. Вона до певної міри стає також етикою співжиття людей у громаді, супільстві: «любов ближніх почитає не вас самих, дивиться також не на те, великі чи малі справи ваші, а на те, наскільки корисні й необхідні вони ближнім чи громаді»[1034].

Отже, в ідеальному, бажаному світі Лютера людей об'єднують громади, а не Церква чи держава. Тут немає влади як відносин владарювання чи підпорядкування — справжнім християнам не потрібний примус, вони повною мірою реалізують свободу волі разом, адже у них подібні переконання й прагнення: «Якби увесь світ складався зі справжніх християн, тобто з істинно віруючих, то не було б необхідності чи користі ані у князях, ані в королях, ані в панах, ані у мечі, ані в законі»[1035].

[1031] Там само.
[1032] Там само.
[1033] *Лютер М.* О светской власти…
[1034] Там само.
[1035] Там само.

Складнішим є конструювання Лютером реального зовнішнього світу людей. У своїй праці «Про рабство волі»[1036] він прямо заперечував реалізм гуманістичного вчення про свободу волі: «Свобода волі — найчистіший обман, подібно до того, як було з жінкою з євангельської притчі: чим більше лікарі її лікували, тим гірше їй ставало»; «свобода волі сумнівна і непотрібна». Натомість він наполягав на покірності Божій волі. Але це скоріше слід розуміти як заперечення абсолютності свободи волі гуманістами — як надмірності, що у реальному зовнішньому світі веде до гордині й свавілля. Зокрема, у праці «Про світську владу» мислитель проголошував рівність людей перед Богом і надуманість соціальної й політичної нерівності, свободу волі кожної людини[1037]. У праці «До радників усіх міст» Лютер ще виразніше закликає людей до активної життєвої позиції та багато у чому звільняє етику від теології: вчити дітей не лише для спасіння душі, а й «тому, що дасть їм змогу заробляти на хліб насущний»[1038].

На нашу думку, важливим для розуміння ідеї свободи зовнішньої волі людини та емансипації світської, «мирської» сфери її життя у Лютера є його теорія різного покликання людей, присутня, наприклад, у праці «Про світську владу» та ін. Це питання аналізував М. Вебер, який писав: «Безумовно, новим тут було наступне: розуміння виконання свого обов'язку у рамках світської професії як найвищої мети людського морального життя взагалі»[1039].

Заняття будь-якою працею через ідею світського покликання емансипується (адже перестає оцінюватися з точки зору служіння Богу, через що світські справи викликали презирство як «суєтні», спрямовані на особистий «прожиток») і стає фахом — професійними навичками щодо надання послуг (у тому числі духовних і владних) або створення матеріальних цінностей для інших людей, які (навіть навички ката) не є

[1036] *Лютер М.* О рабстве воли / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html

[1037] *Лютер М.* О светской власти…

[1038] *Лютер М.* К советникам всех городов / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html

[1039] *Вебер М.* Протестантська етика і дух капіталізму. Київ: Основи, 1994. С. 70. Саме поняття «покликання» у розумінні покликання до певної світської професії до німецького перекладу Біблії Лютером у жодній європейській мові не вживалося. Сам Лютер до свого перекладу у відповідних випадках писав про соціальний стан. А у середньовічній латині «покликання» розглядалося виключно як покликання до духовної діяльності (чернець, священик). Див.: Там само. С. 100–106.

На нашу думку, цей (абсолютно свідомий, як докладно доводив Вебер) неологізм Лютера слід сприймати в контексті зміни по-різному перекладеного ним вислову: було «хай кожен лишається у стані своєму», а стало «хай кожен лишається при покликанні своєму». Це відображало ідею свободи людської волі, до певної міри–припинення ототожнення світської людської діяльності з «суєтою», погляд на світ насамперед не як на ієрархію станів, а як на сферу взаємних послуг, а отже, переважно горизонтальної взаємодії.

осудними: спасіння душі в тому, як саме людина робить свою справу і чим при цьому надихається.

В Аугсбурзькому лютеранському віросповіданні 1530 р. це було сформульовано так: «Євангеліє… не спростовує мирський спосіб правління, поліцію й інститут шлюбу, воно лише хоче, щоб усе це розглядалось як Божий порядок, у рамках якого кожен доводив би, що він керується заповідями християнської любові й творить добрі справи відповідно до своєї професії», «умертвіння плоті мусить служити не засобом спасіння, а способом тримати плоть так, аби вона не шкодила кожному виконувати обов'язки, що випливають з його покликання»[1040]. Причому, як зазначав Вебер, у пізніших працях Лютер дедалі послідовніше обгрунтовував ідею щодо спасіння не через справи, а лише вірою, й дедалі виразніше відокремлював сферу світського життя і світських професій (у тому числі державного управління) від релігії[1041].

Якщо ідеальний зовнішній світ людини, як ми зазначали, за Лютером, був сферою суспільного самовизначення людини, то реальне Царство Земне потребувало держави. Світську державу (монархічну), як і містичну Імперію, Лютер вважав не зумовленими Божою волею, а штучними (людськими) побудовами, які засуджував як гординю, намагання людей самим вершити Божу волю, але водночас визнавав як даність — через неможливість побудови Царства Божого на Землі[1042].

Лютер виправдовував необхідність світської влади і держави для забезпечення порядку в реальному людському суспільстві, де не панує християнська етика: «Сувора, сильна цивільна влада необхідна у світі… Цивільний меч може і має бути червоним і кривавим»[1043]; «ми повинні всебічно обгрунтувати необхідність світського права і меча, щоби ніхто не сумнівався в тому, що вони застосовуються в світі за Божими волею і приписом»[1044].

Світські правління і закон передбачають примус, а отже, певне обмеження свободи волі індивідів, але це обмеження зовнішнє, раціональне й саме по собі є обмеженим законом. Усвідомлення раціональності цього обмеження і блага, яке несуть ці світські явища, не викликає у віруючої людині конфлікту між мораллю і правом, а скоріше підтримує їх гармонію. Моральна людина свідомо й радо віддає частину свободи своєї волі для загального блага: «Владі він [християнин] служить не тому, що вона потрібна йому. Вона потрібна іншим, щоби захистити їх та закрити дорогу злу. Така служба не шкодить християнину нічим і не збиває його з правильного шляху, а світу приносить велику користь. Там же, де християнин не робить цього, вчиняє він не по християнськи, проти [запові-

[1040] Цит. за: Там само. С. 101–102. Відзначимо, М. Вебер наголошував, що це «заперечувало презирливу оцінку католиками мирської моральності». Див.: Там само. С. 106.
[1041] Там само. С. 71.
[1042] *Лютер М.* О светской власти…
[1043] Цит. за: *Берман Г.Дж.* Вера и закон: примирение права и религии… С. 124.
[1044] *Лютер М.* О светской власти…

ді] любові, являючи також поганий приклад іншим»; «Вчиняй так, щоби стерпіти все, щоби ти не потребував влади, яка б допомагала і служила, була корисною і потрібною тобі, а навпаки, щоби ти допомагав, служив, був корисний і необхідний їй»[1045].

Світську владу мислитель обмежує етикою, покладаючи на неї певні обов'язки щодо служіння благу та захисту людини: «Влада також повинна, незалежно від нього самого (християнина. — *О.К.*), незалежно від інших спонук, без його власних скарг, пошуків та ініціатив, допомагати йому і захищати його». Лютер наголошує, що правитель має служити підданим, як Христос служив людям: «Не пристало йому думати: країна і люди мої, я хочу робити те, що мені подобається; але так: я належу країні і людям, я зобов'язаний діяти їм на благо». Якщо ж влада не виконує цих обов'язків, то громадянину слід протистояти їй як злу[1046].

Однак політичних обмежень монархічної влади Лютер не пропонував: «Бог зробив так, щоби правителі примушувалися обставинами покладатися на самих себе, точно так, як кожний має присвятити себе своїй справі»[1047]. Саме поняття «держава» (як політичний організм, а не володіння правителя) мислитель не використовував, виражаючи свої ідеї через категорії «правитель», «влада», «країна», «піддані» (в ідеальних побудовах — «громада»).

Зазначимо, що Лютер акцентує саме по собі питання щодо меж світської влади. Він вказує на «нестерпну, жахливу шкоду» від надмірного посилення влади, натомість поблажливо оцінює шкоду від ослаблення влади. Етичним обмеженням світських влади і права виступає також їх зовнішній характер, непоширення на внутрішній світ людини.

Окремі вислови мислителя можуть сприйматися і як обгрунтування обмеження влади законом: «Кожне царство повинне мати свої закони і права, й без закону не може виникнути жодне царство і жодне правління»; «не можна і в світських справах діяти силою, безправ'я слід насамперед долати правом». Свідченням цього є й розгляд світської влади як судді, рішення якого мають бути виваженими. При цьому такий суддя не може посилатися на християнську етику[1048].

Правління поза правом і компетенцією (щоправда, це стосується зазіхання світської влади на внутрішній світ людини) визначається Лютером як тиранія, коритися якій означає «зрікатися Бога»: «Злу слід не противитися, а терпіти його; але не слід і схвалювати його, тим більше сприяти йому хоча б у дрібницях покорою і послухом». Якщо монарх вчиняє беззаконно, то народ не має «слідувати за ним»[1049].

[1045] Там само.
[1046] Там само.
[1047] Там само.
[1048] Там само.
[1049] Там само.

Лютер вказував, що перемогти народні маси, обурені владою, неможливо. І саме загроза народного бунту має спонукати світських володарів «правити обережно, згідно з розумом», «справедливо». При цьому мислитель наголошував, що світ змінився: раніше люди терпіли ставлення до себе як до тварин, а нині вони готові й здатні до спротиву й відстоювання себе: «Якщо ви будете розмахувати безліччю мечів, то побачите, що з'явиться сила-силенна людей, як не захочуть це терпіти, навіть в ім'я Бога»[1050].

У відносинах васала із сеньйором мислитель визнавав правомірним лише мирний і моральний спротив тиранічній владі: «Владі слід противитися не силою, а лише усвідомленням своєї правоти; і якщо вона візьме це до уваги — добре, а якщо ні — то ти невинуватий і терпиш безправ'я заради Господа»[1051]. Але якщо йдеться про двох рівних правителів і один з них не хоче миру, оборона проти нього виправдана — для захисту і підтримки підданих. Якщо вся країна у небезпеці від зовнішнього ворога, то піддані зобов'язані жертвувати своїми майном і життями заради неї.

Щодо сфери відносин влади і підданих Лютер висунув ідеал мудрого і благочестивого світського правителя, що є справжнім християнином і стає милістю Божою для своєї країни: «Я сподіваюсь дати такий урок правителям і світській владі, що вони зможуть залишитися християнами, а Христос — Владикою». Але він виправдовував також існування нерозумних і тиранічних володарів: «Вони — палочники і кати Господа, і Божественний гнів використовує їх для покарання злих, для підтримання зовнішнього миру»; «Світ — злий і не вартий того, щоби в ньому було багато розумних і благочестивих князів; для жаб потрібні лелеки»; «Для Бога не має значення: забрати у тебе майно або життя через справедливого чи несправедливого володаря»[1052]. Одним з принципів політики правителя має бути її соціальна спрямованість, адже соціальна справедливість — це вияв християнскої етики та природного права, що вищі та м'якші за позитивне право.

Водночас у згаданому вище аспекті концепції «світського покликання» як професії можна зрозуміти наполегливість повчання саксонського курфюрста (а саме йому адресувалася серія проповідей Лютера у 1522 р. і праця «Про світську владу» 1523 р.) щодо принципів управління державою, а також відносин правителя з його владним апаратом. Державне управління перестає бути напівсакральною, натомість стає людською справою — сферою людської активності й людської волі, що залежить від розуму, психологічних якостей і професіоналізму людини. І цьому Лютер приділяв значну увагу, причому, окрім постійного християнського етичного лейтмотиву, він безпосередньо торкався суто світських

[1050] Там само.
[1051] Там само.
[1052] Там само.

особливостей державного управління — психології чиновників, контролю над ними, взаємовідношення між управлінням і правом, державною політикою і суспільством та ін.

Саме у цьому контексті стало можливим говорити про якість здійснення державного управління, державної політики — як до певної міри послуг, які надаються людям. Це врешті-решт і пояснює формулювання Лютером ідеї про те, що державна влада, зокрема, правитель, служить людям, захищає і просуває їх інтереси.

Хто ці «люди»? Безперечно, йдеться про сукупність підданих монарха. А що їх об'єднує, окрім підданства? Лютер безпосередньо не називає і послідовно не конструює жодного колективного, соціального об'єкта державного управління. Але певним ключем до розуміння напряму його думок є ідея щодо служіння священика громаді. Члени громади перестають бути лише паствою, «вівцями», а стають громадянами, священик стає виборним і десакралізованим наставником, учителем — своєрідним надавачем духовних послуг. На політичну сферу Лютер ці ідеї безпосередньо не екстраполював, але аналогія тут цілком природна.

Додамо, що у багатьох працях Лютера присутні ідеї щодо німців як єдиного народу/нації та Німеччини як єдиної країни (тобто, незважаючи на початок роздробленості, невідповідно території Священної Римської імперії та незалежно від неї). За спостереженням Вебера, словосполучення «народний дух» вперше з'явилося в Європі саме у лютерівському перекладі Біблії німецькою мовою, що «відповідає більше духові перекладу, а не духові оригіналу». Вебер зазначав, що досить швидко це поняття «набуло свого сьогоднішнього значення у повсякденних мовах усіх протестантських народів — тоді як раніше в жодній з мов не було навіть натяку на вживання його у світській літературі»[1053].

Отже, вчення Лютера, каталізатора масштабних протестантських рухів, виразно десакралізує і дискредитує духовну й світську владу католицької церкви, а також посередньо ставить під сумнів підстави влади в монархічних державах, проголошує автономність людської волі. Запропонована ним ідея співжиття людей у громадах з виборними духовними наставниками (багато в чому подібна до уявлення про функціонування перших осередків християнства) не лише руйнувала всесвітню ієрократичну ідею і церкву як інтегровану структуру, а й об'єктивно переводила людей із статусу підданих у статус рівноправних членів громади — тобто громадян. Безперечно, за аналогією його послідовниками як громадянське могло розглядатися і соціально-політичне життя, за якого держави можуть розглядатися як суверенні й рівні між собою людські макрогромади, влада в яких є публічною, походить від народу і має бути спрямована на благо громадян.

[1053] *Вебер М.* Протестантська етика і дух капіталізму... С. 69–70.

Якщо Макіавеллі запропонував ідею держави як політичної реальності, то інтерпретація держави на основі вчення Лютера перетворювала її на соціально-політичне і певною мірою правове явище. Втім, якщо політичний потенціал лютеранства було реалізовано протягом життя одного покоління, то соціальний і правовий потенціали втілювалися поступово і протягом тривалого періоду.

Зважаючи на величезний вплив ідей Лютера на інтелектуальний, релігійний і політичний розвиток католицької Європи, можна стверджувати, що його вчення у XVI ст. стало масовим. На відміну від Макіавеллі, твори якого були спрямовані на освічену і заможну публіку (яка принаймні вміла читати і мала кошти на купівлю дуже дорогих на той час книжок, до того ж заборонених церквою), вчення Лютера було зосереджене значною мірою в проповідях і доносилося як до соціальної, інтелектуальної еліти, так і до пересічної людини — в церквах і на масових зібраннях, а також було чітко актуалізоване під час тривалих релігійних воєн (починаючи з 1529 р.), коли визначення ставлення фактично кожної людини до цього вчення було невід'ємним елементом її життєвого вибору.

Також погоджуємося з Г.Дж. Берманом у тому, що успіх протестантських учень, насамперед ідей Лютера, «відобразив значні зсуви в релігійних віруваннях більшості людей — і не лише протестантів, які населяли численні території, що складали в той час Германську імперію». Вчений зазначав, що германське лютеранство було пов'язане з ідеєю світської й суверенної держави, і безпосередньо пов'язував поширення цього вчення як «основоположного світогляду» з політичними та правовими змінами в Європі: «Правові інститути, встановлені лютеранськими князями на германських територіях у XVI ст., відображали лютеранську систему поглядів», «нове право, що з'явилося в Німеччині у часи протестантської Реформації, слід вивчати, співполагаючи його з вірою, яку проповідували протестантські реформатори, причому не лише їх богословські у вузькому сенсі, а й соціальні теорії»[1054]. Берман слідом за М. Гілмором об'єднав Лютера і Макіавеллі в одній групі мислителів, які «займалися пошуком нового виправдання і сенсу існування світського світу». Соціально-політичну сутність учення Лютера Берман бачив у проголошенні теорії «двох царств»: небесного, де править благодать і віра, й земного, де править закон; світським суспільством управляє лише світська влада[1055].

Розвиток лютеранського вчення привів до ухвалення у 1526 р. постанови Шпейєрського рейхстагу («чия країна, того й віра») і проголошення у 1530 р. так званого Аугсбурзького віросповідання, яке вказувало, що головою релігійної громади у кожній з держав є світський правитель держави. Остаточно протистояння між «старою вірою» та «аугсбурзьким

[1054] *Берман Г.Дж.* Право и вера в трех революциях… С. 105–106.
[1055] Там само. С. 108, 110.

віросповіданням» було вирішене Аугсбурзьким миром 1555 р.[1056] — одним з перших документів, що, на нашу думку, до певної міри визнав релігійний і політичний плюралізм у Європі, позбавляв Священну Римську імперію та католицизм їх універсальності та сакральності, а отже — посилював теоретичні підвалини ідеї світської держави, а також конструював широку і важливу сферу, в якій визнавалася автономія людської волі. Саме цей документ став зовнішнім, а соціально-політичне вчення Лютера — внутрішнім виявом того, що, слідом за Берманом, ми можемо назвати «германською революцією»[1057]. Остання, як нам видається, виражала суттєву зміну в світогляді людей — і не лише протестантів, а й тих, хто залишилися католиками. Попри богословську форму лютеранства як учення можемо констатувати, що воно виразно постулювало автономію соціально-політичного буття людини, було суттєвим кроком уперед на шляху формування уявлень про соціальне окреме — суспільство, державу, народ.

Розвиток Реформації привів до тривалого і кривавого протистояння держав і суспільних груп, в основі якого — питання як ідеологічного, так і матеріального характеру. Згаданий вище Аугсбурзький мир 1555 р. став виявом компромісу сторін, але не вирішив міжконфесійного конфлікту і питань, які лежали в його основі.

5.2. Світоглядна і наукова революції XVI ст. та ідея суспільства як соціального окремого

Поряд з релігійною Реформацією та пов'язаною з нею "германською революцією", яка розпочалася раніше й охоплювала не суто німецькі землі, а значною мірою більшість Західної і Центральної Європи, при аналізі генези ідеї соціального окремого в праві та плюралістичного правового світогляду слід приділити увагу ще двом взаємопов'язаним революціям — науковій та філософській. Останні в умовах синтетичності чи, скоріше, синкретичності наукового та філософського знання у той час до певної міри можна вважати двома боками одного явища. Звичайно, останню думку, яка для нас є очевидною, ми розвивати в нашому дослідженні не будемо, визначивши як гіпотезу, що не впливає на характер нашого пошуку та його результати.

Як зазначає Р. Тарнас, своє вчення про геліоцентричну будову Всесвіту — на відміну від геоцентричного — М. Коперник задумав 1514 р.[1058] Майже співпадіння у даті з початком лютерівської релігійної Реформації, на нашу думку, не є випадковим і випливає із загального критицизму тогочасних інтелектуалів щодо ортодоксального вчення

[1056] *Аугсбургский* религиозный мир // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. Москва: НОРМА, 2003. С. 716–718.
[1057] *Берман Г.Дж.* Вера и закон: примирение права и религии… С. 112.
[1058] *Тарнас Р.* История западного мышления. Москва: КРОН-ПРЕСС, 1995. С. 208.

католицької церкви, що суперечило очевидним соціальним, історичним, природним реаліям. Але залишимо це лише як припущення. У будь-якому разі точкою відліку для дискусії щодо вчення М. Коперника є 1543 р., коли було опубліковано його основну працю *«De revolutionibus»*[1059].

Звичайно, з точки зору XXI ст. ідеї Коперника щодо того, що Земля обертається навколо Сонця, а не навпаки, а також щодо того, що Земля є лише однією з планет, його припущення про те, що не лише планети, а й зірки не є просто світовими плямами, а вказують на те, що поза геліоцентричним Всесвітом існує ще безліч інших всесвітів, можуть виглядати зовсім не пов'язаними із соціально-політичними та правовими вченнями. Проте у XVI ст. вони поставили під сумнів соціальне вчення як католицької, так і лютеранської церков, а також основи соціального світогляду європейців. Теологія наполягала на унікальності Землі як створіння Бога. Земля, отже, мала бути центром світобудови і єдиною планетою. Так само геоцентричними були й античні вчення, що стали філософською і науковою основою християнської космології.

Учення Коперника зовсім не передбачало заперечення ідеї Бога і спасіння, але об'єктивно ставило під сумнів можливість буквального розуміння тексту Біблії та напрацьовану століттями християнську теологію, а також претензію останньої на всеохопність, можливість виконувати роль універсального ключа до будь-якої галузі знання. Водночас і антична філософія, і християнська теологія завжди залишалися нейтральними до окремих галузей знання, таких, як геометрія, арифметика та ін.

Твердження ж Коперника та його послідовників об'єктивно поширювали ці ціннісно-нейтральні знання на позаземний простір, стирали межі небесного і земного. Але так само об'єктивно нова картина Всесвіту переставала бути сферою космології, теології, астрології, а ставала сферою астрономії, а по факту — арифметики, геометрії, фізики, тобто емпіричних, досвідних наук. Це суттєво звужувало сфери філософського та релігійного знання.

Однак відбувся не просто розподіл «старих запасів» знань. Нові знання завдяки матеріальним (прилади) та епістемологічним (методи) інструментам наростали лавиноподібно і так само об'єктивно стали домінувати й дисциплінарно спеціалізуватися, зробивши саме дисциплінарно структуровану науку символом «скарбниці знань». Неготовність, а почасти й неспроможність християнських теологій — як ортодоксальної, так і протестантських — охопити ці нові знання робило останні суто світськими, а публічні й широковідомі переслідування вчених створили для інтелектуального середовища чітку і недвозначну опозицію розуму й віри в питаннях природознавства.

[1059] *Реале Дж., Антисери Д.* Западная философия от истоков до наших дней. Т. 3. Новое время. Санкт-Петербург: Петрополис, 1996. С. 43.

Відповідно фізична природа, як земна, так і небесна, стала постулюватися як окрема сфера з власними, автономними від Божої волі законами. Як пізніше писав про це Галілей, «Книга Природи написана мовою математики»[1060]. Природа перестала бути частиною особливої Божої місії, втратила мету і спрямування. І хоча вона дедалі розглядалася як породження Божої волі, проте й як така, що має власні автономні динаміку та закономірності. Як зазначає Р. Тарнас, "Творець явився тепер у новому образі Божественного Архітектора, Математика і Годинникаря, а Всесвіт став розглядатися як таке у вищому ступені безособисте явище, що підпорядковується єдиним правилам"[1061].

Відсутність панування Бога над Природою та наявність її автономних законів уможливило осягнення останніх в інтересах Людини, використання Природи та панування над нею. Почасти це було осмислене новою натуралістичною філософією, що зародилася у XVI ст., але всебічно — у «Новому Органоні» Ф. Бекона, опублікованому 1620 р. Таким чином, значно підвищувалася суто секулярна роль людини у світі, а сам світ набував як природної (переважно циклічної), так і людиноцентричної поступової (еволюційної, історичної) динаміки. Пізніше інший творець натуралістичної філософії Р. Декарт концептуалізував те, що було закладене у революціях XVI ст., чітко відокремивши людину як суб'єкта від природи як об'єкта[1062]. Людину від природи відрізняли воля та розум. Вираженням та інструментом розвитку індивідуального та колективного розуму стала наука.

На нашу думку, такі зміни у світогляді європейської людини XVI ст. справили принциповий вплив на генезу ідеї соціального окремого в праві та плюралістичного правового світогляду. Окрім ідеї завчасно запропонованого людині релігією вибору — спасіння або загибелі в умовах наявної, здебільшого незалежної від неї дійсності, було обгрунтовано ідею автономії людських волі та розуму в творенні двох релігійно нейтральних сфер — відносин людини з природою та відносин людей між собою.

Останню — соціальну — сферу Реформація Лютера та наукова революція XVI ст. визначили лише зовнішньо і переважно негативно — через те, чим соціальна сфера не є. Проблема нового позитивного відкриття соціального загалом і соціального окремого зокрема — феноменологічного та у контексті — була чітко поставлена новим реформаційним, кальвіністським рухом, релігійними війнами у Франції та французькими ж інтелектуалами того часу.

Соціальне вчення Ж. Кальвіна та його практична реалізація (у Женеві) достатньо суперечливі. Проте ми спиратимемося на його теоретичні ідеї, які вплинули насамперед на сучасну йому французьку

[1060] *Тарнас Р.* История западного мышления... С. 221.
[1061] Там само. С. 228.
[1062] Там само. С. 235.

суспільну думку. В своїй основній теологічній праці «Настанови у християнській вірі», перший варіант якої було опубліковано у 1536 р. у Женеві, мислитель чітко розмежував земне і небесне знання. Земне знання в його праці втратило будь-який релігійний зміст і стало вираженням переважно морально нейтральної людської діяльності (як практичної, так і мисленневої), спрямованої на реалізацію власної волі й досягнення раціональних цілей[1063]. Небесні ж знання щодо своєї подальшої долі у цьому та потойбічному світі людині недоступні, тому вона має діяти згідно з власною волею. Отже, доля, передвизначена Богом, його «істинна праведність» вища, але сфера волі людини, земна раціональність є автономною.

Кальвін одним із перших визначив як одну із сфер земного, позаморального знання політику («політичні вчення»), поряд з економікою («ведення господарства»), філософією та ін. При цьому мислитель спирався на аристотелівське бачення людини як соціальної істоти, що має інстинктивну схильність об'єднуватися у суспільство. Відповідно він стверджував також існування притаманних для людського мислення «певних принципів» природних законів людського співжиття[1064]. Отже, природне право у баченні мислителя чітко відокремлювалося від Божого, а також не пов'язувалося прямо з власне природою (людина є все ж унікальною істотою), а натомість з людською свідомістю та її раціональністю. І це природне право розглядається не як конкретні норми, а лише як загальні принципи права.

З цього випливають принаймні дві важливі думки Ж. Кальвіна. По-перше, суспільство здатне до саморегуляції, «злагоди» — формулювання і реалізації спільної волі, а отже, є вольовим суб'єктом. По-друге, норми права щодо суспільства можуть продукуватися самим суспільством — хоча й на основі усвідомлених чи не усвідомлених принципів природного права, але як результат конкретної волі конкретного суспільства.

При цьому Кальвін вказував на можливість конкуренції правових ідей у суспільстві («які закони краще»), конфлікту і компромісу щодо цього, а отже, на раціональність правотворення, що є продуктом узгодження воль та інтересів. Таким чином, людське право, попри природні принципи в його основі, є насамперед історичним, локалізованим (у просторі та за колом осіб) і таким, що еволюціонує. І центр ухвалення політичних і правових рішень при цьому опиняється не поза суспільством (в руках Бога чи монарха як Божого помазаника), а в ньому самому: «У сфері облаштування цього життя ніхто не позбавлений світла розуму»[1065].

[1063] *Кальвин Ж.* Наставления в христианской вере // Антология мировой правовой мысли. Т. 2. Москва: Мысль, 1999. С. 677.
[1064] Там само. С. 677.
[1065] Там само. С. 678.

Принципово важливим, на нашу думку, є й розмежування Кальвіном природної людини та людини в праві. Природна людина діє згідно з необхідністю, її воля детермінована та інстинктивна. Воля ж людини, «навченої Закону», стає обмеженою розумним примусом і водночас усвідомленою — як вибір[1066]. Щоправда, говориться про Закон Божий, але за контекстом — про позитивоване право, а також про дві стадії розвитку людства.

При цьому мислитель проголошував, що Божественне право стоїть на сторожі суспільства, а саме по собі підкорення праву є чеснотою — незалежно від особистого ставлення людини до норм цього права[1067]. Тобто право перестає бути моральним принципом і стає власне нормою. Мораль людини може бути вища за право, але людське співжиття визначають саме конкретизовані правові норми та примус щодо їх виконання. Зрозуміло, примус у цьому випадку може бути виключно земним.

Потужний гугенотський рух у Франції, що ближче до середини XVI ст. став кальвіністським, сприйняв ці елементи вчення Кальвіна. Останні стали вираженням прагнення дворянства та інших верств французького суспільства до обмеження королівської влади, забезпечення прав станів (і загального для всіх права на свободу віросповідання), усунення церковного права із судочинства, а також до розвитку співжиття у громадах, а згодом — до розвитку політичної самоорганізації з виразними аристократичними та демократичними рисами, елементами парламентаризму[1068].

Науковою відповіддю як на реформаційні й природничонаукові ідеї, так і на виклики релігійних воєн і зовнішньополітичного втручання стало формування у Франції напряму суспільної думки, що дістав назву «політики». Прихильники цього напряму намагалися знайти не католицькі й не гугенотські, а загалом світські варіанти розвитку суспільства, держави і права в країні.

Зокрема, школа «нової юриспруденції» у Франції, що сформувалася у середині XVI ст., заперечувала універсальність і позачасовість норм римського права. До речі, цю школу тоді називали також історичною — на противагу історико-філософській школі, представленій Бартоло та його учнями. Засновник «нової юриспруденції» в Буржському університеті А. Алкіатті, а також його послідовники (які часто одночасно були прихильниками релігійного вчення Кальвіна) Е. Барон, Ф. Бодуен, Ф. Отман, Ж. Куяс та інші пропонували вивчати римське право історично, в його еволюції[1069]. При такому історичному розгляді римське право

[1066] Там само. С. 678–679.
[1067] Там само. С. 679.
[1068] Див. напр.: *Бутенко В.А.* Гугеноты // Христианство. Энциклопедический словарь: В 3 т. Т. 1. Москва: Большая российская энциклопедия, 1993. С. 448–450.
[1069] *Бобкова М.С.* Жан Боден и его трактат «Метод легкого познания истории» // Боден Ж. Метод легкого познания истории. Москва: Наука, 2000. С. 338–339.

втрачало ореол ідеальності та виключності, поставало питання щодо його відповідності сучасному суспільному розвитку, а також щодо можливості існування поряд з ним норм іншого походження.

За аналогією будь-які політичні й правові явища могли розглядатися не як вираження універсальної мудрості, а як людський досвід, що належить конкретному людському колективу, має свої динаміку, початок і кінець. Цю ідею було відображено, зокрема, у праці Ф. Бодуена «Про засади всезагальної історії та її поєднання з юриспруденцією», опублікованій у 1561 р. Мислитель, зокрема, зазначав, що цінність історії полягає не стільки у моральних уроках, скільки у пізнанні політичного і правового досвіду, що «відсутність історії в юриспруденції є трагедією», намагався розробити метод історії права як соціального пізнання. При цьому вказувалося на неможливість створення ідеальних політичних і правових моделей, нерозривний зв'язок політико-правової сфери із ступенем розвитку суспільства, необхідність використання у цій сфері власного французького досвіду[1070].

Останнє принципово важливо — Алкіатті та його учні недвозначно проголосили новий *mos gallici iuris docendi* (французький метод викладання права), що, за словами Д. Келлі, став «віддзеркаленням процесу націоналізації суспільної думки»[1071]. Щоправда, ми б воліли вважати це одним з виявів власне самоідентифікації суспільної думки, соціалізації правових ідей.

Результатом розвитку ідей цієї школи став початок активного вивчення її прихильниками французького звичаєвого права, а також формування уявлення про окремий «дух французької культурної спадщини», про народ як суб'єкт соціальної історії, про «новітнє право народів» (у основі якого загальне природне право, але протягом історії воно втілюється в індивідуалізованому позитивному праві кожного конкретного народу)[1072].

Додамо, на основі досліджень Е. Пасквуер та Р. Лоне, що французькі юристи того часу відмовилися від характерного для Пізнього Середньовіччя міфічного та персоналістичного конструювання свого античного минулого та визнали германське (франкське) походження французького народу. Це також було елементом відмови від пошуку гідного місця в римській державній і правовій спадщині як універсальній традиції та натомість віднайдення своєї окремої, національної традиції[1073].

[1070] Там само. С. 339.

[1071] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції / Пер. з англ. Г.Є. Краснокутського. Одеса: Бахва, 2002. С. 187. Див. також: *Launay R.* Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law… P. 23–24.

[1072] *Келлі Д.Р.* Людський вимір буття: суспільна думка в західній правовій традиції… С. 189–190.

[1073] *Launay R.* Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law… P. 24–25.

Паралельно із цим десакралізація політико-правової сфери приводить до досить суперечливого поєднання двох ідей: з одного боку, незалежності монархів і очолюваних ними держав, абсолютності останніх, більше не включених до всесвітньої теологічної та світської ієрархії; з іншого — суспільної легітимності держав і, виходячи з цього, необхідності знаходження певної кореляції між волею монархів і волею суспільств.

У Франції ці ідеї дістали відображення у працях таких мислителів, як Ф. Отман, К. де Сейссель, Ш. Дюмулен, Ф. Боден та ін. Попри те, що ідеї цих авторів відрізнялися, дослідники відзначають подібність їх політичної та правової лексики[1074], що разом створило нову концептуальну і термінологічну систему в соціальній, політичній та правовій сферах.

Ф. Отман у своїй праці «Франкогаллія» конструював поняття батьківщини як такої, що не пов'язана з матеріальними благами для людини, але сама по собі є безумовним благом і вимагає відданості й любові, а духовний зв'язок з нею подібний до зв'язку з батьками і є нерозривним[1075]. Сама назва праці свідчила про зв'язок, у баченні мислителя, території держави з народом. Й ідею справедливого державного устрою він легітимізував прикладами саме з історії Франції.

При цьому Отман чітко відокремлював державу і батьківщину. Батьківщину не можна обрати або змінити, натомість держава є плодом зусиль громадян. Останні об'єднуються в народ, який безпосередньо або через представницькі органи реалізує своє «вище право» на вибір та повалення монарха, а також контроль за його діяльністю. При цьому обрання монарха та його повноваження мають регулюватися «згідно із встановленими законами», що виключають його необмежену владу[1076].

Представницьким органом народу, за Отманом, має бути «суспільна рада» (або «Рада станів чи представників»). Серед її повноважень, окрім обрання монарха, є також ухвалення «суспільних законів», призначення виконавчої влади («найвищі державні посади»), зовнішня політика, контроль щодо державної скарбниці, відокремленої від коштів монарха, суд та інші «державні справи»[1077].

Підкреслюючи, що народ зв'язаний лише тими законами, на які дав свою згоду[1078], Отман недвозначно стверджував пріоритет позитивного права і надавав останньому соціального характеру. Він чітко сформулю-

---

[1074] Огляд літератури та аналіз дискусії Ф. Отмана і Ж. Бодена див. у: *Баязитова Г.И.* Политико-правовые воззрения Жана Бодена: Автореф. дисс. … канд. истор. наук. Тюмень, 2006. С. 10, 18–20 та ін.; *Баязитова Г.И.* Политико-правовые воззрения Жана Бодена: Дисс. … канд. истор. наук. Тюмень, 2006. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.dissercat.com/content/politiko-pravovye-vozzreniya-zhana-bodena

[1075] *Отман Ф.* Франкогаллия // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 2: Европа V–XVII вв. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Москва: Мысль, 1999. С. 686.

[1076] Там само. С. 686–687.

[1077] Там само. С. 687.

[1078] Там само.

вав ідею правового релятивізму: "Освічені люди кожної епохи розглядали та виголошували сприйняття правила щодо того, що закони мають бути пристосовані до форми та умов співтовариства, а не співтовариство до законів... отже, закони однієї монархії часто непридатні для іншої, як ліки не можуть бути придатні для усіх людей незалежно від особливостей їх статі, віку та національності"[1079]. Право, що регулює систему державної влади, він називав «особливими законами» і одним з перших визначав їх основний принцип: всі загальнодержавні справи вирішуються «владою суспільної ради»[1080].

Отже, у працях Отмана держава і право виступають як суспільні/народні, держава чітко інституціоналізується через ідею представницького правління, десакралізується і соціалізується через ідею народного суверенітету, а також стає суб'єктом особливого державного права, що є позитивним і соціальним.

На нашу думку, в XVI ст. французький варіант Реформації та його світське осмислення привели до формування окремих важливих елементів соціалізації держави і права, зокрема ідей державного суверенітету, національної свідомості, правового релятивізму та історизму, національного права, особливого державного права та ін.[1081]

На нашу думку, найбільш послідовне вчення про соціальний вимір політико-правового життя у XVI ст. представлено у праці «Легкий метод пізнання історії» (1566 р.) Ж. Бодена. Він об'єктивно руйнує ортодоксальне християнське світобачення, хоча й не заперечує Бога і створення ним Всесвіту. На думку мислителя, світ, який мав початок через Божу волю, матиме й свій кінець (на відміну від вічного Бога), з чого виводяться і категорія природного та суспільного часу, і самоорганізація (власні закони світу природи), і автономія людської волі[1082]. Світ створений Богом розумно, такою розумністю позначені як природні закони, так і соціальні закономірності[1083]. Але це не обмежує волю людей, і тому соціальний світ є самостійною та динамічною сферою.

Додатковий ключ до розуміння цих ідей дає таке висловлювання Бодена: «Що може бути прекраснішим за відкриття відокремлення форми від сутності?»[1084]. Безумовно, вчений тут посилається на відкриття Фоми Аквінського, трансформоване протягом подальшої тривалої й інтенсивної дискусії щодо нього європейських учених-схоластів

[1079] Цит. за: *Launay R.* Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law… P. 24.
[1080] *Отман Ф.* Франкогаллия… С. 687–688.
[1081] Про це див. також: *Пименова Л.А.* Идея нации во Франции Старого порядка // Национальная идея в Западной Европе в овое время. Очерки истории / Отв. ред. В.С. Бондарчук. Москва: Зерцало-М; Вече, 2005. С. 129–131; *Launay R.* Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law… P. 23–24.
[1082] *Боден Ж.* Метод легкого познания истории… С. 269–271, 274, 280–281, 293.
[1083] Див. напр.: «[королівська влада] безумовно, найближче до природи і затверджена Богом, батьком природи». Там само. С. 252.
[1084] Там само. С. 267.

XIII–XVI ст.[1085] Звичайно, ми не можемо з певністю сказати, з якою позицією Боден солідаризується. Але у них усіх спільним і найважливішим елементом виступає відокремлення вічного буття єдиного Бога й тимчасового, динамічного, плюрального існування його створінь. Бог виступає першопричиною існування людей, але саме завдяки своєму існуванню, самостійній життєдіяльності люди не можуть бути тотожні Божому замислу і одна одній. Отже, немає метафізичної єдності між людиною і Богом: якщо ця єдність й існує, то вона має якийсь інший характер. Людський світ створений як самостійний і тому може розглядатися як такий.

Мислитель загалом піддає критиці вчення Церкви («церковний морок») і розглядає його не як Божественне одкровення («лише осквернене неземною ганьбою не піддається визначенню»), а як вчення — історичне і плюральне (альтернативне). Церква і релігія більше не є священними, вони відокремлюються від Бога і стають людськими феноменами («особливо гідні й ерудовані люди, які виступали з викриттями серйозного невігластва пап»), творінням людського розуму[1086]. Мислитель пише про «християнські релігії», «арабську релігію» (іслам), а не про єресі та марновірства (останнім словом, щоправда, він позначає язичницькі вірування). При цьому ключем до розуміння ідей Бодена є заміна ним Божої милості на Божу мудрість і раціональність Природи[1087], а одкровення — на знання, теософії — на теологію.

Релігійне вчення постає як світоглядний феномен, один з видів філософії, ще нерозвинена наука («заплутана логіка теології»), а також — з інструментального боку — як вид суспільної/державної ідеології. До цього додається досить різка критика мислителем прагнення Церкви виступати у невластивій їй світській іпостасі — як держави або політичної сили. У цьому контексті зрозуміло, чому Лютер і Кальвін не є для Бодена ані єретиками, ані пророками, а лише сучасними мислителями[1088]. Неакцентовано, але наполегливо постулюється необхідність розробки окремої сфери людського знання — загальної історії релігій (історія «культу Бога і становлення релігії»), стверджується суттєвість питання не про істинність чи хибність окремої релігії, а про їх персональне і суспільне етичне значення, закономірності їх еволюції та взаємодії[1089].

Саме по собі конструювання Боденом такої сфери знань, як історія релігій, означало сприйняття феномена релігії не як вічної, а як історичної (що має початок і кінець), не як єдино правильної, а як однієї з багатьох. Тому питання істинності однієї з релігій вже не є принципо-

[1085] Про неї див. зокрема: *Федчук Д.А.* Средневековая метафизика. Санкт-Петербург: Изд-во Санкт-Петербургского гос. ун-та экономики и финансов, 2011.
[1086] *Боден Ж.* Метод легкого познания истории… С. 19–20, 108, 112. Див. також с. 69, 73.
[1087] Там само. С. 89, 94, 99, 316–318.
[1088] Там само. С. 19, 198, 260 та ін..
[1089] Там само. С. 18, 27, 34. Див. також с. 25, 53.

вим — релігії можуть розглядатися як форми людських знання, світогляду, етики[1090].

Водночас віра у праці Бодена не зникає, але вона має корелюватися з розумом і в такому раціоналізованому вигляді стати ідеологічною опорою суто раціональної етики поведінки людини в суспільстві: «Ми бачимо, що сила і вплив релігії такі, що здатні змінити звичаї та зіпсований характер людей, хоча навряд чи можливо, щоби риси нашого початкового характеру були повністю стерті». Священики і теологи при цьому є не альтернативним всезагальним суспільством, а частиною конкретного локалізованого суспільства у межах держави і мають виконувати визначену для них суспільну функцію; держава при цьому не одержавлює церкву/церкви, але її контролює і спрямовує її діяльність для задоволення загальних потреб: «Краще мати фальшиву, хибну релігію, ніж не мати релігії взагалі». При цьому проголошується свобода сумління людини[1091].

Втім ще раз підкреслимо, що етика людини, функціонування держави і суспільства у баченні Бодена є суто світськими, раціональними, утилітарними: «Нехай плани, спрямовані на користь держави, будуть названі корисними й шляхетними… Майже завжди корисні речі виявляються шляхетними». Слідом за Макіавеллі Боден вважає, що моральні ідеали не є основою аналізу суспільного життя («чесноти і пороки, підлість і шляхетність йдуть пліч-о-пліч», «зовсім не чеснота або вада визначає тип держави»), яке визначається у термінах доцільності та раціональності. Якщо людські закон і порядок є розумними, то вони відповідають Божественним мудрості й праву[1092]. Замість моральних імперативів виступають права, інтереси, волевиявлення людей, людських об'єднань та інституцій.

Достатньо чіткою є позиція Бодена щодо співвідношення віри і знання: наукове пізнання має бути звільнене від релігійної та іншої заангажованості, а природні та суспільні феномени — від релігійно-метафізичного, позанаукового пояснення[1093].

Так само відсувається мислителем убік спекулятивне філософствування. Філософія для Бодена є сукупністю вчень про мудрість, до яких фактично віднесено і релігійні вчення. Але він виразно проголошує пріоритет наукового знання: «Безумовно, філософію слушно називають самим життям, але навіть встановивши межі добра і зла, вона залишалася б мовчазною серед минущих речей і мовчала би доти, доки всі слова, справи і плани сучасності не стали б розглядатися у порівнянні з давно минулими днями. І тоді не лише сучасне легко пояснити, але навіть майбутні події можна передбачити, і ми набуваємо здатності

[1090] Там само. С. 66, 104.
[1091] Там само. С. 34–35, 49, 56, 128. Див. також с. 34, 60, 100, 102–104, 128, 237, 258.
[1092] Там само. С. 37–40, 45–46, 69, 99, 157.
[1093] Там само. С. 18, 44, 45, 47, 49, 52, 58 - 59, 72, 75, 78, 229.

отримати всі знання про те, що нам потрібно і чого не вистачає». Або ще: «Філософія… — безкінечні роздуми про найпрекрасніші речі, — на думку всіх академіків, не має нічого спільного з військовими та цивільними заняттями»[1094].

Поняття «знання» Боден однозначно позначав латинським словом *«scientia»*[1095]. Тобто знання в його розумінні дорівнює науковому знанню. В процесі одержання знань він виділяв два рівні — нижчий чуттєвий (відчуттєвий) та вищий розумний. Він вказував на низку видів діяльності, безпосередньо залежних від наукових знань. Але серед них, зокрема, він виділяв і «захист і поширення кращого життя, насичення його знаннями», тобто власне науку. Тобто наука стає, на його думку, окремим видом діяльності людини. Також він називає наукову діяльність покликанням до пошуку правди[1096] (згадаймо ідеї Лютера).

Відмінність науки від філософії та релігійних учень він бачив насамперед у організації процесу пізнання згідно з досвідним науковим методом, який, очевидно, можна нині точніше визначити як емпіріцистський підхід: «через відчуття ми осягаємо саме буття і все суще, хоча наш розум не завжди відкриває причини»; «досвід спростовує будь-які сумніви». Невід'ємним елементом емпіріцистського підходу є встановлення причинно-наслідкового зв'язку в розвитку явищ[1097].

Безперечно, тут відчувається вплив натуралістського повороту в філософії, який багато в чому породив наукову революцію, і самої наукової революції. На це безпосередньо вказують численні згадки Боденом космографії (на відміну від космології), праць Коперника, опосередковано (але недвозначно) — твердження щодо кулеподібної форми та обертання Землі, рухливості сузір'їв та ін.[1098] Мислителі, які уособлювали наукову революцію, починаючи з Коперника (хоча він був у цьому далеко не першим), чітко виокремили Природу — земну і «небесну» — як автономну сферу буття, з власними законами, які пізнаються емпіріцистською наукою, — на відміну від сфери Божественного, яка пізнається через одкровення.

А Боден одним із перших узагальнив і систематизував соціальні знання, проголосивши існування третьої, соціальної сфери буття, яка є предметом відповідної їй соціальної науки, що має також свій метод (методологію). Цю науку мислитель називав людською історією. Попри те, що Боден виразно обмежував значення своєї праці конструюванням

[1094] Там само. С. 14, 104–105. Див. також с. 148.
[1095] Там само. С. 36. Тут і далі ми зверталися до порівняння російського перекладу цієї праці М. Бобкової з латиномовним оригіналом (*Bodini I.* Methodus, ad facilem historiarum cognitionem; ab ipso recognita, et multo quam antea locupletior: cum indice rerum memorabilium copiosissimo. Parisiis: Apud Martinum Iuuenem, via S. Io. Lateranensis, ad insigne serpentis, 1572).
[1096] *Боден Ж.* Метод легкого познания истории… С. 32, 68, 70.
[1097] Там само. С. 108–109, 270, 272 та ін.
[1098] Там само. С. 85, 108, 131, 267 та ін.

методу пізнання нової соціальної науки[1099], він також визначив саму соціальну науку і соціальну сферу.

Людська історія, за Боденом, вивчає особливості співжиття людей в рамках суспільства, народу, держави, а також самі ці колективні соціальні суб'єкти (про кожний з них див. нижче), «стан суспільних справ і сферу людських інтересів у їх цілісності»[1100]. Відмінності трьох сфер буття визначені мислителем так[1101] (зведення в таблицю наше):

	Божественне	**Природне**	**Людське**
Сутність	Священне	Неминуче	Вірогідне
Пізнання	Віра, одкровення	Знання, виміри	Розсудливість, досвід
Предмет			Вчинки людини, її життя у суспільстві
Детермінізм чи індетермінізм	Божа воля	Задана і постійна послідовність причин, вічні й незмінні закони	Людські розум, воля, цілі та інтереси
Динаміка	Непізнанність, вічність	Санкціонована Богом відносна незмінність чи циклічність	Мінливість, еволюція
Сфера вивчення	теологів	філософів	істориків

Отже, соціальна сфера виступає як автономна, самодетермінована, динамічна — сфера свободи волі. Суттєво відрізняючись від інших двох сфер, вона близька до сфери природи своєю раціональністю й одночасно до сфери Божественного — своїм вольовим характером. Унікальною характеристикою соціального називається його динаміка (мінливість, рух). Божественне вічне, природне має свій початок і кінець, але не має еволюції. Тобто лише соціальне має свою історію. Усе це визначає необхідність особливого соціального пізнання.

Боден вказував, що на рівні Всесвіту людський і Божественний розум зливаються в єдину інтелектуальну сферу. Водночас, чітко відокремивши світську, соціальну етику від віри, він наголошував на неприпустимості моральних оцінок у соціальній історії, виводив будь-що Божественне з її предмета[1102].

Натомість об'єктивний вплив природного на соціальне розглядати у межах своєї соціальної історії він вважав доцільним. Це мислитель пояснює, зокрема, фізичним буттям людини та впливом на неї навко-

[1099] Там само. С. 20, 30.
[1100] Там само. С. 70.
[1101] Там само. С. 20–22, 30, 37, 268, 271–272.
[1102] Там само. С. 52, 108.

лишнього середовища: «Хоча душа непідвладна матеріальності, проте багато в чому на неї впливають зовнішні чинники»; «кращий державний устрій копіює природу, що лежить в основі всього». Світ природний виступає для нього контекстом і середовищем існування світу соціального[1103].

Визначивши у соціальній сфері її джерело — людину, яка має власну волю, Боден виділяє і окреме соціальне (суспільство, народ, держава), яким займається «окрема» людська історія, а також передбачає існування загального соціального, яким займається «загальна/універсальна історія» *(historiam universam)* — «діяння співтовариств багатьох людей *(communes plurium hominum)*, чи народів, чи цілих держав»; «охоплює історію всіх чи найбільш відомих народів». Водночас далі він фактично виводить дослідження одиничної людини за рамки соціальної історії, виділяючи дві категорії та два рівні пізнання — окремого *(singuloru)* соціального суб'єкта, і загального *(universam, toto rationem)* — глобальної сукупності соціальних суб'єктів, усієї людської сфери[1104].

Боден зазначає, що система *(ordine componantur)* і методи соціальної історії мають бути подібні до «образотворчих мистецтв», до яких він відносить, зокрема, географію. Кінцевим результатом систематизації тут має стати реконструкція єдності світового історичного процесу, в якому людство має сприйматися як щось подібне до глобального суспільства чи глобальної держави.

Мислитель вказував на подібність методів різних наук, але не їх тотожність. На його думку, предмет визначає метод[1105]. Підхід до отримання знань має бути насамперед емпіричним, а базовими методами — спостереження (опис) і аналіз зібраного матеріалу про соціальні об'єкти, минулі й сучасні (тобто в часі й просторі). Пізнання цілого (загального), наголошував мислитель, можливе лише на основі узагальнення суми одиничних.

На основі аналізу кожного окремого соціального об'єкта здійснюється синтез: мають бути встановлені їх зв'язки, визначена їх еволюція. Вищим рівнем такого синтезу і є пізнання розвитку і взаємодії соціальних суб'єктів на глобальному рівні: «Тепер ми можемо застосувати аналіз, заснований на сприйнятті світової держави як єдиного організму, згідно з яким (аналізом. — *О.К.*) функції різних народів могли би бути розділені»[1106].

Водночас він конкретизував сутність чинника, що уможливлює аналіз соціального світу як єдиного вищого соціального суб'єкта: це єдність розуму, «інтелектуальної сфери». Виявом такої єдності є єдиний закон:

[1103] Там само. С. 92, 108, 239. Див. також: с. 79, 80, 82–83, 88, 99–101, 235, 242–243, 252, 301.
[1104] Там само. С. 22, 24, 28–29, 105, 279. Див. також с. 313.
[1105] Там само. С. 19.
[1106] Там само. С. 104.

«Сам світ подібний до міста-держави і всі люди об'єднані, як це задано єдиною владою закону»[1107]. Під законом тут мислитель мав на увазі природне право та, вірогідно, його можливу позитивізацію в майбутньому.

Проте, на нашу думку, не слід перебільшувати такого суто розумового конструювання єдності світу. Сам Боден вказував на те, що світ стало можливим уявити єдиним завдяки не філософствуванню, а географічним відкриттям і величезному емпіричному матеріалу, інтенсифікації комунікації та обміну, які вони принесли: «Ці відкриття сприяли не лише встановленню обміну і розвитку вигідної торгівлі, а й зміцненню зв'язків між усіма народами, які, як раптово виявилися, працюють спільно в єдиній світовій державі, немовби в єдиному місті»[1108].

При цьому мислитель наголошував, що реконструкція цілого неможлива без опису кожного одиничного, їх порівняння та узагальнення, а оцінка одиничного неможлива без розуміння його місця у цілому: «Я думаю, що немає кращого способу зрозуміти природу окремої людини чи отримати правильне уявлення про історію кожного, ніж порівняння цього мікрокосму з великим людством, тобто з усім світом»[1109].

«Людська», соціальна історія Бодена, за його твердженням, настільки невід'ємна від географії, що за своїм характером є історико-географічною: «Історія використовує географію в хронології»; «географія, одне з найвидатніших і найдивніших видів мистецтв». Він вказував, що конструює історію на зразок географії й навіть називав цілу групу міждисциплінарних дослідників — «історико-географів». Саму ж географію мислитель за рівнями дослідження поділяв на регіональну («хорографію») та глобальну; ще вищий рівень досліджень має космографія, частиною якої є географія. Основними показниками в такій історико-географічній соціальній науці стають час, простір і рух, який їх пов'язує[1110].

У праці Бодена присутня ідея прогресивної еволюції в соціальній історії. Вона закладена в його ідеях «законів часу», «системі всезагального часу». Зокрема, він заперечував ідею «золотого віку» в минулому і поділяв історичний процес на періоди[1111]. Натомість він пропонує власну періодизацію соціальної історії, засновану на розвитку знань та умінь, становленні та взаємодії соціальних утворень: «періоду елементарного світу відводиться шість тисяч років: дві тисячі років людство провело в осягненні релігії та мудрості й ревно вивчало рух небесних тіл і загальну силу природи. В наступні дві тисячі років люди були зайняті заснуванням держав, розробкою законів і заснуванням нових поселень. …У першому тисячолітті після смерті Христа на світ з'явилися різні

[1107] Там само. С. 148.
[1108] Там само. С. 267.
[1109] Там само. С. 104. Див. також с. 23–29, 45, 74, 78.
[1110] Там само. С. 27, 36, 315. Див. також с. 74, 133, 267.
[1111] Там само. С. 24, 268–269.

ремесла та мистецтва, раніше невідомі…». Безперечно, ця періодизація виявляє ідею соціального прогресу та особливої, якщо не вирішальної ролі науки в цьому процесі[1112].

Окрім винаходів, на його думку, вплив науки на суспільство відбувається через трансформацію світогляду людей. Але мислитель вказував і на можливість зворотного, регресивного розвитку. Зокрема, таке може відбутися в результаті одночасної руйнації і занепаду значної частини країн і народів. Також Боден наполягав на незмінності такого важливого, на його думку, чинника, як природа народів[1113].

Попри те, що Боден претендував на єдність своєї історико-географічної соціальної науки, він вказував на існування інших систем соціальних знань, що повністю чи частково з неї випливають та мають власну традицію розвитку, зокрема, на «систему управління державою» *(Reipublicae gubernande ratio),* політичну та військову історію, опис «традицій народів і відмінних особливостей регіонів»[1114] та ін.

Ключем до розуміння ідей мислителя тут може бути його твердження про те, що історія несе «конкретні знання»[1115], зокрема щодо державного управління. Отже, має відбуватися певне абстрагування знання від обставин часу і місця, його узагальнення у вигляді висновків, що набувають якості нової системи знань. Очевидно, що ці системи знань можуть бути інституціоналізовані у вигляді інших, ніж історія, соціальних наук.

Історично першим суб'єктом, що виступає предметом вивчення соціальної науки Бодена, є народ. Окрім того, саме народ у вченні мислителя є природно-соціальною спільністю, тобто суб'єктом, що об'єднує природну і соціальну сфери буття. На відміну від інших суб'єктів народ тому підпорядкований природному закону загальної відносної незмінності, в межах якої відбуваються циклічні зміни — народження, розвиток, занепад.

Історично народи розглядаються мислителем як кровноспоріднені (об'єднані походженням) людські популяції, що виникли на певних територіях. Неодноразово Боден проводить аналогії між такими людськими і тваринними популяціями: «Ми бачимо, що нові форми розвиваються від різних видів живих істот і рослин… ми можемо зробити аналогічний висновок про типи людей». «Природні характеристики» (або «вроджена природа») народів виступають як практично незмінні, й хоча можуть бути піддані впливу через соціальні зміни, але прагнуть до «повернення до свого попереднього стану». До цих характеристик належать насамперед колективні риси характеру і мова[1116].

[1112] Там само. С. 108–109, 267 - 268. Див. також: Там само.–С. 24.
[1113] Там само. С. 127, 131, 267–268.
[1114] Там само. С. 25, 43, 45, 53, 55.
[1115] Там само. С. 73.
[1116] Там само. С. 42, 78, 91, 126, 131, 298. Див. також с. 90, 127.

Походження характеру народу не є ані метафізичним, ані соціальним, а насамперед природним, він формується, зокрема, через природні особливості регіону його походження та первинного розселення. Природа регіону впливає на пов'язані між собою фізичний тип, особливості господарської та іншої діяльності (в тому числі пізнавальної діяльності, державотворення), особливості психології представників народу[1117]. При цьому визначальним природним чинником мислитель вважав клімат, тому виділяв насамперед народи півночі, півдня і середньої зони, лише подеколи звертаючись до відмінностей західних і східних народів; останні відмінності у нього констатуються, але не пояснюються. З іншого боку, виникнення народів з властивими їм характерами і потенціалами Боден пов'язував з Божою волею. Водночас він вказував на те, що природні особливості народів підтримуються та зберігаються завдяки традиціям і вихованню[1118].

Спираючись на загальне міркування Арістотеля щодо впливу клімату на звичаї, Боден самостійно розвинув базове вчення про народ як природно-соціальну спільність. У результаті народи у Бодена до певної міри мають функціональний характер — вони виконують унікальні ролі у світовому розвитку. Наприклад, галли/французи в його баченні через особливості свого менталітету найбільш плідно продукують правові знання. Саме через функціональну роль кожного народу, яка лише позірно інколи може видаватися негативною чи позитивною, Боден виступав проти таких оцінок менталітету і дій народів. До сфери почуттів, інстинкту, а не вибору, мислитель відносив також прихильність людей до свого народу[1119].

І хоча Боден вказував на вплив психології народів на інтелектуальну сферу, він чітко відокремлює ці поняття: психологія, почуття, інстинкти є вродженими і безпосередньо єднають народ з природою, є сферою детермінованості. Виникнення і функціонування інших соціальних суб'єктів належать до сфери розуму та волі, пов'язані з народами, але безпосереднього зв'язку з природою не мають.

Як природно-правова спільність народ має свої закономірності розвитку, його розвиток є стадіальним. Не розкриваючи це питання детально й відсилаючи читача до «стародавніх», Боден вказує, зокрема, на загальні критерії визначення витоків походження народів, на юність народів, їх старіння[1120].

Боден розглядав питання співвідношення народу і держави. На його думку, з поняттям «народ» співвідносяться насамперед «країна» та «батьківщина». На його думку, сукупність населення держави не

[1117] Там само. С. 19, 26, 53, 65, 74, 78, 82–83, 88–89, 92, 99–101, 103, 123, 126, 151, 192, 301, 309.
[1118] Там само. С. 42, 57, 67, 92, 99.
[1119] Там само. С. 89, 91, 104, 114, 295–296, 311.
[1120] Там само. С. 19, 268, 295, 301.

обов'язково є народом (межі держави є плодом конфліктів і компромісів з іншими державами). Водночас «один і той самий народ може проживати на території різних держав, підкоряючись різним законам». Територія народу — це країна / батьківщина, вона може бути меншою чи більшою за територію держави або охоплювати кілька держав[1121].

Він вважав більш природним співпадіння кордонів держав і меж розселення етносів — народів, вказував на існування відчуття кровного споріднення та вродженого прагнення народу мати свою державу. Принципово важливою є його ідея про те, що саме в такій природній державі реалізується і природна форма правління — монархія: «Монархія — це певна територія, населена народом одного походження. Саме за цією ознакою ми можемо визначити, чи вправі ми вважати певну державу монархією»[1122]. При цьому мислитель розглядав природні держави — *imperio* (з латинської — «сила») — як нестабільні, потенційно конфліктні, тому що вони побудовані на природному інстинкті людини панувати, а отже, часто сформовані з різних народів, що не дає змоги встановити в них єдине право і запровадити монархію як правильну форму правління і взаємодії суспільства з владою (про це див. нижче).

На нашу думку, згадані ідеї повністю співвідносяться з поглядами Бодена щодо особливостей природної та соціальної сфер, а також відокремлення форми та сутності. Первинним задумом Бога є статичний світ, де форма відповідає сутності, а природне перебуває у гармонії із соціальним. Але частиною цього ж задуму є наділення людини розумом і волею, власним буттям, що передбачає соціальну динаміку. Тому природний стан (Боден у аналізованій праці це поняття не вживав) є певною константою, відправною точкою в минулому, певним деномінатором оцінки розвитку народу як природно-соціальної спільності, має враховуватися у державному будівництві, але не є єдиною детермінантою останнього.

Водночас ареал розселення германських народів мислитель виділяє в окремий регіон — західну частину поміркованої кліматичної зони, умови якої сприяють розвитку таких характеристик народів, як розсудливість, гуманність, справедливість, волелюбність, підвищена здатність до державо- і правотворення, що загалом визначається ним як висока стадія розвитку волі та розуму — «незалежність духу». Очевидно, що саме в цьому регіоні мислитель вбачав можливості для зближення природного і соціального розвитку. Адже саме тут вектором розвитку країн він проголошує поступове встановлення обмеженої монархічної форми правління, «співзвучної природі». Характерно, що історичну Галлію, яку Боден територіально за загальною традицією ототожнював з

[1121] Там само. С. 139, 220–221.
[1122] Там само. С. 260, 296, 303.

Францією, він означав як батьківщину[1123]. Тобто батьківщина і держава в даному випадку, на думку мислителя, співпадають.

Також Боден приділяв певну увагу ідеї міжетнічної спільності. Насамперед це стосується германських народів, союз яких він вважав можливим і бажаним: «германці і галли поважали одне одного, як брати по крові… а отже, і нині вони можуть об'єднатися у вічному союзі та дружбі»[1124].

Поряд з усіма цими міркуваннями Боден розвинув ідею про поступове зниження ролі народів у соціальному розвитку. Він вказував на неуникненність, об'єктивну і суб'єктивну зумовленість конфліктів у межах народів та між народами, їх міграцій та зникнення через змішання / злиття або вимирання: «Ці переселення людської раси є постійними, щоденно закладаються основи нових міст, з колишніх імен виникають нові назви народів, що вимирають або змішуються з іншими»[1125]. З цього випливає теза мислителя про те, що давні народи перестали існувати в первинному вигляді, й жодний сучасний народ не може похвалитися тим, що є прямим спадкоємцем якогось корінного народу на споконвічних землях[1126].

Зрозуміло, що ця теза дисонує з викладеними вище ідеями Бодена щодо ролі народів у світовому розвитку. Але лише зовні. Він вказував, що досвід і здобутки давніх народів стали загальнолюдським надбанням. Нові ж народи, утворені шляхом змішання старих, стають основою суспільств і держав, територіально локалізуються в останніх. Фактично вони зливаються з поняттям населення держави, суспільством; а ідея Бодена щодо народного суверенітету (див. далі) стає ідеєю суверенітету сукупності всіх громадян, а не якоїсь кровноспорідненої історичної групи: «Народ, тобто той, хто являє собою множину всіх громадян»[1127]. Народ перестає бути природно-соціальною спільністю і стає загальнодержавною спільнотою, тобто фактично перестає бути самодостатньою категорією в соціальній сфері, набуває функціонального характеру, що підкреслює відчуття органічності єднання людей в межах держави, вольовий елемент загальносуспільних інтересів.

Очевидно, саме тому в праці Бодена замість характерного для стародавньої латини означення народу як *gens*, що і в той час, і в часи написання «Методу» означало *етнос*, і давньогрецького слова *демос (δῆμος),* що мало неоднозначне тлумачення як все або частина населення (сума його окремих соціальних верств), вживається поняття *populi*, що дослівно перекладається як *люди*, означаючи певну сукупність людей без прив'язки до їх етнічного походження або соціального статусу.

[1123] Там само. С. 192, 130. Див. також с. 89, 100–101, 103–104, 321.
[1124] Там само. С. 303. Див. також с. 90, 183–184, 296, 298, 323.
[1125] Там само. С. 310. Див. також с. 80, 123, 125, 126, 127, 186, 301, 309 - 311.
[1126] Там само. С. 296, 298, 311. З цього Боден робить виняток для євреїв, яких вважає єдиним збереженим древнім народом.
[1127] Там само. С. 88, 95, 152, 241, 268, 296.

Таким чином, основним суб'єктом соціального розвитку, за Боденом, стала сукупність усіх громадян, незалежно від приналежності до соціальних верств. І цю сукупність він називав суспільством *(societate)*[1128].

Здійснені нами пошуки дають змогу з високим ступенем вірогідності стверджувати, що Боден першим принципово трансформував значення поняття *societate*. Це слово до 1566 р. було присутнє у сотнях видань і використовувалося насамперед для позначення об'єднання людей у певні організації чи співтовариства, наприклад, чернечі ордени (Орден Єзуїтів — *Societate Iesu*), комерційні товариства (у Дігестах, довіднику «Мистецтво нотаріуса» 1539 р., працях Ж. Куяція «Податки» 1566 р., Ангелюса де Убалдіса «Трактат про товариство» 1493 р. та ін.), а також більш загально — щодо громади (наприклад, у латинському варіанті Арістотелевої «Нікомахової етики»).

Боден трансформував останнє значення терміна *societate*, актуалізоване у XVI ст., зокрема М. Лютером, поширивши поняття суспільства-громади на всю державу. Відтак *societate* втратило традиційний функціональний зміст як співтовариства для досягнення певної мети, стало універсальним, охопивши всю сукупність інтересів людей на території держави, в тому числі щодо організації самої держави; модель полісу, осмислену, в тому числі, Макіавеллі, було перенесено на всю державу, вона остаточно стала суспільним утворенням, однією із сфер життя суспільства *(vita civilis)*.

Втрата поняттям «суспільство» традиційної функціональності позбавляло його вольового характеру, перетворювало з цілого на просту суму складових — людей. Так воно могло б розглядатися як сумнівний витвір уяви, не здатний виступати в ролі самостійного суб'єкта соціального буття. На нашу думку, цю проблему Боден подолав через надання цьому поняттю якості громадянського суспільства *(civili societate)*.

На думку Бодена, людині властиве прагнення до уникнення самотності та суспільного визнання, що має своїм наслідком створення добровільних об'єднань, співтовариств *(societatis copulari, comuni societate, humana societas)*, найвищою формою інтеграції яких є «співтовариство співгромадян», «політичне співтовариство» — власне суспільство. Саме через вольовий і раціональний характер цих об'єднань вони принципово відрізняються як від стад як форми природної самоорганізації тварин, так і від держав, не заснованих на волі людей[1129].

Боден підкреслював, що суспільства, на відміну від народів, виникнення яких не було виявом волі людей, засновані виключно людською волею і в різний час — тоді, коли населення на певній території виявилося свідомим необхідності творення універсального за функціями співтовариства і водночас заснування «народної держави» (чи перетворення існуючої держави на «народну»). Стан розвитку людських колективів до

[1128] Там само. С. 20; *Bodini I.* Methodus, ad facilem historiarum cognitionem… С. 9.
[1129] *Боден Ж.* Метод легкого познания истории… С. 32, 61, 189.

«громадянського життя» мислитель визначав як варварство, дикість — тобто не соціальний, а природний стан (останнє словосполучення у пізніших авторів стало важливим і широковживаним терміном).

Основними соціальними одиницями у межах суспільства є людина, сім'я і держава, хоча є й інші «об'єднання і співтовариства людей», групи *(societatibus)*. Історично ідея суспільства органічно виростає із створення та поступового ієрархічного об'єднання таких співтовариств («розвиток від дикості до громадянського життя»), але творення кожного конкретного суспільства є вольовим актом, що відображає згоду людей[1130].

Громадянське суспільство також за визначенням є відображенням волі й готовності (на рівні свідомості) сукупності людей (народу) до творення (створення чи перетворення) держави як суспільного явища. Йдеться, повторимося, про «співтовариство співгромадян», «політичне співтовариство». Свідомість приналежності до суспільства є раціональною, пов'язана з необхідністю спільного задоволення потреб та інтересів людей («участь окремих громадян у долі кожного»), поняттям загального блага *(communem utilitatem, civitatis bonum)* і готовністю підкоритися загальній волі (вираженій у політичних інститутах і праві) заради цього. Тому вона не є вродженою, а формується громадянським вихованням *(civili disciplina)* та освітою. Тому громадянське суспільство є певною стадією розвитку суспільства у різних народів[1131].

Об'єднання людей у суспільство породжує нові спільні потреби (наприклад, захист суспільства, забезпечення соціальної справедливості, підтримання порядку) та засоби їх задоволення, зокрема суспільне управління, соціальне право, релігію і суспільну думку. Тому «інтереси співвітчизників» у праці чітко відокремлюються від інтересів іноземців[1132]. Суспільство в цілому не лише набуває нових суб'єктних якостей, а й починає домінувати над людиною, приписуючи їй суспільну етику, певні обов'язки і регулюючи її діяльність: «Суспільна влада мимохідь обмежує людину». Тому, писав Боден, не завжди щасливішою стає людина, якій доводиться узгоджувати свої інтереси з інтересами інших, а фактично — з інтересами суспільства загалом. Але уникнути всього цього за необхідності впорядкувати співжиття людей неможливо. Водночас мислитель стверджує поряд з претензією суспільства на тотальність існування і цінність «суверенної особистості»[1133].

Нова колективна етика людей у суспільстві є новим світським виміром моралі (розвиток ідей Макіавеллі): замість антиномії «моральне — аморальне» прийшла нова утилітаристська антиномія «корисне — некорисне (шкідливе)». Такий підхід до суспільної етики перетворює у баченні мислителя примус, право, розум, віру, суспільну думку на одно-

[1130] Там само. С. 22, 32, 36, 94, 188–189, 265.
[1131] Там само. С. 32, 34, 36, 127, 136, 188, 190.
[1132] Там само. С. 33–34, 44–45, 69, 189, 265.
[1133] Там само. С. 34–36, 65–66, 175, 190, 265.

порядкові феномени — як регулятори поведінки людини в суспільстві[1134].

Водночас суспільство не виступає як колективний пан людей, воно зберігається доти, доки відображає і втілює їх інтереси: «вивчати стан суспільних справ і сферу людських інтересів у їх цілісності»; «у суспільних справах послідовність доти дієва, доки в її необхідності вдається переконувати ваших співгромадян». Його раціональний характер підкреслює те, що в його організації домінують не статуси, а спеціалізація функцій. Йдеться про суспільні обов'язки *(publicum habent)*, суспільні посади (*publicum munus* — дослівно «публічні функції»), «поділ суспільних функцій» тощо[1135].

Як зазначалося вище, суспільство поглинає навіть релігію, що стає лише релігійною функцією та аспектом буття суспільства, причому зникає навіть відмінність між релігійним та світським служінням, священик стає суспільним посадовцем і підпорядковується суспільній, світській за своїм характером владі. Щоправда, це не стосується власне віри людини, що залишається в сфері її автономної волі[1136].

Загалом суспільство (громадянське суспільство) виступає у праці Бодена як соціальна одиниця, адже воно може мати спільну волю до «участі окремих громадян у долі кожного», бути, так би мовити, *колективною людиною*. Що робить суспільство унікальним, «окремим»? Попри те, що Боден на це прямо не вказує, відповідь є очевидною за контекстом — це наявність в його основі певного народу. Більше того, суспільство може поступово перетворитися на народ нового типу, що є не етнічною, а політичною спільнотою[1137].

Поділивши свою соціальну науку на окрему і загальну, Боден мав також вказати, чи існує загальний соціальний суб'єкт, чи творить сукупність окремих суб'єктів щось загальне — таке ж раціональне, вольове, соціальне. У середньовічній релігійній картині світу це була метафізична всезагальна одиниця — Церква. У Бодена така єдність присутня у вже згаданих ідеях світової держави та інтелектуальної сфери, а також людства *(humanitas deniquae)*. Але загалом відповідне вчення про соціальне загальне у нього мало розвинене, натомість до предмета соціальної науки він включає плюралістичну сукупність людських співтовариств *(communes plurium hominum)*[1138].

Державне управління *(Reipublicae gubernande ratio)* у Бодена виступає лише як форма реалізації, спеціалізована підсистема «суспільної влади», «суспільного управління», «суспільного авторитету». Він бачить його сферою не лише знань, а насамперед умінь, автономною сферою

[1134] Там само. С. 34, 37.
[1135] Там само. С. 35, 70, 113, 148, 151.
[1136] Там само. С. 35.
[1137] Там само. С. 190, 241.
[1138] Там само. С. 22, 25.

діяльності (згадаймо ідею світського покликання у Лютера), наполягає на домінуванні в його розвитку досвіду[1139].

Визначити те, що, на думку Бодена, входить до суспільного управління, окрім державного управління, досить складно. Він згадував, зокрема, наявність суспільних рад — поза органами державної влади. Важливіше інше — визначення мислителем суспільної влади не як панування, а як авторитету, заснованого на довірі суспільства, а також ствердження такої функції громадянського суспільства, як контроль над державною владою *(civile arte ac imperio regantur)*[1140]. Очевидно, що державна влада виступає імперативним вираженням цього авторитету суспільної влади, що здійснюється через примус в ім'я загального блага.

Але у будь-якому разі мислитель вважав соціальну та політичну сфери відмінними, причому перша є первинною і виступає домінантою творення другої. Більше того, наявність громадянського суспільства диктує і характер держави не як природної самодостатньої владної організації *(imperio чи potesta)*, а як соціальної, публічної, «народної» — політичної громади і всенародної/загальної справи *(polis ma Res publica)*: «якщо безліч людей зібрати в одному місці, позбавивши їх законів та управління, не забезпечивши жодного захисту суспільних інтересів, де кожний буде облаштовувати свої особисті справи за відсутності покарань, що утримують аморальних, і без нагород, що надаються зразковим, то в чому це співтовариство може бути подібним до держави?»[1141].

Втім учення Бодена про державу (яке він визначав основним предметом своєї праці[1142]) є складним і суперечливим. На нашу думку, це обумовлено, зокрема, тим, що мислитель не завжди достатньо артикулює, хоча й, безумовно, здійснює, поділ між природно-соціальною епохою в розвитку державних форм, і державою епохи громадянського суспільства.

Є й труднощі термінологічно-концептуального характеру, пов'язані з уже згаданим наданням ним нових смислів латинським поняттям. Наприклад, *imperio* для Бодена є і влада (також вживається поняття *potesta*), владні повноваження, і тип досоціальної держави.

З іншого боку, розуміння ідей цього мислителя ускладнює те, що використовуваним ним поняттям пізніше було надано відмінного значення, що приводить і до підміни понять перекладачами та вченими. Напевно, найхарактернішою помилкою є розуміння *Res publica / Reipublica* Бодена, що дослівно означало «народна держава», «соціальна держава», як форми правління — республіки, хоча насправді у такій державі могли бути різні форми правління.

[1139] Там само. С. 25, 44–45, 53, 64–65, 69, 73, 148.
[1140] Там само. С. 32, 34, 44, 148, 182, 237.
[1141] Там само. С. 53, 88, 136. Див. також с. 182.
[1142] Там само. С. 55, 134 - 135.

До речі, раніше за Бодена поняття *Respublica* саме як народної держави розглянуто у праці українського мислителя С. Оріховського-Роксолана «Діалог або розмова навколо екзекуції Польської держави» (1563 р.). З посиланням на «мудрих людей», а фактично перефразовуючи слова Ціцерона («Про ораторське мистецтво»), він тлумачить цей термін як «державу», яка є «зібранням співгромадян, пов'язаних спільним правом і спільною вигодою»[1143].

І, нарешті, особливо складно аналізувати вчення Бодена про державу тому, що, на його думку, завершення епохи дикості та природної держави і настання періоду громадянського суспільства та соціальної держави в різних регіонах світу і у різних народів не відбувається одночасно. Тому мислитель аналізує *imperio* та *Res publica* як феномени, що існують паралельно[1144]. Відповідно слід ретельно відмежовувати його твердження щодо сутності держави взагалі, досоціальної та соціальної держави.

Вчення про державу Боден вважав відносно самостійною частиною соціальних знань — «політичною історією». Мислитель неодноразово підкреслював, що його вчення про державу побудоване насамперед на творах Макіавеллі, вважав творчість останнього найбільшим здобутком у цій сфері: «Висловлювання Макіавеллі є вершиною державної думки, в них я не можу знайти нічого, що викликало б сумнів»[1145].

Водночас на відміну від Макіавеллі та інших мислителів Боден фактично проголосив цю сферу знань не лише соціальною, а й, так би мовити, технічною або технологічною. Саме щодо неї, а не соціального знання в цілому, він достатньо послідовно намагався застосувати закони математики, вивести чіткі закономірності її розвитку та ідеальний тип держави, що міг би стати основою, кажучи сучасними словами, політичної інженерії: «Через історію можна побудувати ті ідеальні типи управління, які так і не стали основою жодної держави»[1146].

Основою для цього, очевидно, є презумпція Бодена щодо взаємопов'язаності людської біологічної та розумової природи, за якої саме по собі існування окремих одна від одної держав уже є відхиленням від розумних принципів. Водночас тут зустрічається і суперечність: в іншому місці праці Боден відстоює роль традиції у розвитку держави, що обмежує можливість її суто раціонального реформування: «Дійсно, багато чого в традиціях, законах, установах і судах потребує виправлення, але форма управління, схвалена таким тривалим існуванням, не може бути змінена без ризику серйозних потрясінь. Дуже важливе зауважен-

[1143] *Оріховський С.* Діалог або розмова навколо екзекуції Польської держави // Оріховський С. Твори / Пер. з лат. і старопол. В.Д. Литвинова. Київ: Дніпро, 2004. С. 272; *Литвинов В.* Ренесансний гуманізм в Україні. Київ: Вид-во С. Павличко «Основи», 2000. С. 240.
[1144] Див. напр.: *Боден Ж.* Метод легкого познания истории… С. 74, 131, 139, 148.
[1145] Там само. С. 53, 134–135.
[1146] Там само. С. 135. Див. також с. 30, 43, 45, 101, 134, 177, 200–209.

ня Арістотеля застерігає нас від змін чогось у державі, що процвітає тривалий час у формі, що усталилася»[1147].

Природна держава, на думку мислителя, є формою реалізації закладеного у природі людини потягу до панування. І навпаки, поступове подолання цього інстинкту є процесом перемоги набутої соціальної якості людини над природною: «Чим шляхетніша людина, тим далі вона перебуває від тваринного рівня і тим менше її приваблює бажання панування; в цьому вона може піднестися над усім тваринним світом»[1148]. Відповідно природна держава є апаратом панування, несправедливою, позазаконною. Соціальна ж держава є реалізацією суспільних авторитету і влади, розумною і справедливою, регульованою правом.

Існування природної держави пояснюється, на думку Бодена, неготовністю людей (насамперед у минулому) до участі в управлінні нею через недостатній рівень морального та інтелектуального розвитку. Через це влада в ній здійснюється одноосібно — спадковим володарем, який реалізує лише власну волю. Для соціальної («народної») держави[1149] характерна участь населення у формуванні та реалізації влади, поєднання волі (керування та свідомого підкорення) та права: «Очевидно, що держава була народною, тому що об'єднувала всіх громадян, виключаючи іноземців, мала владу над правом помилування, давала всім службу й повагу і, нарешті, вирішувала те, що має регулюватися законом»[1150].

Розглядаючи питання виникнення соціальної держави, Боден висловлював ідеї, що можуть розглядатися як не повністю відповідні його концепції суспільства. Зокрема, він писав, що держави створюються через союз полісів з визначенням загальної для всіх них влади; в іншому місці своєї праці він вказував на утворення соціальної держави шляхом об'єднання родин і функціональних співтовариств[1151]. Водночас позірну суперечність можна зняти, якщо розглядати це як злиття мініспільств (міських громад), природних (сімей) та вольових співтовариств у одне суспільство.

Водночас природну і соціальну держави поєднує така їх функція, як встановлення і підтримка порядку, яку Боден розглядав як безумовну цінність. Ця функція випливає з того, що «кожний не може командувати кожним», а тому «або один управляє всіма, або всі — кожним, або

[1147] Там само. С. 148, 237. Наведена цитата стосувалася Франції. Див. також с. 135.
[1148] Там само. С. 31–32.
[1149] Поняття «соціальна держава» Боден не вживав. Ми вживаємо це словосполучення для точнішого означення сутності феномену «народної держави» Бодена, зважаючи на його контекст та для того, щоби уникнути необхідність кожного разу пояснювати, що автор мав на увазі під словом «народ».
[1150] Там само. С. 34, 167. Див. також с. 103–104, 135–136, 214 - 215.
[1151] Там само. С. 138, 146–147, 166.

деякі — всіма»[1152]. І так само природний і соціальний типи держави єднає поняття суверенітету верховної влади, який Боден називав умовою існування держави. При цьому він недвозначно зазначав, що суверенітет не означає неконтрольованості верховної влади[1153].

Боден стверджував, що поняття суверенітету не є його винаходом, зустрічається ще у Арістотеля, латинською мовою означається як *summa rerum* або *summa imperio,* італійською мовою — *signoria* (сеньйорія), а загалом означає верховну владу. Водночас, підкреслюючи, що Арістотель змішував поняття верховної влади з «порядком управління державою», Боден усе ж вказував на нове значення, приписане ним верховній владі як суверенітету[1154].

Необхідність влади мислитель виводив з необхідності забезпечити порядок у державі. При цьому він чітко виділяв державну владу серед інших видів влади. Зокрема, влада батька у сім'ї є законною (природне право), але її авторитет обмежений. Державна ж влада засновується також на людських законах (позитивному праві) та має «остаточний суспільний авторитет» і визначені засоби свого здійснення[1155].

Іншими ознаками держави мислитель називав громадянство (поширюючи значення терміна, характерного для міст-держав та заміщуючи ним поняття «підданий»), територію, право. Громадянин для Бодена є не просто об'єктом державного управління, а суб'єктом, приналежність якого до держави є свідомою, який користується рівними з іншими правами та захистом держави. Боден наголошував, що поняття «громадянин» стосується і населення соціальних держав з монархічною формою правління. Щодо поняття території держави мислитель писав, що вводить це поняття вперше, але ширше його не розкрив. Щодо права — вказував на єдність права у соціальній державі на відміну від *imperio*[1156].

Носієм верховної влади[1157] *(vel eorum qui Reipublica summam habent)* можуть бути або народ в цілому *(populi)*, або його більшість, або володар *(principis)*, але не може бути чиновник. Боден відстоював монархічну форму правління (спадкова або виборна обмежена монархія), за якої носієм верховної влади — суверенітету — є монарх, але при цьому вказував, що джерелом суверенітету в соціальній державі незалежно від форми правління є лише народ («вважаю народною певну систему, за якої народ має дійсну, а не фіктивну владу»; «сила і верховна влада держави полягають у народі»; «народна форма правління є не чим іншим як частиною суверенітету»), а також на суто світський характер

[1152] Там само. С. 7, 137–138, 149.
[1153] Там само. С. 136–138, 151, 222.
[1154] Там само. С. 137, 151.
[1155] Там само. С. 137–138, 147, 150.
[1156] Там само. С. 135, 138–147, 163, 167.
[1157] Мислитель посилався на використання цього поняття Аристотелем, але свідомо надавав йому нового значення. Див.: Там само. С. 136–137.

монаршого суверенітету. Носій верховної влади Боденом розглядався і як орган влади (насамперед — вищої судової), і як гарант справедливості в державі[1158].

Він зазначав, що монархія може мати правильну і неправильну форми. Правильна форма — королівство — є насправді суверенною, повновладною, але справжню владу в ній має народ: «Народна влада, а не королівська, що передбачає, що королівством керує король, узгоджуючись з волею народу, і в цьому випадку управління залежить від народу»; монарх же має визначену для нього компетенцію: «в межах компетенції та під юрисдикцією правителів»[1159].

Натомість неправильною формою — тиранією — є одноосібне правління, оперте не на народну/суспільну волю і право, а лише на силу; тиранія характеризується як безвладдя. Для природних, досоціальних держав Боден визначав одноосібну владу як патріархальну — приватного типу (держава як приватна власність) і не зв'язану правом[1160].

Але він розглядав як можливі, хоча й менш бажані, й інші форми правління. Класифікуючи їх, Боден серед правильних, справедливих форм називав королівство, аристократію і демократію, а серед неправильних — тиранію (деспотію), олігархію і охлократію. Він проголосив право народу на усунення від влади тиранічного правителя і повернення собі верховної влади[1161]. Формами здійснення верховної влади є затвердження на посадах суддів і представників виконавчої влади, затвердження та скасування законів, оголошення війни, укладення міжнародних договорів, визначення покарань та форм заохочення, помилування засуджених[1162].

Важливим терміном, який використовував Боден, є «державні інститути»[1163]. Наприклад, незалежно від того, хто є носієм верховної влади, у соціальній державі обов'язково існує інституціоналізований законотворчий орган (Сенат). Відображенням інституціоналізації поняття «держава» у Бодена є також поява таких виразів як «інтереси держави», «користь держави», «державна діяльність», «державна недоторканість», «захист держави», «добре організована держава», «зовнішня політика», «структура полісу», «система народовладдя» та ін.[1164]

Принципово важливими, на нашу думку, є ідеї Бодена про те, що метою держави є задоволення інтересів суспільства, що державна влада

[1158] Там само. С. 19, 34, 137, 151–152, 161, 170, 189, 229, 239. Див. також с. 155, 172, 192, 221, 228, 242, 252, 258.
[1159] Там само. С. 34, 68.
[1160] Там само. С. 34, 36, 41, 178, 181, 183, 190, 228, 235, 243, 261.
[1161] Там само. С. 19, 46, 132, 135, 175, 190, 192–195, 211, 241, 243.
[1162] Там само. С. 34, 136–137, 149.
[1163] Там само. С. 164, 215.
[1164] Там само. С. 34, 37, 44–45, 60, 71, 99, 102–103, 148, 221.

має бути об'єктом правового регулювання[1165]. Єдиним надзаконним повноваженням верховної влади Боден вважав право на помилування засуджених[1166]. Оскільки право у творах мислителя регулює функціонування *Res publica,* то його можна з певністю назвати одним із батьків концепції публічного права, що існує поряд із приватним. Право у баченні Бодена регулює всю діяльність людини в суспільстві, а держава, як уже зазначалося, є породженням громадянського суспільства. Отже, абсолютно логічно, що публічне право є частиною соціального права. Більше того, Боден вказував, що не лише держава творить право, а й саме право творить державу: «Так під впливом законів відбувалося становлення держави»[1167].

До публічного права, зокрема, входять норми щодо верховної влади, законотворчості та правореалізації, а також «права народу». Формою втілення цих норм Боден одним з перших назвав основний закон, сутністю якого є контроль народу над владою — на відміну від інших нормативно-правових актів, а формою реалізації — владні повноваження[1168]. Публічне право, хоча й слугує задоволенню всіх законних інтересів суспільства, водночас обмежує їх певними рамками, встановлює пріоритет тих чи інших інтересів. Зокрема, не може бути повною свобода людини в державі, свобода кожного до певної міри обмежується задля поліпшення загального добробуту, забезпечення безпеки самої держави[1169].

Отже, сфера політики («громадянського»), на думку Бодена, входить до сфери права, є «невеликою частиною» останньої. Право є лише одним із суспільних регуляторів, серед яких мислитель називав також розум, віру, суспільну думку. Його названо навіть нижчим серед регуляторів, але воно виступає як нормативно врегульоване і забезпечене державним примусом вираження мінімальної суспільної етики. Решта ж регуляторів не є нормативними, визнаються добровільно і лише частиною людей[1170]. І хоча Боден неодноразово згадує «Божественний закон» і відповідність йому позитивного права, але до предмета його соціальної науки — як за логікою речей, так і за прямими вказівками у тексті — входить лише соціальне право[1171], тобто людське і позитивне (закон, звичай).

Латинською мовою Боден називав його *ius civile*[1172]. Але він суттєво трансформував значення цього терміна. У римському праві ним означа-

[1165] Там само. С. 12, 33–34, 46, 103–104, 136, 157, 161, 182, 187, 192, 195, 244. Він навіть порівнював державні органи із слугами хазяїна–народу. Див.: Там само. С. 223.
[1166] Там само. С. 149, 167.
[1167] Там само. С. 187.
[1168] Там само. С. 34, 40, 135, 149, 166, 172, 178–181, 187, 226, 228–229, 244.
[1169] Там само. С. 11, 32, 65, 136, 139, 190, 246–247.
[1170] Там само. С. 33–34, 153–154.
[1171] Там само. С. 9, 46, 136.
[1172] Див. напр.: Там само. С. 101.

ли приватне право. У традиції ж Середньовіччя і Раннього Нового часу його розглядали в контексті антиномії з *ius divine* — Божественним правом, а отже, як людське, позитивне, соціальне право. І саме в такому соціальному значенні *ius civile* постає у праці Бодена, охоплюючи як традиційне інтерсуб'єктивне (приватне), так і нове публічне позитивне право[1173].

Право мислитель вважає невід'ємним атрибутом і умовою існування суспільства та держави. Сама сутність позитивного права, на його думку, полягає насамперед не в примусі, а в «дії на основі доброї волі» — право є вираженням волі людей до співжиття у суспільстві[1174].

5.3. Ідеї суспільного договору та соціальної природи держави і права

Еволюцію поглядів Бодена демонструють його «Шість книг про державу», опубліковані 1576 р.[1175] Можна вважати, що працю присвячено феномену «народної держави» — *Res publica*. Мислитель указав на два способи виникнення держави — силовий та на основі суспільного договору («в результаті згоди одних людей добровільно передати в підпорядкування іншим людям всю свою свободу цілком»), причому надалі суверенна держава може існувати або без законів, або «на основі певних законів та на певних умовах»[1176]. Водночас Боден чітко вказував, що метою є досягнення функціонування держави на основі права, і запровадив поняття «правове управління державою». Держави, засновані не на праві, а на силі, він уподібнював «бандам злодіїв і піратів»[1177].

Проте розуміння соціального характеру держави та правових засад її існування у цій праці суттєво трансформовані. Якщо у «Методі…» Боден розглядав суспільство як суб'єкт, що постійно існує, творить і контролює соціальну державу, то в «Шести книгах…» виводить новий ідеал держави, який можна назвати персоналізованим. Суспільство чи народ розглядаються фактично як одномоментне зібрання людей, що засновує державу і визначає правові основи її подальшого існування, обирає монарха, передає йому свій суверенітет і надалі самоусувається від політичних справ. Мислитель розглядав і менш досконалі, на його думку, типи держав, де народ у цілому або його частина (аристократія),

---

[1173] Подібне розуміння *ius civile* як *ius humanum* (людське право), що охоплює звичаєве право і законодавство, можна зустріти і в працях сучасника Бодена, українсько-польського мислителя С. Оріховського-Роксолана. Див.: *Литвинов В.* Ренесансний гуманізм в Україні… С. 259.

[1174] *Боден Ж.* Метод легкого познания истории… С. 214, 229, 237, 265.

[1175] На жаль, доступних перекладів усієї книги немає й нам доводиться користуватися перекладами фрагментів, виконаними у 1970 р. (і вельми сумнівними у питаннях ключових понять), а також більш коректним перекладом 1999 р.

[1176] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли… С. 303.

[1177] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой правовой мысли… С. 689–691, 693.

що мають реальний суверенітет, не передають його монарху, а лише надають останньому певні повноваження[1178].

Держава у праці певною мірою ототожнюється із суспільством як універсальним співтовариством людей на певній території. Водночас Боден зазначав, що поняття «суспільство» не пояснює таких елементів держави, як сім'я, суверенітет і «загальне»[1179]. Тут спостерігається певний скепсис щодо суспільства як соціальної одиниці, воно представляється більшою мірою як сума громадян: «достатньо відомо, що спільне надбання всіх не може викликати почуття прив'язаності»; «зазвичай спостерігається, що кожний нехтує спільними справами, якщо з них не можна вилучити зиск особисто для себе»[1180].

На основі роздумів щодо співвідношення споглядання та дії мислитель вивів відповідне двоїсте бачення ідеалу держави. Причому споглядання (як підкорення) в цьому випадку виступає як елемент, що домінує над дією (участю в політиці). Забезпечення добробуту і безпеки підданих вимагає стратегічного бачення конкретної людини — монарха. А суспільство, що згідно із своїми уявленнями і прагненнями створило державу і закріпило це через обрання монарха і суспільний договір (цей термін автор не вживає), довірило виконання останнього монарху і стало його підданими. Воно відтепер не діє як одне ціле — цілим, «загальним» стала суверенна держава[1181].

Загалом держава у розумінні Бодена залишається «народною», але на перше місце у ній поставлено громадянина. Благо громадянина ототожнюється з благом держави, наголошується на «справедливому управлінні державою», але й на неприпустимості розчинення інтересів окремої особистості в суспільному, державному, змішання приватного і публічного: «Залишити державі те, що є суспільним, а кожному — те, що є його власністю»; «вище благо держави в цілому є благо кожного зокрема». Кожний громадянин спостерігає за діями держави в особі монарха і пильнує свої особисті права і добробут. При цьому громадянин ідеальної держави перетворюється на її підданого. Підданий асоціюється мислителем зі словом «слуга», а монарх — із словом «пан», у основі їх відносин — підкорення, а не взаємодія[1182].

Правові засади персоналізованої та соціальної держави різні. У другому випадку, як і в «Методі…», йдеться насамперед про позитивні норми, які є вираженням волі суспільства й чинні доти, доки цього бажає суспільство. Персоналізована ж держава засновується насампе-

[1178] Там само. С. 693–694.
[1179] Там само. С. 690.
[1180] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли… С. 305–306.
[1181] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой правовой мысли… С. 691–692.
[1182] Там само. С. 691–693; *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли… С. 304–305.

ред на нормах природного права, «спільного для всіх народів». До цього уявного комплексу мислитель відносив не лише норми щодо відносин монарха з народом (підданими), а й «право війни»[1183].

Як зазначав Боден, після створення персоналізованої держави влада монарха у ній виникає з доручення чи з призначення і не обмежена якимось терміном. У праці присутнє приватноправове розуміння держави — як приватної власності, предмета, суверенітет щодо якого може вільно передаватися, якщо при створенні держави він не обумовлений позитивним правом. Щоправда, таке розпорядження державою не повинно зачіпати особистих прав підданих: «Чим більше піддається насильству воля людей, тим більше вона непоступлива»[1184].

Питання суверенітету мислитель вважав ключовим для розуміння держави і наголошував, що до нього ніхто не визначав цього поняття. При цьому Боден відокремлював абсолютний суверенітет держави від абсолютного суверенітету чи договірного характеру влади: «Суверенітет є абсолютна і постійна влада Держави». Він також вводив поняття суверенної влади, стверджуючи, що її важливою характеристикою є постійність, тобто неприв'язаність до якогось терміну, а також неможливість оспорювання її рішень. У персоніфікованій державі суверенну владу має монарх. У соціальній — народ чи суспільство «залишаються сеньйорами та власниками» держави як майна, а правитель є лише чиновником, який нічим не відрізняється від чиновників рангом нижче. І сутність його влади — бути вищим суддею щодо інтересів і конфліктів окремих громадян та їх груп[1185].

Соціальна держава, як і у «Методі…», розглядається інституціоналізовано — як механізм, краще чи гірше організований, а також з точки зору раціональності та справедливості управління, спрямованості на благо суспільства. Але у «Шести книгах…» Боден поставив під сумнів можливість оцінки держави в термінах успішності чи неуспішності в забезпеченні суспільного блага (міри «щастя»), зважаючи на різні зовнішньо- і внутрішньополітичні обставини. Через це, на нашу думку, ставилися під сумнів і динаміка розвитку держави, самостійне значення інституційної структури та державного управління. З політики влади акцент у персоналізованій державі зміщувався на статику —

[1183] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой правовой мысли… С. 690; *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли… С. 304–305.

[1184] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой правовой мысли… С. 692–693; *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли… С. 306.

[1185] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой правовой мысли… С. 692–694; *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли… С. 306.

власне, на статус правителя. Зокрема, вказувалося, що саме монарх має бути єдиним законотворцем (а не лише затверджує закони)[1186].

З новим, конструйованим Боденом персоналізованим типом держави безпосередньо пов'язана ідея території держави як однієї з умов її існування. Причому говориться про «достатню територію». Сприйняття території теж еволюціонує — від природи, що впливає на розвиток народу як природної популяції — до раціонального: як матеріальної основи економіки держави[1187]. На нашу думку, якщо соціальна держава могла розглядатися як сукупність громадян (які володіють, в тому числі, сукупністю земель), то персоналізована держава уособлювалася, серед іншого, територією, на якій поселено підданих.

Якщо соціальна держава у «Методі…» розглядалася як динамічний проект, що є новим етапом політичного розвитку порівняно з природною державою, то персоналізовану державу в «Шести книгах…» представлено фактично як кінцевий, найвищий етап еволюції, до якого рано чи пізно прийдуть усі народи/суспільства[1188]. З такою переконаністю Бодена пов'язана і запропонована ним типологізація політичних явищ за істотними ознаками політичного характеру, що проголошується вже сформованою і уникає випадковостей. І, нарешті, з цим також безпосередньо пов'язане його твердження щодо автономного існування такої сфери знань, як політична філософія[1189]. Отже, на нашу думку, Боден, змістивши свої попередні акценти, у «Шести книгах…» представив систему політичної філософії, а фактично — філософії держави, побудованої на переосмисленні створеної ним раніше соціальної філософії.

Отже, лише персоналізована держава у вченні Бодена стає вище множини громадян і абстрагується від них, стає незалежним від них явищем. Це втілюється в ідеї суверенітету, і лише в персоналізованій державі суверенітет стає абсолютним, зливається із суверенітетом влади та ідеєю суверенної території. За своєю суттю персоналізована держава є феноменом не соціальним, а антропологічним.

При цьому, на нашу думку, не слід ототожнювати поєднання суверенітету держави та влади правителя з абсолютизмом. Повного повернення до природної держави не відбулося, антропологізм держави означав взаємодію і поєднання суми волі окремих людей з волею правителя. Основою суверенної влади і водночас її обмеженням стали особисті права людини, а ідеї суверенного правителя відповідає ідея суверенної людини. *Res publica* не повернулася до *imperio*, змінилося лише розуміння *publica*: від колективного суб'єкта — до суми суб'єктів індивіду-

---

[1186] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой правовой мысли… С. 690–691.
[1187] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли… С. 303–304; *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой правовой мысли… С. 690.
[1188] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // Антология мировой правовой мысли… С. 692.
[1189] Там само. С. 693–694.

альних. При цьому абсолютизм є явищем іншого порядку і похідним від цих ідей, а не їх суттю.

Перетворення громадянина на підданого стало принципово важливою відмінністю між «Методом…» і «Шістьма книгами…». Але й це не слід абсолютизувати. Новий підданий є не безумовним і природнім, він або його предки реалізували свою волю, безповоротно передавши публічну сферу в розпорядження монарху за умови недоторканності своєї приватної сфери життєдіяльності. Тому монарху дозволено бути королем, але не дозволено — тираном/деспотом. І у разі невиконання такого договору (незалежно від того, є він природно-правовим чи позитивним) люди можуть цю публічну сферу повернути в своє розпорядження. Водночас Боден запропонував (підтвердив) плюралістичну політичну картину світу, де поряд з ніби досконалішими королівствами можуть співіснувати виборні монархічні чи республіканські, демократичні чи аристократичні *Res publica*. Не-реабілітованими, залишеними минулому є лише *imperio*.

Соціальне, судячи з порівняння «Методу…» і «Шести книг…», виявилося дещо дефектним з точки зору його ідентифікації: нечітким (складність визначення та співвіднесення народу і суспільства), непостійним (виникнення суспільств лише на певному етапі розвитку людей/народів/сімей/полісів) і невідокремленим, з одного боку, від людини, а з іншого — від держави. Натомість, дезавуюючи соціальність, держава стає єдиним особливим феноменом, що чітко відокремлюється від людини, але й співвідноситься з нею.

Все це остаточно перетворює державу на самодостатню одиницю, суб'єкт політичного та правового розвитку і предмет дослідження. Тому, на нашу думку, саме у «Шести книгах…» Боден зміг реалізувати ідею накресленої в «Методі…» тріади суб'єктів — людина (та її особисті права), держава (з її суверенітетом) і абстрактна «світова держава» як соціальне загальне (поки що неінституціоналізований досвід множини соціальних суб'єктів та їх взаємодії, «спільне для всіх народів» право). Щоправда, за сутністю сама тріада стає більшою мірою не соціальною, а антропологічною і політичною.

З іншого ж боку, ідея держави як єдиного окремого в цій сфері, що безпосередньо пов'язана з людиною і загальним, поєднана з ідеєю суверенітету як самодостатності політичної волі, нівелює середньовічну ідею всесвітньої ієрократії та ієрархічності світської влади, що передбачала несуверенність будь-яких політичних утворень, і стає об'єктивною основою новочасної ідеї рівності держав, їх горизонтальної взаємодії, плюральності світового розвитку, можливості конструювання загального не як домінуючого над окремим, а як того, що існує між окремими одиницями, вираження спільного/загального досвіду.

Чітко ж артикульоване сприйняття держави як договору і суверенітету як права власності створило першу методологію розвитку публічно-

го права — на приватноправових засадах. Зрозуміло також, що це принципово заперечувало релігійне бачення політичної сфери, її секуляризувало і раціоналізувало.

Про те, що «Шість книг…» не замінили собою «Метод…», свідчить те, що обидві книги кілька разів перевидавалися за життя автора. «Метод…» за перше століття після свого написання перевидавався не менше дев'яти разів, у тому числі за перше десятиліття — тричі[1190]. Але «Шість книг…» здобули значно ширше визнання: лише за перше десятиліття цю працю було видано шістнадцять разів[1191].

Ідеї народного суверенітету, характерні для бурзької школи Алькіатті, а також для «Методу…» Бодена, відображено у праці «Політика, методично викладена та проілюстрована прикладами божественного і людського» (1603 р.) німецького мислителя Й. Альтузія, що відчув вплив кальвінізму, навчаючись у Женеві. У цій книзі здійснено спробу подальшої диференціації соціальної науки, зокрема, відокремлення політики від юриспруденції та філософії, розвинуто ідеї народного суверенітету та представницького правління. Юридичний, філософсько-етичний, теологічний розгляд політики мислитель вважав методами інших наук, «чужими самому предмету [політики]… і непридатними для нього», натомість стверджував взаємозв'язок предмета і методу, необхідність формулювання власне політичного методу[1192].

До ексклюзивного предмета політики Альтузій відносив «учення про вищу владу», яка розкривається за змістом як суверенітет. Полемізуючи з Боденом (за змістом — з «Шістьма книгами…»), мислитель вищою владою наділяв народ і вважав, що вона нікому не передається, так само як свобода і права. Передаються лише владні повноваження, причому не навічно — як предмет власності може передаватися в управління. Таким чином, Альтузій повертався до ідеї народного суверенітету, висловленої у «Методі…» Бодена. Точніше, суб'єктом влади в Альтузія є «політичне ціле», що виступає як поєднання народу та території держави. Знімаючи труднощі боденівського визначення народу, Альтузій просто проголосив: «народ у своєму постійно триваючому самооновленні залишається безсмертним»[1193]. У праці багаторазово наголошується на тому, що народ слід розглядати як ціле, з притаманними йому спільними інтересами.

Послідовним вираженням соціальності держави та позитивності права є визначення Альтузієм політики: «Політика — це вчення про спільне життя людей, що утворюється за своїми власними правилами»; при цьому сама політика стає вивченням взаємозв'язків у межах соці-

[1190] *Бобкова М.С.* Жан Боден и его трактат «Метод легкого познания истории»… С. 352; *Баязитова Г.И.* Политико-правовые воззрения Жана Бодена: Дисс…
[1191] *Баязитова Г.И.* Политико-правовые воззрения Жана Бодена: Дисс…
[1192] *Алтузий И.* Политика // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 2: Европа V–XVII вв. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Москва: Мысль, 1999. С. 700–701.
[1193] Там само. С. 701.

ального суб'єкта[1194]. Цим суб'єктом стає народ, що в процесі державотворення перетворюється на суспільство, пов'язане формальним чи консенсуальним договором з вираженою в ньому спільною волею до справедливості та процвітання. Такий суспільний договір за змістом є конституційним, він укладається в межах самого суспільства, а не з конкретним правителем[1195]. Вводячи категорію «правове суспільство», Альтузій фактично юридизує категорію «громадянського суспільства» Бодена: це воля усіх членів суспільства до співжиття на основі спільних і прийнятних для всіх правил[1196].

При цьому мислитель набагато чіткіше визначив сферу конституційного права: це «всезагальний основний закон суспільного життя», покликаний врегулювати «керівництво та управління суспільним життям» — на відміну від інших законів[1197]. Принципом цього права він визначив підкорення громадян владі на основі та в межах права.

Роблячи подальший, порівняно з Боденом, крок, Альтузій заявив про непов'язаність ідеї суверенітету з формою правління: представником народу може бути як окрема людина, так і колегіальний орган влади; влада стала лише дорученням і функцією — «одній особі чи низці осіб, які видаються придатними для цього». При цьому тиранія визначається мислителем як самовільне і незаконне привласнення вищої влади. Окрім того, за допомогою авторського тлумачення таких категорій, як «Вищий Магістрат» (зауважимо, що магістрат — це службова посада) та «ефори», Альтузій обгрунтував таку форму правління, як станово-представницька монархія, в якій представницький орган має вищі владні повноваження обирати і відсторонювати від влади монарха[1198].

Про широке позитивне сприйняття ідей Альтузія свідчить те, що ще за його життя «Політику…» було кілька разів перевидано.

Подальший розвиток ідеї соціального права дістали у працях мислителів тих країн, які меншою мірою відчули контрреформаційну реакцію, зокрема Англії та Голландії. Голландський учений Г. Гроцій у праці «Про право війни та миру» (1625 р.) також поділяв розвиток людства на дві стадії — природну (додержавну) та суспільну (державну), вже традиційно визнав договірну теорію походження суспільства і держави[1199].

Гроцій вважав, що воля людини, індивідуальність її інтересів не поглинаються державою. Він послідовно йде в руслі боденівських ідей: суспільство є постійно існуючим організмом від часу свого створення,

---

[1194] Там само.
[1195] Про це див. напр.: *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 57–58.
[1196] Алтузий И. Политика… С. 702.
[1197] Там само. С. 702.
[1198] Там само. С. 701, 703.
[1199] Деякі вчені помилково вважають Гроція першовідкривачем ідеї суспільного договору. Див. напр.: *Захарченко М.В., Погорілий О.І.* Історія соціології (від античності до початку XX ст.). Київ: Либідь, 1993. С. 84.

метою якого є діалог і узгодження воль та інтересів людей, а також забезпечення їх майнових і немайнових прав; держава ж завжди залишається суспільним інститутом — «досконалим союзом вільних людей, укладеним заради дотримання права і спільної користі»[1200].

Ми цілком погоджуємося з принципово важливим у контексті нашої проблематики спостереженням Г. Гурвича: Гроцій вперше чітко запропонував горизонтальний і плюралістичний характер співіснування та взаємодії правопорядків, виходячи з того, що всі вони мають соціальний характер. Різні за характером інтереси різних за охопленням співтовариств *(communitates)* потребують створення таких однопорядкових типів соціального права, як міжнародне право *(jus latius patens)*, державне право *(jus civile), jus artius* (право співтовариств у межах держави, в тому числі церквовне та шлюбне)[1201].

Водночас ми не поділяємо думки Гурвича про те, що ідея такої плюралістичної номенклатури правопорядків протиставляє правопорядок співтовариств (у тому числі й суспільства) державі[1202]. Натомість вважаємо, що вона лише заперечувала моністичний підхід до права і повніше розкрила закладений мислителями XVI ст. плюралістичний потенціал концепту соціального права. Умовно кажучи, Гроцій виступив як послідовник Отмана, Бодена й Альтузія.

Саме тому Гроцій, не заперечуючи і розвиваючи ідею суверенітету держави, виступав проти, з одного боку, його ототожнення із суверенітетом влади (останнє поняття він поставив під сумнів), а з іншого — його абсолютизації, стверджував можливість його кореляції з іншими соціальними правопорядками та пропонував його розглядати насамперед через таку якість, як самодостатність[1203].

Т. Гоббс у праці «Левіафан, чи матерія, форма і влада держави церковної і громадянської» (1651 р.) й більш ранній книзі «Про громадянина. Фундаментальні принципи філософії держави» (1642 р.) також уже традиційно виділяв дві стадії у розвитку людства — природний і громадянський стан. При цьому в природному стані людина самотня, виникнення громадянського стану пов'язане із становленням суспільства і укладенням в його межах суспільного договору[1204].

[1200] *Социология*: наука об обществе / Под общ. ред. В.П. Андрущенко, Н.И. Горлача; Институт востоковедения и международных отношений. Харьков: Рубикон, 1997. С. 67.

[1201] *Гурвич Г.Д.* Социология права / Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избранные сочинения / Пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. Санкт-Петербург: Изд. дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2004. С. 622–623.

[1202] Там само. С. 622.

[1203] *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 43, 59–60.

[1204] *Гоббс Т.* Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского / пер. с англ. А. Гутермана; предисл. и ред. А. Ческиса. Москва: Соцэкгиз, 1936. С. 87, 95, 117, 118 та ін. Деякі вчені необгрунтовано проголошують Гоббса автором ідеї щодо соціального походження держави. Див. напр.: *Барулин В.* Социальная философия…; *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 37.

Проте бачення держави і суспільного договору в Гоббса суттєво відрізняється від багатьох інших попередніх мислителів. Держава ним розглядалася як функція — примус до справедливості й взаємної безпеки[1205]. Але вона після укладення суспільного договору втратила залежність від суспільства, а тому згадана функція виступає як законна, але непідконтрольна громадянину і суспільству загалом.

Гоббс довів до апогею абсолютизацію держави як суспільної одиниці, проголошуючи, що згідно із суспільним договором люди повністю і безповоротно передали державі свою волю, злили її в одну, втратили свій суверенітет на користь суверенітету держави та абсолютної державної влади[1206]. На місце релігії прийшов світський культ держави як Левіафана — смертного бога[1207]. Як зазначає Ж. Мере, це заперечувало ідею *Res publica* як сутність боденівського дискурсу[1208], попри те, що Гоббс формував своє вчення саме на основі боденівських концептів.

Відносини у природному стані, на думку Гоббса, є «війною всіх проти всіх», вони поза справедливістю чи несправедливістю. Саме по собі поняття справедливості характерне лише для громадянського стану: «Там, де немає спільної влади, немає закону, а там, де немає закону, немає несправедливості»; «справедливість і несправедливість є якостями людей, які живуть у суспільстві, а не в самотності»[1209]. Таким чином, на нашу думку, мислитель недвозначно заперечував існування Божественного і природного права в їх метафізичному розумінні, визнаючи лише позитивне право та його основу — загальні особливості людської психології.

Ми повністю погоджуємося з Ж. Мере у тому, що саме Гоббса можна вважати одним із творців філософії держави як відносно автономного напряму пізнання у межах соціальної філософії, попри те, що своє вчення він називав політичним[1210]. Держава в його баченні остаточно стає машиною, що має свої призначення, детермінанти і напрям розвитку, а умовою успішного функціонування цієї особливої машини стає повне ігнорування людини з її особливостями.

Голландський мислитель Б. Спіноза у праці «Теологічно-політичний трактат» (1670 р.), на нашу думку, багато у чому продовжив лінію Гоббса, але й суттєво її скоригував. Він вважав індивіда в природному стані суверенним суб'єктом з необмеженою волею, не регламентованою

[1205] *Гоббс Т.* Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского… С. 86, 95, 116 та ін.

[1206] Гоббс мав на увазі не обов'язково монарха–абсолютну владу міг мати й колегіальний вищий орган державної влади. Деякі вчені помилково ототожнюють при аналізі праць Гоббса ідеї абсолютизму влади та абсолютної монархії. Див. напр.: *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 61.

[1207] *Гоббс Т.* Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского… С. 119–120, 123. Див. також: *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 35, 38.

[1208] *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 36.

[1209] *Гоббс Т.* Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского… С. 88, 89. Див. також: *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 36–37.

[1210] *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 29.

правом, що живе згідно із своїми пристрастями та законами природи, поза ідеєю справедливості[1211].

Природне право в його вченні зводиться суто до законів природи — як ми їх нині розуміємо, «універсального порядку природи», санкціонованого Богом, але надалі самостійного. Водночас людина виступає і як частина, і як повелитель природи, а тому природне право не виступає як безумовне обмеження людської діяльності, а навпаки, є фактично правом пристосування природи до потреб і волі людини: це сфера не необхідного, а можливого[1212]. Природне право виступає як право відносин людини і природи, яке визначає людина для задоволення власних інтересів, але зважаючи при цьому на природні умови.

Природний стан, згідно із Спінозою, є поняттям історичним, він припиняється з появою закону. Фактично ж Спіноза під законом мав на увазі визнання Закону Божого через прийняття певної релігії, засновуючись насамперед на старозавітній ідеї договору народу з Богом: «Природний стан, який і за природою, і за часом передує релігії»; «до одкровення ніхто не зобов'язується божественним правом, якого він не може знати». З іншого боку, природним є також стан дітей до досягнення повноліття[1213]. На основі договору з Богом люди (конкретні народи) передають йому частину своєї суверенної волі, виникає теократична за сутністю держава, а за формою правління — монархічна, але будь-яка людська влада в ній, як і народ, пов'язана умовами договору. Суперечність між владними амбіціями монархів та згуртованим суспільством має об'єктивні причини. Вона подібна, на думку мислителя, до існування держави в державі й може привести до падіння теократично-монархічної держави[1214].

Суспільний договір знаменує заснування нової, світської держави, яку Спіноза визначав як громадянську і демократичну. Знову ж таки, основою для його розуміння стала старозавітна ідея заміни договору з Богом договором з царем. Сутність такого договору мислитель вбачав у згоді людей щодо колективної реалізації своїх суверенних прав. На відміну від Гоббса Спіноза вважав, що суспільний договір не є вічним, він, як і будь-який інший договір, зберігається доти, доки відповідає інтересам громадян. А тому держава має слугувати суспільному благу, задовольняти інтереси громадян[1215].

[1211] *Спіноза Б.* Теологічно-політичний трактат / Пер. з лат. і вст. слово В. Литвинова. Київ: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2003. С. 168–169, 176.
[1212] Там само. С. 50–51, 177.
[1213] Там само. С. 169, 176.
[1214] Там само. С. 185, 196–197.
[1215] Там само. С. 170–171, 177. Пор.: «Своєрідність ідеї суспільного договору в концепції Спінози в тому, що суспільний договір, що полягає у перенесенні сил, права кожного на суспільство, тобто державу, розглядається не як факт давньої історії, а як відношення, постійне існування підпорядкування і покірності». Див.: *Социология*: наука об обществе… С. 72.

Влада за договором одержує право на примус, без якого у державі настала б анархія. Але цей примус є вираженням загальної волі громадян: «право такого суспільства називається демократією, яка тому визначається як загальне зібрання людей, котрі спільно мають верховне право на все, що вони можуть». Саме тому, що верховна влада ототожнюється із сукупністю суверенних громадян, вона не обмежена жодним позитивним правом, і суверенна воля особи частково розчиняється в суверенній волі держави. Влада непідсудна народу, а лише Богу[1216].

Підкорення особи державі розглядалося Спінозою як абсолютна цінність і вияв не рабства, а свободи, адже це підкорення спільному благу на основі права і розуму, насамперед «найвищого закону»: «Підлеглий — той, хто робить за наказом верховної влади те, що корисне суспільству, а отже, і йому». У праці багаторазово підкреслюється ідея цінності держави як колективного надбання громадян («добробут і користь своєї держави повинні бути найвищим законом»), держава і батьківщина ототожнюються[1217]. Водночас, як зазначав Спіноза, «ніхто не може передати всього верховній владі», «ніхто не буде в змозі колись перенести на іншого свою міць, а отже, і своє право так, щоб перестати бути людиною». Тому, на думку мислителя, абсолютної влади бути не може, й вона ніколи не існувала. Він недвозначно ставив питання про те, «яких меж сягають право і влада уряду», а також наголошував, що основою влади є не страх і примус, а добровільне підкорення громадян[1218].

Принципово важливою, на нашу думку, була ідея Спінози про те, що з метою забезпечення лояльності громадян, а також «більшої безпеки і посилення держави» влада має самообмежитися. Зокрема, він вказував (на прикладі старозавітньої історії) на можливість відокремлення від вищої влади правотворчих і правореалізаційних повноважень[1219]. Тому ми не можемо повною мірою погодитися з думкою сучасної дослідниці про те, що «Б. Спіноза ототожнював державу з особою властителя і приписував громадянам обов'язок безумовно підкорятися владі»[1220]. Натомість слушним вважаємо визначення Ж. Мере праць Спінози як «антигоббсівського маніфесту», в якому метою держави визначається свобода, а суверенітет держави щодо індивідуальної свободи є не трансцендентним, а утилітарним[1221]. У пізнішому (1675–1677 рр.) «Політичному трактаті» Спіноза писав про це ще чіткіше: «Передача всієї сукупності потуг комусь одному сприяє рабству, а не миру»[1222].

Якщо держава втрачає підтримку громадян — демократичність, то втрачає й право на владу і примус щодо них. Підтримку цю визначають

[1216] *Спіноза Б.* Теологічно-політичний трактат… С. 172, 177, 202.
[1217] Там само. С. 172–175, 180 та ін. Див. також с. 55–56, 193.
[1218] Там само. С. 179–180.
[1219] Там само. С. 181, 189.
[1220] *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 62.
[1221] *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 38, 40.
[1222] Там само. С. 40.

народні збори. При цьому принципове значення мають рівність усіх перед законом та наявність колективного волевиявлення, а не форма правління такої держави[1223]. Отже, і в теократично-монархічній, і в демократичній державі людина зберігає всі свої природні права, частину з яких реалізує індивідуально, а іншу — разом з іншими людьми чи через уповноважену через договір владу.

При цьому Спіноза визнавав можливими різні форми правління, але вказував, з одного боку, що демократична держава являє собою більш високий рівень політичного розвитку, ніж теократично-монархічна, й тому повернення еволюції назад на практиці неможливе. З іншого боку, кожний народ (нація) має свої традиції та динаміку розвитку, і змінити їх революційним шляхом (наприклад, через вбивство монарха) неможливо, позаяк це може привести до руйнування держави[1224].

Важливим, на нашу думку, стало міркування Спінози про те, що нації *(natio)* не є природними популяціями, а мають виключно соціально-вольову сутність: природа «створює не нації, а індивідів, які складають нації». При цьому в основі націй — не стільки дана від природи мова, скільки звичаї та закони. Саме останні, на думку мислителя, поступово формують «особливий характер» («дух») та інші особливості нації. Надалі й Божественне, і суспільне право має бути пристосоване до характеру кожної нації[1225].

Основою відносин у державі, на думку Спінози, є лише позитивне право суспільства («громадянське», «цивільне», «право країни», «право держави», «суспільне право»)[1226]. Окрім того, оскільки Божа воля інтерпретується й водночас перекручується релігіями й окремими особами, то релігійне право має регулюватися світською владою й не суперечити світському позитивному праву; сфера його застосування має бути обмежена; має існувати свобода сумління[1227].

При цьому Спіноза одним з перших наголосив на дуалізмі приватного і публічного в праві, стверджуючи при цьому примат публічного права щодо приватного[1228]. Так само основою міжнародних правовідносин є лише конкретні міжнародні договори, що передбачають збереження незалежності сторін і засновані на принципі взаємної вигоди. Загалом поняття договору в позитивному праві у баченні Спінози стає

[1223] Там само. С. 173–174.
[1224] Там само. С. 204.
[1225] Там само. С. 53, 55–56, 194–195.
[1226] Там само. С. 174–175, 181, 202.
[1227] Спіноза неодноразово підкреслював, що віра не потребує обрядів і, отже, церковної організації; що людина може пізнавати Бога не стільки через одкровення, скільки через розум; що історично перетворення вічних істин Бога на закони було вимушеним–через невігластво людей: «Бог тільки згідно з розумінням простолюду і тільки внаслідок дефекту в мисленні зображується як законодавець чи володар…». Див.: Там само. С. 54–57, 201–202, 222.
[1228] Там само. С. 181.

універсальним, формотворчим: «договору, без якого немає жодного права, крім природного»[1229].

Суспільний етап розвитку людства, на думку Спінози, є епохою розуму — на відміну від епох інстинктів та віри. Мислитель вказував на еволюцію суспільства через удосконалення розуму, в тому числі через відокремлення розуму і віри[1230].

Працю Дж. Локка «Два трактати про правління» (1690 р.) можна розглядати як певний підсумок ідей, сформульованих, а значною мірою й апробованих у Англії XVII ст., у тому числі у зв'язку з революційними подіями та соціальними рухами[1231]. Докладно проаналізувати її ідейні джерела та контекст написання у цій праці, на жаль, немає можливості.

У Локка трансформується поняття тиранії: від політичного режиму — до синоніму абсолютної монархії. Абсолютна монархія /тиранія в принципі не може бути вираженням волі суспільства, вона є війною проти суспільства з метою його знищення через позбавлення свободи, «силою без права»: «Абсолютна монархія… насправді несумісна з громадянським суспільством»[1232]. Ототожнюючи недоговірне підданство з рабством, мислитель запропонував оригінальне тлумачення неправового характеру абсолютної влади: «Людина, не маючи влади над власним життям, не може через договір або власну згоду віддати себе в рабство комусь чи поставити себе під абсолютну, деспотичну владу іншого»[1233].

Натомість Локк запропонував нове бачення влади — як судді й посередника в суспільстві. При цьому він проголосив плюралізм форм правління — конкретне суспільство вправі запровадити будь-яку з них, що краще захищатиме його інтереси («особи, коли вони таким чином вступили в угоду, можуть встановити будь-яку, на їх думку, придатну форму правління»[1234]). Проте мислитель наголошував на тому, що законною є лише та форма правління, яка передбачає існування парламенту як законодавчого органу («у своєму законодавчому органі члени держави з'єднані та об'єднані всі разом у одне пов'язане живе тіло. Це та душа, яка дає форму, життя і єдність державі»)[1235]. На нашу думку, розвиваючи ідеї Бодена й Альтузія, Локк виразно заперечував теорію Гоббса щодо передання суспільством своєї волі державі: свобода є невід'ємною

[1229] Там само. С. 174–175, 197.
[1230] Там само. С. 54–55. Див. також: *Социология*: наука об обществе… С. 71.
[1231] Див. напр.: *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 58–63.
[1232] *Локк Дж.* Два трактата о правлении / Локк Дж. Сочинения: В 3 т. Т. 3. Москва: Мысль, 1988. С. 141, 273, 312.
[1233] Там само. С. 275.
[1234] Там само. С. 273, 311, 323, 327. Див. також с. 338.
[1235] Там само. С. 385. Ми не можемо погодитися з думкою деяких авторів про те, що Локк у праці «Два трактати про правління» виступив як ідеолог конституційної монархії (див. напр.: *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 63). Натомість текст праці чітко вказує, що автор наполягав на парламентаризмі, законності / конституційності правління, а не на його формі.

для людей та створених ними співтовариств, держава має завжди зберігати свій соціальний характер.

Влада і право вперше так послідовно були розміщені не над волею людей, а між ними: замість особливої матеріальності (панування, власність) вони стали виключно процесуальними, матеріальність («спільне благо») зберегло лише суспільство: «Свобода людини в суспільстві полягає в тому, що вона не підкоряється жодній іншій законодавчій владі, крім тієї, що встановлена за згодою в державі, й не перебуває в підкоренні чийсь волі й не обмежена якимось законом, за винятком тих, які будуть встановлені цим законодавчим органом згідно з наданою йому довірою»[1236]. Політична і правова суб'єктність держави, отже, остаточно стали соціальними, а влада стала лише інструментом реалізації цієї суб'єктності.

Так само Локк заперечував будь-які обмеження волі людей через нібито богоданість чи природну розумність абсолютної влади монархів. Він запропонував власне бачення сутності природного стану людства як стану свободи й спростовував думку щодо принципової відмінності від нього нового, соціального етапу розвитку людства, слідом за Боденом пропонуючи ідею еволюційного виникнення людських співтовариств, починаючи із сім'ї[1237].

Відмінність природного стану від соціального він вбачав насамперед у загальному узгодженні волі людей. У природному стані таке узгодження відбувалося на рівні інтерсуб'єктних угод (наприклад, шлюбної), індивідуальної свідомості природного права розуму, інтерсуб'єктної та консенсуальної його реалізації. У соціальному стані змінюється й форма існування права — формується позитивоване і локалізоване право суспільства, що поширюється на всю сукупність громадян, які дали на нього свою згоду. На місце природної сукупності співтовариств приходить громадянське / політичне суспільство, утворене на основі суспільного договору, що передбачає рівність громадян (як сторін договору) перед законом і владою. Метою створення суспільств Локк слідом за Гроцієм вважав насамперед захист права власності, а також безпеку, добробут та ін.[1238]

Поєднання свободи людей та їх інтересів (прагнення до певних благ) приводить до формування чи руйнації суспільств та держав. А тому ці тимчасові соціальні утворення є абсолютно рівними і незалежними одне від одного. Ідея незалежності держав стає новим вираженням ідеї їх суверенітету. При цьому ідеї суверенітету держави, суверенітету влади, соціальності держави, на нашу думку, остаточно зливаються у

[1236] *Локк Дж.* Два трактата о правлении… С. 274. Див. також с. 338, 388–389.
[1237] Там само. С. 141, 263, 302, 305, 322, 326, 328.
[1238] Там само. С. 264–266, 272–273, 306, 308–311, 316–317, 339, 388–389.

формулах «громадянського правління», «незалежного співтовариства», а також (знову наголошеній) «політичного тіла»[1239].

Локк одним з перших почав використовувати термін «нація»[1240] у значенні сукупності всіх громадян, що за охопленням дорівнював народу та суспільству, але передбачав більший наголос на наявності спільної волі та етнокультурній традиції. При цьому він не вважав національні держави єдино можливими, хоча й писав здебільшого про них. Натомість він зазначав, що втрата державності означає також втрату чинності суспільного договору і вказував на можливість добровільного включення населення у суспільний договір іншої нації. В іншому ж випадку правління в такій державі стає незаконним пануванням[1241].

Локк одним з перших сконструював ідею територіальної суб'єктності держави, локалізував її у просторі на основі трансформації приватного права власності в публічне. Земельна власність є той обшир території, який було освоєно завдяки діяльності людини, а територія держави є сукупною територією, яка освоєна членами суспільства на законних підставах: «Деякі співтовариства встановили межі своїх окремих територій і через створені ними самими закони впорядкували володіння приватних осіб у своєму суспільстві й, таким чином, шляхом договору і згоди ствердили власність, початок якій поклали праця та старанність»[1242].

Локк надалі розвивав конституційну теорію «законного правління» на основі волі народу через суспільний договір. Зокрема, він запропонував такі ідеї: як сторони такого договору можуть розглядатися лише особисто вільні громадяни, а тому його положення поширюються тільки на них; формулою суспільного договору є «більшість має право діяти і вирішувати за решту»; предметом договору є насамперед формування, компетенція та функціонування публічної влади; суспільний договір є позитивно-правовим, постійним, публічним і відкритим; згідно з договором громадяни передають до загальної компетенції суспільства /держави насамперед свої судово-виконавчі права — карати правопорушників згідно з правом і на основі вироку суду. Водночас передання інших прав обмежується метою забезпечення спільного блага — що виступає також як формула обмеження сфери публічного права та компетенції влади[1243].

Надзвичайно важливою, на нашу думку, була ідея щодо незв'язаності людини умовами суспільного договору, укладеного її предками, та її свідомого вибору щодо приналежності до цієї угоди через прийняття громадянства: «Лише згода вільних людей, які народилися під владою якогось уряду, робить їх членами цієї держави, і ця згода дається окре-

[1239] Там само. С. 267, 269–270, 287, 303, 312, 317, 328, 338.
[1240] Там само. С. 137, 360, 401, 403.
[1241] Там само. С. 401, 403.
[1242] Там само. С. 287–288. Див. також с. 303, 332–333. Аналіз цієї ідеї див. у: *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 42–46.
[1243] *Локк Дж.* Два трактата о правлении… С. 137, 269–270, 317–319, 322, 336–337.

мо й почергово, в міру того, як кожний досягає повноліття, а не всіма разом». Окрім того, Локк вказував на можливості «творити новий лад» за згодою суспільства[1244].

Тобто суспільний договір у вченні Локка остаточно стає позитивним, наповненим конкретними принципами і нормами, суб'єктом якого є кожний громадянин, а також може бути змінений в інтересах суспільства. Мислитель достатньо чітко окреслив сферу конституційних правовідносин, визначив характер і параметри конституціоналізму і відтак став одним з перших творців теорії конституційної держави.

Ідеї XVI–XVII ст. щодо людини як не лише моральної, а й соціальної самостійної одиниці, яка разом з іншими людьми може виступити творцем інших різних соціальних одиниць для реалізації своїх інтересів та прагнень, отримали розвиток у працях німецького мислителя Лейбніца. Універсальність його підходу до соціальних явищ і процесів полягала у проголошенні однакової раціональної природи людей, що відображає Божу раціональність, а отже, нової версії природного права.

Відтак самоцінною й цілісною в працях Лейбніца, починаючи з «Нового методу…» (1667 р.), виступає саме раціональність кожної окремої людини в її розвитку, а також її уявлення про справедливість, а будь-які соціальні утворення та будь-яке соціальне право відносно раціональні й мінливі, адже відображають лише окремі інтереси людини і пристосовані до конкретних історичних, природних та інших умов[1245]. Саме виходячи з ідеї про те, що об'єктивне право є відображенням суб'єктивного права людини, а також з того, що право має власну історію — історію своєї об'єктивації, Лейбніц одним з перших запропонував вважати історію права окремою наукою[1246].

Точніше зрозуміти ідеї Лейбніца можна за допомогою інших його праць, «Нових дослідів щодо людського розуму» (написана 1704, видана 1765 р.) та «Три ступені природного і людського закону» (написана приблизно у 1677–1680, видана у 1893 р.). Як уже зазначалося, відмінності у праві різних народів і держав Лейбніц не вважав суттєвими, адже право засновується на єдиній ідеї справедливості. Але все ж таки наявні відмінності пояснюються малосвідомими чи несвідомими уявленнями про право на ранніх стадіях розвитку народів, коли вимог природного права людина дотримується інстинктивно. «Перехід від нижчих до вищих форм людського існування в тому й полягає, щоби переходити від несвідомого до свідомого і за допомогою думки розкривати істину в свідомості»[1247].

[1244] Там само. С. 330, 332, 365.
[1245] Див. наприклад: *Johns C.L.* The science of right in Leibniz's practical philosophy… P. 10.
[1246] Докладніше про це див.: *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 297.
[1247] Виклад змісту праці «Нові досліди щодо людського розуму» за: *Шершеневич Г.Ф.* История философии права…

Певною мірою ставлення Лейбніца до проблеми різноманітності права у світі демонструє також його пізніше вчення про монади в «Монадології». Існує безкінечна кількість монад — утворень різного рівня — від елементарної частки до Бога. Монади відрізняються за ступенем своєї свідомості й за цим критерієм ієрархічно сходять від найпростішої до найскладнішої й найдосконалішої (Бога). Вони є унікальними, не здатні взаємодіяти одна з одною на одному рівні, а лише ієрархічно — згідно з Божим задумом світової гармонії[1248].

Таким чином, усі соціально-правові феномени існують паралельно — людське суб'єктивне природне право, інтерсуб'єктне право, право соціальних груп, право суспільства/держави, міжнародне право. Будь-яке право при цьому виступає як відображення індивідуальної чи колективної людської раціональності в конкретний історичний період її розвитку на шляху сходження до абсолютної раціональності Бога.

При цьому кожна раціональність іманентна певному суб'єкту — Богу, людині, групі людей. Так само іманентним є і право, воно «завжди породжується реальною групою, разом з якою воно й змінюється»[1249]. Відповідно, як і Локк, Лейбніц заперечував трансцендентність держави, її заявку на монопольне домінування в соціальній та правовій сфері, адже: *«omnem civitatem esse societatem sed no contra»* (все державне суть соціальне, але не навпаки), й жодне суспільство не задовольняє всіх інтересів та прагнень людини[1250].

Такий погляд створив можливість представити універсальну й гармонійну типологію правопорядків як соціальних, раціональних та конкретно-історичних. Завершеності вона набула у праці Лейбніца 1680 р. *«Divisio Societatum»* («Суспільна класифікація»). Він зазначав: «Суспільство *(Gemeinschaft)* є союзом різних людей із спільною метою. Природне суспільство є те, чого вимагає природа. Ознакою, за якою можна визначити, що природа чогось вимагає, є те, що природа дає нам прагнення та сили, аби його задовольнити: адже природа нічого не робить марно. …Найбільш досконале суспільство — те, в якому метою є загальне та найвище щастя. Природне право — те, що зберігає чи сприяє природним суспільствам». Далі Лейбніц вказував на такі природні суспільства, як союз чоловіка та жінки, між батьками і дітьми, між господарем та слугою, сімейне господарство. Так само природним мислитель вважав громадянське суспільство, яким може бути місто, «провінція як суспільство різних міст», «королівство чи великий домініон як суспільство різних провінцій». Метою такого громадянського суспільства Лейбніц називав «тимчасове благополуччя». Наступним суспільством він вважав Церкву, що може існувати навіть без «одкровення», а її

[1248] Там само.
[1249] *Гурвич Г.Д.* Социология права… С. 623.
[1250] Там само. С. 624.

метою є «вічне щастя»; вона об'єднує всіх людей і є природним суспільством, адже «прагнення до невмирущості вкорінене в нас»[1251].

Отже, незважаючи на те, що соціальна та правова типологія Лейбніца є ієрархією монад, абсолютно очевидно, що на кожному її рівні існує плюралізм — існування більш як однієї монади, більш як одного варіанту соціального розвитку — попри єдину раціональну вісь, що об'єднує цю схему. Адже людина завжди має більше, ніж одну потребу.

Кожне з людських суспільств (звичайно, тут більш зрозумілим буде використання слова «співтовариств») створює своє *jus societatis sive congruentium* (лат. — право суспільства чи право згоди)[1252] — право соціальної інтеграції, яке за своєю суттю є договірним. Право держави при цьому можна розглядати як лише один з видів соціального права, спрямований на задоволення особливих (усвідомлених і раціонально осмислених) інтересів людей, що виникають через їх компактне проживання на певній території.

Найближчі німецькі послідовники Лейбніца більш акцентовано ввели до його типології *Jus sociale gentium* (міжнародне соціальне право — ідея про те, що міжнародне право має бути засноване на узгодженні, співпадінні воль та сподівань суспільств, представлених державами, що входять у міжнародні договірні правовідносини), а також запропонували вирішення питання щодо співвідношення між громадянським суспільством і державою — як взаємодію (мирну чи конфліктну) двох типів співтовариств та їх права — функціонального і територіального[1253].

На нашу думку, індивідуалістичний раціоналізм Лейбніца став логічним продовженням ідей західноєвропейських мислителів XVI — XVII ст., які поступово обгрунтували суверенність людини, зробили її аксіомою і наріжним каменем усього соціального життя. У XVII ст. цю тенденцію посилила механістична парадигма природничих і точних наук, що привело до конструювання «соціальної фізики права»[1254]. Цей підхід дав змогу демістифікувати державу, поставити в її центр людину з її інтересами, побачити державу як систему соціальних зв'язків та їх регулювання, а також створити для людини значний соціальний простір поза державою.

Але ідея щодо домінування індивідуалізму, спочатку витворивши новий варіант суверенітету держави, сама ж його й поховала, позбавивши державу більш-менш певного особливого місця між людиною і соціальним загальним. У вченні Лейбніца обов'язки людини за суспільним договором стали достатньо сумнівними, межу між суб'єктивним і об'єк-

[1251] Цит. за: *Colas D.* Civil Society and Fanaticism: Conjoined Histories. Stanford: Stanford University Press, 1997. P. 408–409.
[1252] *Гурвич Г.Д.* Социология права… С. 624.
[1253] Там само. С. 625–626.
[1254] Про неї див., напр.: Там само. С. 618–619; *Тарановский Ф.В.* Учение о естественном праве… С. 84–87.

тивним у праві, між соціальними регуляторами і позитивним правом було розмито. Суспільний договір, держава і позитивне право значною мірою втратили свою легітимність і органічність, атомізувалися, втратили зворотній вплив на людину.

Як зазначав Є.В. Спекторський, раціоналісти сприймали суспільство не як одиницю, а як просту суму індивідів, між якими існують інтерсуб'єктні правові відносини. Ця опозиція індивідуалізму та універсалізму в праві зумовила прагнення юристів створити універсальну юридичну науку, що відкинула б особливості соціального права та створила б норми, придатні для всіх часів і народів. На практиці ж це привело до універсалізації норм та принципів римського права, з чим так боролися мислителі другої половини XVI ст.[1255]

Прикладом цього можуть бути ідеї німецького мислителя XVII ст. Кьолера, який вважав соціальне право прямим відображенням права індивіда, а тому пропонував замість права для конкретного суспільства розробляти всесвітнє соціальне право, що стане реконструкцією раціонального природного права[1256].

5.4. Ідея національного правопорядку: між колективною волею і об'єктивною детермінованістю

Відповідно слід було знайти нове місце для держави, поклавши в її основу щось іще, окрім суспільства (як нестабільного, нецілісного, практично тотожного з людиною через свою раціональність), — додатковий ірраціональний елемент, що виведе її з механічної піраміди, зробить необхідною, органічною, невипадковою.

Такий елемент було віднайдено через *нове осмислення феномена нації*. Ідея нації, національної історії, національних держави і права була присутня у працях мислителів різних країн. Так, німецький мислитель Г. Конрінг у праці «Про походження права Німечини» (1643 р.) доводив обмежений і пізній характер рецепції римського права, натомість історичний характер права германських народів, що зберігається попри іноземні впливи: «Постановили ми перед собою викласти лише історію германського права»[1257]. На думку автора, для кожного народу прийнятне те право, яке твориться ним самим, і насамперед шляхом еволюції звичаєвого права та його фіксації[1258].

Подібних ідей дотримувався страсбурзький професор І. Шільтер, автор низки фундаментальних праць щодо ідентифікації та розрізнен-

[1255] *Спекторский Е.В.* Происхождение идеи общего, или универсального, права… С. 435–438, 444.
[1256] Там само. С. 443.
[1257] *Конринг Г.* О происхождении права Германии // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 2 / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Москва: Мысль, 1999. С. 734.
[1258] Там само. С. 734.

ня германського, римського та канонічного права, зокрема «Використання римського права в Німеччині...» (1675 р.), та його послідовники С. Штрик, Х. Томазій, Г. Бейєр. Два останніх на початку XVIII ст. у Галлє та Віттенберзі вже читали курси лекцій «Інститути германського права»[1259].

Продовжувач ідей Г. Конрінга І.П. фон Людевіг у своїх працях початку XVIII ст. прямо писав про звільнення німецької юриспруденції від ярма зарубіжного права, про повернення Німеччині самої себе[1260]. У 1712–1737 рр. він написав одинадцять праць, присвячених порівнянню і відокремленню римського та германського права, під загальною серійною назвою «Відмінності римського і германського права».

В одній з найважливіших у контексті формування ідеї національного права праць — «Засадах нової науки про загальну природу націй» (1725 р.) Дж. Віко наголошується на тому, що суб'єктами соціального життя, державо- та правотворення є народи як природні (органічні й нераціональні) соціальні спільноти. Народи як живі істоти народжуються, розвиваються і вмирають. Зовнішньою ознакою народу є його особлива мова. Не індивід, а саме народ є носієм природного права, і воно є окремим для кожного народу[1261].

Домінуючим у поступі народів є їх саморозвиток через пізнання свого природного права — окремого зв'язку з Богом. Загальний поступ людства забезпечується через інтелектуальний обмін між народами. При цьому наголошується на людській раціональності як Божому дарі та самостійності людської волі[1262]. Тобто розвиток конкретної нації є особливим (поєднанням індивідуальних прагнень носіїв національного) та універсальним — загальною спадщиною людства. Відповідно особливими залишаються держава і право народу. Вони не є суто раціональними, адже відображають у раціоналізованій формі прагнення та звичаї народу: «народи дають сенс законам». Поняття суспільства у вченні Віко не зникає, але «Світ суспільності», на його думку, творять насамперед не окремі люди, а саме нації[1263].

Таким чином, суспільство і держава у вченні мислителя перестають бути суто раціональними, стають історичними й органічними, зрощуються нацією. Вони отримують свою місію, універсальну функціональність, що ставить їх над будь-якими іншими частковими за своїми функціями співтовариствами. Зовнішнім деномінатором правового розвитку стає саме нація, а тому національне право стає основним — історичним, невипадковим, органічним — правопорядком, щодо якого суб'єктивне

[1259] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity... C. 32; *Johann Schilter* [Електронний ресурс] // Сайт «Wikipedia». Режим доступу: https://de.wikipedia.org/wiki/Johann_Schilter
[1260] *Тарановский Ф.В.* Юридический метод в государственной науке... С. 201.
[1261] *Вико Дж.* Основания новой науке об общей природе наций // Философия истории: Антология... С. 31–32, 34–36.
[1262] Там само. С. 34–36.
[1263] Там само. С. 32, 35–36.

право людини та право співтовариств усередині держави стають дещо підпорядкованими, а неконкретизоване універсальне право — простою сумою національних здобутків.

Надалі ідея органічності держави і права розвивалася Монтеск'є, насамперед у його праці «Про дух законів» (1748 р.). Хоча В.М. Корецький звертав увагу на те, що ще в «Перських листах» (1721 р.), тобто ще до появи праці Віко, було відображено формування поглядів Монтеск'є щодо цінності національних особливостей у праві[1264]. Зокрема, мислитель радикально виступив проти запозичення римського права періоду імперії, адже воно виправдовувало деспотію, а також проти канонічного права: «Хто б міг подумати, що найдавніше і наймогутніше королівство в Європі понад десять століть управлятиметься законами, які не були створені для нього»; французи «сприйняли всі папські конституції і зробили їх новою частиною свого права: новий вид рабства»[1265].

Водночас М.М. Азаркін зазначав, що ідея щодо національного характеру як одна з визначальних у становленні правового релятивізму та концепції національного права, відсутня у «Перських листах», з'явилася лише у фрагменті «Про політику», який був частиною трактату Монтеск'є «Про обов'язки» (1725): «У всіх суспільствах, які є не що інше, як об'єднання духу, створюється загальний характер. Це всезагальна душа, що має властивий лише їй склад мислення, який є нескінченним ланцюгом причин, що примножуються і переплітаються між собою із століття у століття»[1266].

У праці «Нарис про причини, які визначають дух і характер» (1736) Монтеск'є, зокрема, писав про неоднаковість процесів мисленнєвої діяльності людини в різних кліматичних умовах, що має наслідком формування різних понять, у тому числі щодо суспільних явищ[1267]. У цій же праці, як ми вже згадували, він сформулював принципово важливу для становлення ідеї національного права теорію щодо співвідношення фізичних і моральних чинників, які впливають на розвиток суспільства і права. Отже, мораль, яка передається через виховання, більше впливає на спільний дух, спільний характер нації та більшою мірою має враховуватися при з'ясуванні останнього, ніж фізичні

[1264] *Корецький В.М.* Монтеск'є. Київ: Т-во для поширення політ. та наук. знань УРСР, 1955. С. 10.
[1265] Цит. за: Там само. С. 10.
1266 Цит. за: *Азаркин Н.М.* Монтескье... С. 25–26. Зафіксуємо саме цю працю і цей рік (1725 р.), хоча принципово важлива ідея національного духу виникла набагато раніше. Ми вище вже аналізували її наповнення в творах мислителів XVI–XVII ст. Ще один приклад: у проповіді Жана Соанена в Парижі у 1683 р. національний дух розумівся як основа патріотизму. Див.: *Пименова Л.А.* Идея нации во Франции Старого порядка... С. 133.
[1267] *Спекторский Е.* К вопросу о системе «Духа законов» Монтескье и ее философских источниках... С. 314; *Richter M.* Montesquieu's theory and practice of the comparative method... P. 22–23.

причини[1268]. Таким чином, нація стає не лише природною, а й соціальною спільнотою.

У праці «Про дух законів»[1269] серед чинників, які впливають на розвиток позитивного права певного народу, Монтеск'є називав клімат країни, якість її ґрунтів, географічне розташування, розмір, спосіб життя (господарство) її народів, форму правління, релігію, схильності населення, його мораль і звичаї, «приклади минулого» (очевидно, історичну свідомість) та ін. Вони пов'язані між собою і з обставинами свого виникнення. Усе це він називав духом законів. Насамперед він розглядав природно-географічний, економічно-господарський, психологічний чинники. При цьому перші два чинники впливають на право держав і народів як безпосередньо, так і насамперед через їх відображення у психології народів.

Щодо природно-географічного та економічно-господарського чинників Монтеск'є вказував: кліматичні та інші природні умови визначають спосіб господарства, впливають на фізіологію і поведінку людини, формування певних якостей, які поширюються на цілі народи: «Закони дуже тісно пов'язані з тими способами, якими різні народи здобувають собі засоби для життя»; «від різниці у потребах, яка породжується відмінністю кліматів, походить відмінність у способі життя, а від відмінності в способі життя — відмінність законів».

Хоча історично похідним від цих чинників, але найважливішим серед них Монтеск'є вважав психологію («загальний дух») народів. У характері кожного народу, стверджував він, є добрі й погані якості, але бувають вдалі й невдалі їх поєднання. Але у народу може бути й особлива провідна риса (наприклад, чесність, хоробрість), яка плекається і передається з покоління в покоління. Так формуються народи, які він наділяв позитивними якостями народів-творців, і народи-руйнівники. Особливий характер не лише під час виникнення народу, а й протягом усього існування останнього, продовжує бути пов'язаний з певною територією: змінюючи територію проживання, народ змінює свій характер, а отже, перероджується або вимирає.

Психологія народів формується поступово протягом історії та відображається насамперед у моралі та звичаях. Власне, цей дух, закладена в ньому особлива система принципів і формують сам народ. Ступінь єдності народу залежить від розвиненості цієї системи принципів та загальності їх визнання і виконання. Моральне виродження народу може привести до його зникнення. Саме звичаї, на думку Монтеск'є, є основним носієм моралі, принципів, духу народу: «Народ завжди краще

[1268] Цит. та виклад. за: *Азаркин Н.М.* Монтескье… С. 27.

[1269] Ми використали для аналізу публікацію праці в перекладі російською мовою: *Монтескье Ш.-Л.* О духе законов [Електронний ресурс] // Сайт «Викитека». Режим доступу: http:// http://ru.wikisource.org/wiki/о_духе_законов_Монтескье Поділ на сторінки відсутній.

знає, сильніше любить і більш ревно захищає свої звичаї, ніж свої закони». Релігійні, моральні норми і філософія мають відповідати характеру народу.

Позитивне право є насамперед записаними і впорядкованими звичаями, історично створюється для конкретного народу, відображає його характер, але й впливає на цей характер, уточнює його, сприяючи формуванню моралі та звичаїв. Тобто розвиток характеру і позитивного права народу взаємозумовлені, хоча історично й логічно у Монтеск'є позитивне право виступає як похідне: «Законодавець має узгоджуватися з народним духом, оскільки цей дух не суперечить принципам правління». Змінити характер і мораль народу можна, лише поступово розвиваючи спосіб його мислення, а потім запроваджуючи нові мораль та звичаї.

Будь-які правові реформи, на думку Монтеск'є, мають бути виважені, адже краще недосконалі закони, які відповідають звичаям і тому виконуються, ніж досконалі, яких не дотримуються. Тому він ставив під сумнів доцільність загальнодержавної уніфікації права, вигоди якої вважав невеликими, а незручності — значними. Натомість формування загальнодержавного характеру права, на його думку, має відбуватися поступово. Наприклад, Монтеск'є зазначав, що «обширне ціле нашої французької юриспруденції» склалося завдяки апеляційному судочинству. Але він не відкидав реформ загалом і навіть зазначав, що великий законодавець може створити народ (у сенсі — змінити дух народу).

Г. Гурвич відзначав, що Монтеск'є виразно відмовився від ідеї соціальної фізики (з її дедуктивним виведенням всього соціального з моральної природи людини) та метафізичного телеологізму (односпрямованого руху позитивного права до реалізації природно-правових принципів), а його підхід можна визначити як «радикальний соціологічний емпіризм», що передбачав сприйняття національно-державних реалій, що формувалися, як даності й досвіду. При цьому Монтеск'є, розвиваючи ідею ірраціонального в праві («національний дух»), недвозначно поставив питання про неможливість розгляду соціальних феноменів лише на основі підходів природничих і технічних наук: «Таким чином, Монтеск'є вперше звільняє соціологію права від усіх метафізичних і догматичних тенденцій, підводить її дещо ближче, можливо, занадто близько, до порівняльного правознавства»[1270].

Основні чинники, які впливають на розвиток позитивного права різних народів, у Монтеск'є десакралізовані та деметафізовані: це природно-географічні умови та економічно-господарський уклад. Їх розуміння і втілення у формі права є продуктом автономної свідомої та підсвідомої творчості людини і суспільства. Ці чинники визначають дух народу, який формує і зберігає дух національного законодавства. На нашу

[1270] *Гурвич Г.Д.* Социология права… С. 619–621.

думку, в розумінні Монтеск'є дух народу відповідає сучасному уявленню про психологію народу — його ментальність та свідомість. Монтеск'є сам не створив нову метафізику народного духу, хоча його вчення, безумовно, стало важливою віхою на шляху формування метафізичного розуміння нації, національних держави та права.

Такі ідеї розроблялися й в українській правовій думці. С.Ю. Десницький наголошував на тому, що на території Російської імперії живуть різні народи (щоправда, він їх вважає частиною російського народу — у політичному розумінні — і визначає як сукупності/спільності підданих, які мають особливий статус), які відрізняються від інших підданих імперії своїми соціальною структурою та способом господарювання (серед них він називає, зокрема, запорозьких козаків). А тому на них не можна поширити певні загальнодержавні закони (зокрема, станове законодавство): «Ті народи, що мають особливу основу, приводи, спосіб життя та перебуваючи у відмінних від інших наших підданих обставинах, повинні мати особливе положення чи права та привілеї у розумінні осіб». При розробці спеціального законодавства для козацьких народів С.Ю. Десницький вважав за необхідне брати до уваги, зокрема, «під яким кліматом кожне військо [козацьке] мешкає, яку має віру, норов та звичаї», скільки має земель і якої вони якості, домінуючий спосіб господарювання, традиційну форму врядування, вид виконуваної військової служби, психологічні особливості («їх схильності») та ін. Так само він пропонував визначати законодавство для кочових народів імперії, враховуючи особливості їх господарювання та соціальної структури[1271]. С.Ю. Десницький закликав «уникати будь-якого насильства» щодо цих народів, норов яких вважав диким, натомість законодавчо заохочувати поширення у них землеробства та розвивати їх освіту[1272]. Десницький розвивав ідеї щодо правового релятивізму та органічного розвитку права, його національного характеру, безпосередньо посилаючись на праці Монтеск'є та інших європейських мислителів[1273]. Він узагальнено стверджував, що народи є «неподільними частинами», соціальним окремим у загальносвітовому розвитку, вказував на вплив клімату на соціальний і правовий розвиток народів. При цьому і народи, і світ у цілому в його працях виступають як організми, що мають свій цикл розвитку від народження до смерті[1274].

[1271] *Десницкий С.Е.* Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 215–216.
[1272] Там само. С. 216–217.
[1273] *Десницкий С.* Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 294 та ін.
[1274] Там само. С. 268–269.

Не виключаємо вплив ідей Монтеск'є на праці Г.А. Полетики, який у 1768 р. писав: "Упорядкування тих міст та всіх військових установ затверджує вона (Малоросійська колегія. — *О.К.*) на основі та правилах німецьких міст, які чи можуть бути схожі з правами, привілеями та звичаями малоросійських міст та мешканців, я дуже сумніваюся; всі ж установи ті добрі й довготривалі бувають, які узгоджуються з правами народними". Він також наголошував на тому, що позитивне право має відповідати стану розвитку, вихованню, звичаям конкретного народу, а також людській природі, не може свавільно змінюватися законодавцем. Полетика використовував ідею національного (у тому числі "малоросійського") права, яке розвивається органічно, і виступав проти запозичень у праві[1275]. Ідеї, схожі з ідеями Монтеск'є, можна віднайти у записці Я.П. Козельського "Думка щодо становища кріпосних селян" (1768 р.): "Хіба можуть бути в цьому кліматі ледачі народи"[1276]. Аналіз праць В.Г. Полетики та В.Н. Каразіна також дає підстави припустити вплив на них ідей Монтеск'є[1277].

Я.П. Козельський у праці «Філософські пропозиції» (1768 р.) та інших чітко визначив національне («цивільне») право як один з двох основних правових порядків (поряд з міжнародним, «всесвітнім» правом), «правость, встановлену в громадянах для спокійного їх співмешкання чи щодо них, називаю я цивільним правом», «Законом цивільним називаю я той, що спрямований на добробут лише своїх громадян, не опікуючись іншими, і піддається зміні залежно від часу чи місця»[1278]. Козельський наголошує на вольовому характері національного права, на перевагах уніфікації права у межах держави. При цьому автор відзначає безпосередній вплив права на моральність народу, але засуджував ідею щодо природної різності «дарувань» і «переваг» різних народів[1279].

[1275] *Полетика Г.А.* Возражение депутата Григория Полетики на наставление Малороссийской коллегии господину ж депутату Дмитрию Наталину // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 116, 132–133.

[1276] *Козельский Я.П.* Мнение о положении крепостных крестьян // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 178. Я.П. Козельський безпосередньо посилається на Монтеск'є, Руссо та інших мислителів у інших своїх працях. Див. зокрема: *Козельский Я.П.* Философические предложения // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 499, 524, 527–528, 532.

[1277] *Полетика В.Г.* Речь, произнесенная на собрании дворянства Роменского уезда // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 242–246; *Каразин В.Н.* Письмо императору Александру I // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 261–268.

[1278] *Козельский Я.П.* Философические предложения… С. 464–465, 468.

[1279] Там само. С. 521, 525, 530–531; *Козельский Я.* Из примечаний к переводу «Истории датской» Голберга // Избранные произведения русских мыслителей второй половины

Французька школа фізіократів на основі осмислення поглядів Монтеск'є висунула ідею спонтанного правового порядку суспільства, який держава може адекватно чи неадекватно сприймати, але не в змозі суттєво змінити через своє право. Держава, по суті, має бути підпорядкованою суспільству, а її позитивне право — виконувати функцію акту визнання правопорядку суспільства[1280].

До певної міри завершальною на шляху злиття ідей окремого в праві, соціальному та політичному розвитку стала творчість французьких мислителів епохи Великої революції, зокрема Руссо і Сієса. Руссо реанімував і розвинув учення французьких мислителів XVI–XVIII ст. щодо суверенітету в праці «Про суспільний договір, або принципи політичного права» (1762 р.).

Зокрема, народ у його вченні є єдиним сувереном і правотворцем у державі, що не залишає місця в юридичній сфері ані для інших колективних або індивідуальних суб'єктів, ані для природного права чи Божого промислу. Якщо право не твориться всім народом, не є вираженням його загальної волі, то воно не є власне правом, обов'язковим для кожної людини, а населення, що підкоряється такому не-праву, не є громадянським суспільством і народом, перебуває у природному стані[1281].

Отже, соціально-правовий зв'язок стає у вченні Руссо абсолютним. Це дає підстави сучасним дослідникам говорити про «народний абсолютизм» цього мислителя[1282]. Саме неподільність і невідчужуваність народного суверенітету приводить Руссо до заперечення сутнісного і широкого розуміння *Res publica* на користь лише однієї форми правління — *respublica*. Влада і право втрачають своє самостійне значення, стають лише формами втілення соціальної волі.

Через фактичне зневажання приватного права (як вираження індивідуального інтересу в межах народу, покликаного переплавити всі інтереси в один загальний) та його розчинення в публічному праві Руссо досягає монолітності й неподільності національного права. Таке категоричне розуміння, що є розширеним баченням договірної теорії, пропонує єдиний критерій розуміння права як соціального і публічного, що фактично нівелює інтерсуб'єктне право на користь національного окремого як більш публічного (так само нівелюються будь-які групові інтереси на користь загальносуспільних), повною мірою визнає публічне право (насамперед конституційне) власне правом, а також потенційно охоплює сферу міжнародного права як загальну суспільну угоду національно-державних одиниць.

XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 629.

[1280] *Гурвич Г.Д.* Социология права… С. 626.

[1281] *Руссо Ж.-Ж.* Об общественном договоре, или Принципы политического права / Руссо Ж.-Ж. Трактаты. Москва: Наука, 1969. С. 160; *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 57–58; *Царьков И.И.* Развитие правопонимания в европейской традиции права… С. 224–225.

[1282] *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 66–67.

Те, що було у Бодена, Монтеск'є, інших мислителів — неабсолютність соціальної сфери, зовнішнє втручання у неї, насамперед Бога і сил Природи, у Руссо зникає. Соціальна сфера є не лише автономною, а й фактично незалежною. Вона організована згідно із суспільними угодами в державі, й право є виключно соціальним, а отже, державним або міждержавним. Загальне в праві більше не є позасоціальним чи навіть позаземним, воно є міжнародною суспільною угодою. Така соціалізація правової реальності остаточно відокремлює юридичне знання від теології, філософії, етики, але міцно зв'язує його з суспільствознавчим знанням, яке незабаром інституціоналізується як соціологія.

Утім, і це важливо відзначити слідом за Л. Пименовою, в праці Руссо чітко відокремлюється раціональний зв'язок людей у межах народної держави, й ірраціональний зв'язок з нацією, яка може існувати і до чи поза державою, є спільнотою органічного характеру[1283].

Але суттєвої суперечності між раціональною та ірраціональною волею, на думку провісників Великої революції, немає, і це достатньо чітко проголошує аббат Е.Ж. Сієс у статті «Що таке третій стан?» (1789 р.). Він абсолютизує саму по собі суспільну волю — як колективне суб'єктивне право. Об'єктивне право має бути суспільним і тому тотожним суб'єктивному праву суспільства як одиниці: «Нація не залежить від будь-якої форми, й чого б вона не хотіла, цього достатньо, щоб її воля була втілена в життя, щоб перед нею відступало будь-яке позитивне право, як перед джерелом і володарем кожного позитивного права»[1284].

5.5. Формування доктрини соціального національного і міжнародного права

Паралельно з обгрунтуванням національного права як соціального окремого у політико-правовій думці тенденція до націоналізації проявилася в доктрині приватного права — у вигляді впливових шкіл — уже згаданої *mos gallicus* у Франції та *usus modernus* Німеччині та Нідерландах, які фактично намагалися пристосувати римське право для потреб конкретного суспільства. Але цей процес був тривалим і мав мінливий успіх, конкуруючи з раціоналістичним і універсалістським напрямом збереження *ius commune* — римського права як найвищого вияву універсальної раціональності, права не націй, але всіх мислячих індивідів[1285].

[1283] *Пименова Л.А.* Идея нации во Франции Старого порядка… С. 145–146.

[1284] Цит. за: *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 68–69. Див. також: *Пименова Л.А.* Идея нации во Франции Старого порядка… С. 154–155; *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 67.

[1285] Про це див. зокрема: *Полдников Д.Ю.* Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. Москва: Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. С. 193–214, 300–301.

Окрім асиміляції римського права (що передбачала критичне переосмислення і відкинення того, що не відповідає умовам часу і місця) відбувалося його змішання з нормами, взятими з місцевих джерел — звичаїв, судової практики, законодавства, юридичних експертиз університетських професорів[1286]. У результаті формувалися системи приватного права, які усвідомлювалися юристами як римсько-національні. Наприклад, слідом за голландським юристом XVII ст. С. ван Льовеном утвердилося поняття римсько-голландського права[1287].

А Г. Гроцій у 1619–1620 рр. одним з перших спробував створити систему національного приватного права у праці «Вступ до голландської юриспруденції» (видана у 1631 р.), що набула значної популярності й стала основою для виникнення так званої елегантної школи голландської юриспруденції. До того ж Гроцій свідомо зробив це національною мовою, самостійно розробляючи відповідну термінологічну систему. Оцінюючи свою працю, він писав: «Я написав цю роботу… нашою рідною мовою, і прагнув віддати їй належне й продемонструвати, що цей предмет можна виразити голландською. …Шануючи римське право, я включав сюди те, що ми використовуємо, не лише запозичене з Інституцій Юстиніана, а й зібране в інших юридичних книгах. До цього я додав наше власне право, наскільки воно мені було відоме за старими рішеннями та іншими судовими актами»[1288].

У цій роботі Гроцій позитивне право визначав як те, що походить від волі законодавця, а законом проголошував лише те, що «прийнято і оприлюднене верховною владою держави і стосується впорядкування спільного блага». Він поділяв право на міжнародне та цивільне (*jus civile*, муніципальне право), однозначно пов'язуючи останнє з конкретною державою. При цьому цивільне право може бути писаним або неписаним, до нього входять як закони, так і усталені звичаї як неписане право, що визнається громадянами[1289].

Попри те, зазначав Гроцій, що однакові правові норми можуть зустрічатися в праві багатьох держав (є загальними для них), але вони можуть змінюватися державою без згоди інших держав («як таких, що не впливають на взаємодію в межах людства»). Таким чином він націоналізував римське та елементи канонічного права у Голландії, що виступають у його розумінні на рівні із звичаями і регулюють питання, не розглянуті в законах[1290].

Слід відзначити, що ще у 1613 р. у праці «Інституції права Польського королівства» професор Замойської академії Т. Дрезнер проаналізував основні інститути права держави й ця книга тривалий час використову-

[1286] Там само. С. 266–267.
[1287] Там само. С. 267.
[1288] Цит. за: Там само. С. 267–268.
[1289] *Гроций Г.* Введение в голландскую юриспруденцию… С. 35, 37–38, 40.
[1290] Там само. С. 38, 41.

валася в якості підручника, безпосередньо вплинула на творчість видатного німецького мислителя Гейнеція та ін. На думку В.О. Бондарука, ця праця суттєво вплинула на розвиток науки про право на теренах Речі Посполитої[1291]. У праці українського вченого В. Жлоби «Загальне право» (60–70-ті рр. XVIII ст.) *ius civile* розглядається як національне право, правовий порядок держави[1292]. Крім того, у Замойській академії, вперше у Речі Посполитій, польське право стало предметом низки лекційних курсів ще наприкінці XVII ст.[1293]

Одним із найбільш показових прикладів (окрім наведених нами позицій представників школи *mos gallicus*) того, що націоналізація римського приватного права мала свідомий характер, є також монографія Г. Конрінга «Про витоки німецького права» (1643 р.). Він доводив відносно новий характер рецепції римського права, пропонував розглядати її не теоретично, а історично, а також досліджувати історію національного приватного права, не розширювати сферу застосування римського права, критично й утилітарно осмислювати кожну його норму[1294].

Як зазначав Ф.В. Тарановський, «шляхом історичного тлумачення Конрінг довів, що титул обов'язковості римського права для Німеччини — не в законодавчій, одномоментній та універсальній, а у звичаєвій, поступовій та частковій його рецепції. Таке пояснення рецепції відкривало простір дії германського права для всіх тих відносин, застосування до яких римських юридичних норм не могло бути доведене жодним прецедентом»[1295]. Спеціально порівнянню давньоримського та римсько-голландського права було присвячено фундаментальну працю С. ван Гроневегена ван дер Маде «Про закони, скасовані та невикористовувані у Голландії та сусідніх територіях» (1649 р.), кілька праць С. ван Льовена та ін.[1296]

Розвивалася й *догматика публічного права,* яке, на нашу думку, в умовах фрагментованості або транснаціональності більшості джерел права стало системотворчою галуззю позитивного національного права. Ідея поділу права на публічне та приватне була розвинена ще в Стародавніх Греції та Римі, від Солона до Ульпіана[1297]. Але це було насамперед суб'єктивне право володаря, його розпорядження, що не мало соціального характеру, не передбачало прав громадян.

[1291] *Бондарук В.О.* Розвиток юридичної науки і освіти в Замойській академії (1594–1784 рр.): Дис. … канд. юр. наук. Київ, 2016. С. 146, 149–150.
[1292] Там само. С. 151–152.
[1293] *Бондарук В.О.* Правова освіта в Замойській академії (1594–1784 рр.) // Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 50.
[1294] *Полдников Д.Ю.* Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков… С. 257, 273.
[1295] *Тарановский Ф.В.* Юридический метод в государственной науке… С. 194.
[1296] *Полдников Д.Ю.* Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков… С. 269.
[1297] *Царьков И.И.* Развитие правопонимания в европейской традиции права… С. 10–11; *Черниловский З.М.* Всеобщая история государства и права. Москва: Юристъ, 1996. С. 103.

У Середньовіччі в Європі не було суттєвої відмінності між публічним і приватним правом, держава розглядалася в руслі або канонічного, або приватного права, насамперед права власності.

Розмежування приватного та публічного, концептуалізоване Арістотелем, було розвинене Фомою Аквінським. Він, зокрема, виділяв принцип компенсаторної справедливості, заснованої на рівності приватних суб'єктів правовідносин, та принцип розподільчої справедливості у відносинах держави і приватних осіб. Приватна компенсаторна справедливість за своєю сутністю є рівноцінним та договірним обміном, публічна ж розподільча справедливість — актом милості, що належить більшою мірою до сфери етики, а не права[1298].

До певної міри розподільча справедливість ставала правом через її охоплення поняттям природного права, зокрема представниками так званої школи другої схоластики. Вони, зокрема, перетворили договірні принципи на засадничі для права загалом, відмовилися від виключного списку договорів, що породжують юридичні зобов'язання, докладно розробили принцип обов'язковості будь-яких договорів[1299].

Характерно, що творці ідей соціального права та суспільного договору в XVI ст., у тому числі Боден, вивели їх якраз із реконцептуалізації римського приватного права. Ідея суспільного договору відображала нове, договірне бачення держави, яке, знов-таки, засновувалося на прямому використанні чи інтерполяції та інтерпретації приватноправової догматики.

Гроцій вважав національне позитивне право заснованим на легітимних правотворчих повноваженнях органів влади, підставами яких є суспільна користь («хоча резони не завжди видаються придатними для всіх через різноманітність і невизначеність людських справ») і воля предків населення держави щодо створення останньої (з відповідними правотворчими повноваженнями), що зобов'язує сучасних громадян як третю сторону відповідного історичного суспільного договору[1300]. Він чітко поділяв національне право на публічне та приватне, з яких друге є давнішим, але перше «більш високе і важливе»[1301]. Як зазначав Гроцій, публічне право охоплює питання «релігії, керування війною та миром, управління і кордонів держав, влади та способу створення законів і надання привілеїв, … публічної власності, а також покарання за правопорушення органами, що за це відповідають»[1302].

Як зазначав Д.Ю. Полдников, Гроцій на основі ідей школи другої схоластики, інтерпретації Інституцій вивів універсальний принцип обіцянки за договором, що породжує зобов'язання — передання частини

[1298] *Полдников Д.Ю.* Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков… С. 211–212.
[1299] Там само. С. 212–213, 241–243, 271 та ін.
[1300] *Гроций Г.* Введение в голландскую юриспруденцию… С. 39–41.
[1301] Там само. С. 42–43.
[1302] Там само. С. 43.

свободи однієї сторони іншій через добровільну обіцянку щодо вчинення або невчинення якоїсь дії. При цьому він чітко відокремив морально-етичний обов'язок (як односторонню обіцянку) від юридичного зобов'язання, заснованого на зовнішньо і формально висловленій волі сторони, прийнятої (акцептованої) волею іншої сторони. Надзвичайно важливо також, що він обгрунтував можливість акцепту на користь третьої особи, тобто поширення положень будь-якого договору не лише на його сторони, а й на третіх осіб, які дадуть на це згоду. На основі всього цього Гроцій ствердив договірний характер трьох визначених ним типів права — міжнародного (права народів), внутрішньодержавного та інтерсуб'єктного приватного[1303].

Додамо також, що поділ права на публічне та приватне чітко прослідковується у праці українсько-польського вченого Т. Дрезнера «Інститутції права Польського королівства» (1613 р.): до публічного віднесено питання релігії, судоустрою, управління і королівської влади, а до приватного права — правовідносини фізичних осіб і родин; при цьому реалізацію приватних прав автор також розглядав у контексті публічного інтересу («налагодження співжиття і публічного спокою»)[1304].

Надалі вчення про договори Гроція було розвинене німецькими вченими С. Пуффендорфом і Х. Томазієм, французьким вченим Ж. Дома, у працях яких у 70–80-х роках XVII ст. наголошувалося вже не на індивідуальних і відокремлених волях сторін (у тому числі третьої сторони), а на співпадінні, консенсусі воль[1305], що надавало договору більш вираженого соціального характеру. Характерно, що така універсалізація вчення про договірне право привела до того, що соціальне право, за своєю суттю насамперед публічне, увійшло до системи цивільного права Ж. Дома. Він же договори став називати «приватними законами», більш послідовно, ніж Гроцій і Томазій, звільнивши їх від вимоги наявності каузи (кауза може бути загальною та імпліцитною)[1306]. Все це створювало основи для розвитку соціального права як відкритого і безіменного суспільного договору (не як контракту, а як пакту), чинність якого визначається згодою людей.

Проте все згадане безпосередньо ще не було догматикою публічного права, а насамперед створювало теоретичні передумови для її формування. Ф.В. Тарановський у своїй монографії «Юридичний метод у державній науці: нарис його розвитку в Німеччині» довів, що догматика публічного права стала результатом тривалої і досить послідовної розробки німецької так званої камеральної юриспруденції, пов'язаної з

[1303] *Полдников Д.Ю.* Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков… С. 277–280.
[1304] *Бондарук В.О.* Розвиток юридичної науки і освіти в Замойській академії (1594–1784 рр.)… С. 146, 149–150.
[1305] *Полдников Д.Ю.* Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков… С. 286–289, 299.
[1306] Там само. С. 291–296.

діяльністю імперського суду — Рейхскаммергеріхту. Зважаючи на складну й багаторівневу структуру державності Священої Римської імперії німецької нації, юристам довелося вирішити, як «оперувати з політичними відносинами за допомогою юридичних категорій». Адже ні вчення про політику і державу, ні природне право не могли визначити точно питання правомірності конкретних дій у публічній сфері[1307].

На нашу думку, Імперія після Вестфальського договору 1648 р. вже не могла претендувати на особливу роль «містичного тіла», політичне вираження собору християн, а остаточно стала сприйматися як лише одна з багатьох держав, і відповідно мала замість майже позаісторичної та вселюдської ідентичності шукати нову — історичну та географічно локалізовану. Відповідно камеральні юристи при вирішенні публічно-правових спорів мали віднайти нову точку опори. Нею стала історія Імперії, до того ж германської, а не римської.

Відповідно пошуки юристів зосередилися навколо германської політичної історії та власне германських історичних джерел права, що мали стати зразком для визначення правомірних державних інститутів. Як зазначав Тарановський, «шляхом історичного відшукання чинної норми публіцисти доходили уявлення про історичне наростання публічноправових інститутів»[1308]. Багато в чому піонером такої розробки у середині XVII ст. став уже згаданий Г. Конрінг. Він чітко розрізняв, з одного боку, теоретичне вчення про політику і державу, а з іншого — історико-політичне вивчення германської держави, яке для нього виступало як «державна мудрість»[1309].

Однією з перших спеціалізованих систематизацій такої «державної мудрості» стала праця Ф.Л. Зекендорфа (пізніше став професором Університету Галле) «Німецька князівська держава» (1655 р.). Книгу було присвячено насамперед практиці державного управління, але вона охоплює також питання публічного права та економіки германських держав, які автор визначає як територіальні. Зекендорф стверджував необхідність при вирішенні державних справ спиратися насамперед на усталену практику кожної держави, сформовану історично[1310].

Його послідовник, професор Університету Галле І.П. фон Людевіг, збирач і видавець багатьох пам'яток германського права, автор концептуальних праць з історії права (в тому числі «Германський принцепс від каролінгів до Конрада І. Королівство східних франків» 1710 р. та ін.), продовжив справу Зекендорфа і систематизував публічне право Імперії у низці праць: «Германський принцепс» (1702 р.), «Особливості публічного права Германської імперії» (1730 р.), «Формула Бранденбурзького герцогства» (1705 р.), «Формула Тюрінзького герцогства» (1743 р.) та ін.

[1307] *Тарановский Ф.В.* Юридический метод в государственной науке… С. 147.
[1308] Там само. С. 197.
[1309] Там само. С. 221.
[1310] Там само. С. 222–223.

У праці 1730 р. він зазначав, що джерелом творення та пізнання публічного права країни є усталена звичаєва практика, воно розвивається еволюційно та органічно на основі національних традицій[1311].

Вражаючими за обсягом стали збірка документів, опублікованих німецьким ученим І.І. Мозером «Німецьке державне право» (1739–1747 рр., 53 томи), та його праця «Сучасне німецьке державне право» (1766–1782 рр., 24 томи). Мозер у 1749–1751 рр. став засновником і ректором Академії державних і канцелярських наук у м. Ганау, метою якої було підвищення кваліфікації у сфері державного управління і державної служби тих, хто вже мав університетську юридичну освіту[1312].

Традиції школи історичної публічно-правової догматики з Університету Галлє у першій чверті XVIII ст. були перенесені до Геттінгенського університету І.І. Шмаусом, який послідовно відстоював встановлення значення норм публічного права на основі їх історичного тлумачення. А під впливом заснування Академії Мозера Й.С. Пюттер у Геттінгенському університеті у 1749 р. відкрив курс державної практики та видав відповідний підручник. Значна увага у цій навчальній дисципліні приділялася саме державному праву[1313]. Як зазначав Тарановський, Пюттер чітко виділяв догматику публічного права серед інших державознавчих та правових наук, а згодом присвятив їй спеціальні підручники[1314]. А у 1750 р. питання щодо наближення університетської освіти до потреб державної практики, в тому числі викладання державного права, стало предметом загального обговорення в Імперії[1315].

Предметні межі науки національного позитивного державного права для німецьких камералістів та університетських шкіл, насамперед у Галлє та Геттінгені, у XVII–XVIII ст. став так званий *punctum iuris,* тобто послідовне виділення лише тих публічних відносин, що мають правовий характер. Метод же нової науки — інституційний — був недвозначно запозичений з приватного права[1316].

Відзначимо також праці з державного права українських учених, пов'язаних із Замойською академією: докторську дисертацію І. Ремішевського «Судові пропозиції, взяті з державного права (1779 р.), курс лекцій В. Жлоби «Загальне право» (60–70-ті рр. XVIII ст.); значну увагу державному праву приділено у праці Д. Ніко і В. Шченського «Судові узагальнення, взяті з канонічного та цивільного права» та ін.[1317]

[1311] Там само. С. 200–201.
[1312] Там само. С. 258–265.
[1313] Там само. С. 205–206, 275.
[1314] Там само. С. 158, 171.
[1315] Там само. С. 275.
[1316] Там само. С. 158–160, 170–171, 178, 191, 279.
[1317] *Бондарук В.О.* Розвиток юридичної науки і освіти в Замойській академії (1594–1784 рр.)... С. 144–145, 152–153.

В. Жлоба поділяє національне право на публічне та приватне за критерієм користі — держави чи приватних осіб[1318].

Отже, асиміляція транснаціонального приватного права і позитивація публічного права поступово матеріалізували ідею національного права як чогось єдиного і окремого, об'єднаного соціальним окремим — нацією.

Ухвалення конституційних актів Англії та Британії у XVII–XVIII ст., у Франції, США, Польщі у 80–90-х роках XVIII ст. стало принципово важливим явищем — у нормативній формі було закріплено концепт національного права як суспільної волі й суто світського і позитивного феномена, становлення публічного права як власне права, статус і роль держави як основної суспільної та правотворчої інституції, закладено ієрархію джерел права як основу функціонування та розуміння національного права як системи. Ж. Мере щодо зв'язку між появою перших конституцій та ідеєю соціального права стверджував: «Конститційний принцип передбачає представництво, тобто конституція вже сама по собі повертає принцип закону до його первісних витоків — народу або нації. …можливість (право) приймати закони належить специфічній суспільній величині, так що можливість (право) їх запроваджувати у життя залежить теж від специфічної суспільної величини, і нарешті можливість (право) судити про їх дотримання теж належить певній суспільній величині»[1319].

Наприклад, у «Акті про облаштування» (Англія, 1701 р.) вказувалося, що все позитивне право походить від конкретного народу та виражає його волю, і лише на основі цього права монарх зобов'язаний керувати країною[1320]. В одному з декретів Національних зборів Франції, що скасував окремий правовий статус різних частин країни, проголошувалося: «Національна конституція і суспільна свобода більш вигідні для провінцій, ніж привілеї, якими деякі з них користувалися і пожертвувати якими необхідно для тісного єднання всіх частин держави»[1321]. Як відзначають дослідники, французька концепція нації, відображена у законодавстві та державній політиці епохи Великої революції, була, з одного боку, вольовою і державоцентричною (ідеї демократії, громадянства, суверенітету), а з іншого — етнокультурною, спрямованою на уніфікацію мови, віросповідання та ін.[1322]

[1318] Там само. С. 151–153.

[1319] *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 50.

[1320] *Акт* об устроении // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 41.

[1321] *Бовыкин Д.Ю.* Идея нации во Франции в эпоху от Революции до Второй Империи // Национальная идея в Западной Европе в овое время. Очерки истории / Отв. ред. В.С. Бондарчук. Москва: Зерцало-М; Вече, 2005. С. 161.

[1322] Див. напр.: Там само. С. 165–179.

У Декларації прав людини і громадянина 1789 р. населення Франції визначалося як «всі члени суспільного союзу», держава проголошувалася політичним союзом, а її мета визначалася як забезпечення прав людини. Природне право в документі розуміється як суб'єктивне право людини, а позитивне право — як колективна воля народу щодо об'єктивації таких суб'єктивних прав. Саме тому позитивне право стає легітимним і обов'язковим для всіх, за формою — державним, а за сутністю — соціальним, невід'ємним від суспільства. Документ проголошує безумовну соціальність публічного права — через обов'язкову вимогу виборності, соціальності правотворчого органу, підзвітність виконавчої влади суспільству[1323].

А в Конституції Франції 1791 р. ця ідея соціальності права остаточно поєдналася з ідеєю нації — через поняття національного суверенітету, однакового права для всіх громадян. Формування ідеї соціальності публічного права знайшло своє завершення у двох формулах: «Нація є єдиним джерелом усіх властей» і «Нема влади, що стоїть над законом»[1324].

Французькі конституційні акти 1793 р. ці положення уточнили. Декларація прав людини і громадянина 1793 р. визначила право як захист суспільної та індивідуальної свободи, владу — як тимчасово покладений на людину обов'язок, а конституцію — як живий суспільний договір, який народ завжди має право переглянути з метою реалізації своїх волі та інтересів[1325]. Конституція Франції 1793 р. уточнила поняття нації, встановивши його сутність — громадянство: «Суверенний народ є сукупність усіх французьких громадян»[1326]. Таке бачення, отже, поширювало націю практично на все населення, при цьому враховуючи ідеї волі та території.

Поряд із кристалізацією розуміння національного права як соціального окремого відбувалося формування *ідеї про загальне соціальне у праві*, що привело до формування науки міжнародного права. Як стверджував В. Грабар, догматика міжнародного права, як і державного, виросла з римського права[1327]; ідеї ж міжнародного права посту-

---

[1323] *Декларация* прав человека и гражданина 1789 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 86–88.

[1324] *Конституция* Франции 1791 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 97, 99, 103.

[1325] *Декларация* прав человека и гражданина 1793 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 118–120.

[1326] *Конституция* Франции 1793 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 120.

[1327] *Грабарь В.Э.* Элементы международного права в трудах легистов XII–XIV вв. Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1901. С. 236. Цит. за: *Мережко А.А.* История международно-правовых учений. Киев: Таксон, 2006. С. 80.

пово виокремлювалися з християнської етики і теорії природного права.

Судячи з докладного аналізу середньовічних учень про міжнародне право О.О. Мережка[1328], соціальний та позитивний елемент у них був розвинений слабо, їх можна розглядати насамперед як етичні вчення, передісторію міжнародно-правової думки. Цю думку безпосередньо наголошує А.І. Дмитрієв, визначаючи сферу права в Європі до початку XVI ст. як «монополярний європейський християнський правопорядок»: «За ідеологією архітекторів Священної Римської імперії Імператор — це надмонарх, що підноситься над будь-яким монархом, як Бог над королем; це суддя між монархами, захисник основ світового порядку»[1329].

Політичний світ розглядався як сфера насамперед ієрархічно, вертикально побудованих зв'язків. Простір горизонтальних зв'язків існував, але як окремий випадок і невід'ємний елемент загальної ієрархії. Суб'єктами таких зв'язків виступали окремі особи, а предметом — насамперед їх сімейне право та право власності на території. Таке вертикальне наказове регулювання, засноване на приватноправових засадах, можна визнати скоріше передісторією міжнародного права.

До того ж така ієрархія була елементом загальноєвропейської теократії — верховенства римокатолицької церкви і особисто Папи римського — до певної міри реальної, до певної міри — формальної, але закріпленої юридично і підкріпленої суттєвим впливом церковних структур. У «Диктаті Папи Григорія VII» (1075 р.) прямо вказувалося, що Папа римський може скидати імператорів і звільняти підданих від присяги світським правителям[1330]. «Декрет Граціана про узгодження неузгоджених канонів» (XII ст.) проголошував законним лише те світське право, що «відповідає релігії, дисципліні, сприяє спасінню», а єдиним і непогрішним тлумачем релігійних заповідей — Церкву і безпосередньо Папу: «Імператорський закон не вищий закону Божого, а підкорений йому»[1331].

Попри поступову фактичну суверенізацію Франції, Англії та самої Священної Римської імперії від папського престолу авторитет Церкви та імператора, ієрархічна політична єдність Європи сприймалися як безсумнівні. Зокрема, згідно із «Золотою буллою» (1355–1365 рр.) обраний курфюрстами правитель є лише «римським королем», а після освя-

[1328] *Мережко А.А.* История международно-правовых учений… С. 72–98.
[1329] *Дмитрієв А.І.* Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право: Монографія. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. С. 34, 23–24.
[1330] *Диктат* Папы Григория VII // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. Москва: НОРМА, 2003. С. 721–722.
[1331] *Декрет* Грациана о согласовании несогласных канонов // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. Москва: НОРМА, 2003. С. 723, 727.

чення Папою стає імператором — «тимчасовим головою світу чи християнського народу»; там само проголошується нерівність держав, їх ієрархія залежно від спадкового титулу правителя[1332].

Безпосередньо історію сучасної міжнародно-правової думки, вірогідно, слід починати з Реформації, що поставила під сумнів ієрархічність будови соціального світу та його підкорення метафізичним принципам, незалежним від людської волі. Зокрема, у середині XVI ст. Ж. Кальвін одним з перших запропонував ідею створення всесвітньої конфедерації на основі волі людей та держав, а його учень Т. де Безу та Ф. Дюплессі-Морне — ідею суб'єктності народів у міжнародному праві, їх солідарності з метою досягнення спільних раціональних цілей[1333]. Міжнародне право, отже, починає розглядатися як соціальна та позитивно-правова сфера — сфера існування суб'єктивних прав соціальних спільнот, що може взаємодіяти з правом останніх не лише вертикально, а й горизонтально.

Юридична відповідь на релігійні війни, що у зв'язку з реформаційним рухом виникли в Священній Римській імперії, Аугсбурзький мир 1555–1556 рр., мала непослідовний і тимчасовий характер[1334] («до остаточного відновлення релігійної єдності», ст. 25). Звичайно, саме по собі це рішення не заперечувало згаданої монополярності та ієрархічності західнохристиянського світу й не проголосило релігійного плюралізму. Але католицька церква втрачала юрисдикцію щодо населення тих автономних напівдержав у складі Священної Римської імперії, які прийняли лютеранство (ст. 20), фіксувалася відмова від насильницького відновлення конфесійної єдності «християнського світу» (ст. 15, 23, 25), визнавалося підпорядкування церкви світській владі в лютеранських напівдержавах, право правителів цих утворень на визначення конфесійної належності населення (ст. 15)[1335].

Характерно, що папські юристи проголосили: імператор не має права затверджувати цей документ, що є несумісним з канонічним правом,

---

[1332] Золотая булла // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. Москва: НОРМА, 2003. С. 676–678.

[1333] *Мережко А.А.* История международно-правовых учений… С. 99–100.

[1334] «Лише з погляду історичної ретроспективи, якою ми можемо тепер скористатися, стає очевидним те, що Аугсбурзький релігійний мир не став лише проміжною станцією, а виявився кінцем шляху, і те, що він конституційно-правовими гарантіями легітимності біконфесійної системи закріпив «неуспіх лютеранської реформації», яка хотіла «очищення» однієї церкви, а не її розколу. Усе це навряд чи могли собі уявити сучасники тих далеких подій». Див.: *Дмитрієв А.І.* Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право… С. 40.

[1335] При аналізі ми спиралися на публікації різних фрагментів документу: *Resolution* of the Imperial Diet of Augsburg, 1555 [Електронний ресурс] // Сайт "History Today". Режим доступу: http://www.historytoday.com/richard-cavendish/diet-augsburg; *The Religious* Peace of Augsburg [Електронний ресурс] // Сайт "German History Documents". Режим доступу: http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=4386; *Аугсбургский* религиозный мир… С. 716–718.

ставить під сумнів єдність Церкви, адже влада імператора походить від неї й має бути спрямована на її захист від ворогів[1336]. Аугсбурзький мир об'єктивно сприяв дистанціюванню імператорської влади від папства, її десакралізації, ставив під сумнів ідею всезагальної церковно-політичної ієрархії у західнохристиянському світі, ослабив вплив на сферу міждержавних відносин.

Іспанський мислитель Ф. де Віторіа у «Лекціях про індіанців та право війни» у середині XVI ст. сформулював принцип рівності держав у міжнародному праві, зокрема незалежно від їх титульної конфесійності. Згідно з його вченням право має визначати державу як одиницю не лише зсередини, а й зовні, у контексті світового співтовариства. При цьому державу Віторіа розглядав не як іманентну чи органічну, а як штучну — конструкцію, створену волею групи людей. Взаємопов'язаність держав у міжнародному співтоваристві та міжнародному праві, на думку Віторіа, є одночасно і природною, і раціонально обумовленою, а також закріпленою суспільним договором (очевидно, неписаним, консенсуальним) і приводить до взаємозалежності, а отже, взаємного обмеження суверенітету з метою забезпечення суспільного блага в межах всього людства[1337].

Отже, міжнародне право не лише можливе, а й необхідне, а також подібне за характером до внутрішнього соціального права. Більше того, з точки зору волевстановленості та соціальності, міжнародне співтовариство може стати не менш реальною одиницею, ніж держава. Воно здобуває подвійну соціальну легітимність і як воля людства, і як воля держав.

Іспанський мислитель Ф. Суарез на початку XVII ст. розвинув ці ідеї, обгрунтувавши міжнародно-правове бачення держави, її природних та позитивних прав і прерогатив. Водночас він чітко відокремив сучасне *jus gentium* як від природного права, так і від класичного римського та сучасного внутрішньодержавного права. Суарез зазначав, що міжнародне право є єдиною правовою системою, що поступово формується і трансформується насамперед на основі звичаю, «звичайної поведінки народів», а також їх згоди[1338]. Таким чином, було більш виразно визначено ідентичність міжнародного права як власне права і як окремого типу соціального права.

Замість сфери конфлікту і колізій міжнародне право починає розглядатися як сфера соціальних зв'язків, союзів і об'єднань, зокрема у працях Ф. де Віторіа, Ф. Суареза, а також І. Альтузія та Генонія — наприкінці XVI — на початку XVII ст.[1339] Основою для такого розгляду стає

[1336] *Дмитрієв А.І.* Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право… С. 40–41.
[1337] *Мережко А.А.* История международно-правовых учений… С. 177–180.
[1338] Там само. С. 182–184.
[1339] Там само. С. 100, 179.

прикладення та адаптація до міжнародно-правової сфери розробленої приватним правом догматики договірного права.

Ці ж ідеї розвивав італійський вчений, кальвініст А. Джентілі, який у праці «Три книги про право війни» (1598 р.) стверджував договірний характер міжнародного права, але при цьому обгрунтовував особливий характер публічно-правових договорів, що зберігають свою чинність і після смерті монархів, які їх уклали, і поза волею однієї із сторін, що прагне їх розірвати[1340]. Це відображало нове інституціоналізоване й соціальне бачення держави як суб'єкта міжнародного права і відтак підкреслювало також соціальність останнього. Водночас це означало постулювання самостійного характеру міжнародно-правової догматики — поза тим, що вона була генетично і концептуально пов'язана з римським правом.

Певним чином як конкретизація ідей Кальвіна можуть розглядатися думки французького мислителя Е. Крюссе, який у праці «Новий кіней» (1623 р.) запропонував бачення міжнародного права як нормативної та інституційної системи, побудованої на принципах поєднання горизонтальної і вертикальної взаємодії — з третейським вирішенням спорів та наднаціональними обов'язковими рішеннями міждержавних конгресів[1341]. Ці думки розвинуті у так званому Великому плані герцога Сюллі в першій половині XVII ст., що передбачав створення наднаціональної організації європейських країн, заснованої на принципах договірного права, рівності держав та демократичного ухвалення рішень[1342].

Кальвініст Г. Гроцій у своїй праці «Про право війни і миру» (1626 р.) продемонстрував відхід від бачення міжнародного права як такого, що потребує і обов'язково тяжіє до створення якоїсь міжнародної квазідержавної структури, недвозначно ствердивши принцип рівності та суверенності держав. Натомість він пропонував обмежитися запровадженням постійного міжнародного третейського суду. Гроцій вперше систематизував доктрину міжнародного права, охопивши ним усю сферу міжнародних відносин, і виклав її в єдиній праці[1343].

У іншій своїй праці Гроцій виокремлював *jus gentium і jus civile* як два типи позитивного права, з яких перше відповідає «великому співтовариству людства» в цілому, а існування другого зумовлене неможливістю об'єднання всіх людей в одній державі. При цьому міжнародне право зберігає свій соціальний характер, адже приймається державами для підтримки цього «великого співтовариства»[1344].

Т. Гоббс вважав ідею природного стану та переходу до стану громадянського фактично універсальною, застосовною як для відносин у

[1340] Там само. С. 186–187.
[1341] Там само. С. 101.
[1342] Там само. С. 101–102.
[1343] Там само. С. 287–289.
[1344] *Гроций Г.* Введение в голландскую юриспруденцию... С. 38.

межах певної локалізованої сукупності людей, що згодом засновують державу як правопорядок, так і для міждержавних відносин, що теж потребують свого правопорядку. Таким чином, мислитель фактично вказував на соціальність як спільну рису внутрішньодержавного та міжнародного права.

Щоправда, міжнародне право частиною мислителів XVI–XVII ст. розглядалося насамперед як сфера природного, а не позитивного права. Але ще Ф. Суарез на початку XVII ст. стверджував його дуалізм — одночасно і як природного, і як позитивного права, а фактично доводив його позитивний характер[1345].

Наступним принципово важливим етапом у розвитку міжнародно-правової думки, позитивізації та соціалізації міжнародного права стало укладення Вестфальських договорів 1648 р., які А.І. Дмитрієв та інші дослідники називають «першою історичною спробою формування міжнародного правопорядку»[1346]. Оцінки цього комплексу договорів відрізняються. Так, А.І. Дмитрієв вважає, що основним принципом європейського порядку відтепер ставав «суверенітет як всеосяжна зовнішня і внутрішня незалежність держав та їх самовизначення», що сторони договорів 1648 р. виступили як юридично рівні[1347]. Водночас він зазначає, що Священна Римська імперія за цими договорами зберегла відносну єдність як держава, не перетворилася на міждержавне об'єднання, що Вестфальські договори мали насамперед конституційний характер[1348]. А Б. Тешке наголошує на тому, що правопорядок, встановлений Вестфальськими договорами, не був міжнародним і публічно-правовим, адже засновувався на династичному та патрімоніальному принципах[1349].

Проте сутнісна подібність різних оцінок набагато важливіша, ніж їх розбіжності. Аналіз договорів[1350] та наукових досліджень вказує, зокрема, на остаточну десакралізацію влади імператора та відмову від всесвітнього характеру Священної Римської імперії, імпліцитне визнання світської легітимності держав[1351]. Усі християнські піддані імператора отримали духовну автономію, не йшлося про відновлення єдності християнства чи насильницьке насадження тієї чи іншої конфесії в межах кожної з держав[1352].

[1345] Там само. С. 181–182, 184.
[1346] *Дмитрієв А.І.* Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право… С. 68.
[1347] Там само. С. 264, 268.
[1348] Там само. С. 136–138.
[1349] *Тешке Б.* Миф о 1648 годе: класс, геополитика и создание современных международных отношений. Москва: Изд. дом Государственного ун-та–Высшей школы экономики, 2011. С. 313, 315, 344, 351–354.
[1350] Їх переклад (з певними скороченнями) опублікований у: *Дмитрієв А.І.* Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право… С. 310–412.
[1351] Щодо останнього див. напр.: *Зонова Т.В.* Вестфальская система // Вестник МГИМО–Университета. 2008. № 1. С. 78–80.
[1352] *Дмитрієв А.І.* Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право… С. 37, 43.

Звичайно, твердження щодо рівності всіх сторін Вестфальських договорів перебільшене. Зокрема, не могло бути й мови щодо рівності між Імперією та її складовими. Ані це, ані суверенітет цих частин ніде в тексті договорів прямо не проголошується й імпліцитно не передбачається.

Водночас за рамками аналізу дослідників залишається те, що сам по собі факт укладення договору Імперії та її складових частин із Швецією (лютеранська держава) та Францією вже означає відмову від всесвітньої ієрархії, встановлює рівність принаймні цих держав, а посередньо — також деяких інших.

Окрім того, закріплений у цих договорах, а також Мюнстерському договорі між Іспанією і Нідерландами 1648 р. суверенітет Швейцарії та Нідерландів означав також рівність цих держав з Імперією, Швецією та Францією. Отже, йдеться не про проголошення загальних принципів рівності та суверенітету держав, а про визначене коло таких держав. Формувався простір горизонтальної міждержавної взаємодії. Це, звичайно, могло розглядатися іншими політичними суб'єктами як прецедент та приклад.

Учені погоджуються з тим, що Вестфальські договори закріпили патрімоніальний тип держав, заснований на династичному та приватно-правовому принципах[1353]. У зв'язку з цим слушним вважаємо також зауваження, що сторони договору визнали не новітній народний, а монархічний («абсолютистський») суверенітет один одного[1354]. Але, по-перше, йшлося якраз про припинення династичного перерозподілу володінь, визнання неподільності політичних суб'єктів та спадкову монархію. І визнання цих принципів саме по собі є принципово важливим для трансформації Імперії. По-друге, було фактично визнано незалежність, суверенітет Швейцарії та Нідерландів — країн, що мали договірне походження і аж ніяк не можуть вважатися патрімоніальними, натомість були соціальними і територіальними. По-третє, наявність такої сторони договорів, як імперські стани (тексти договорів чітко дають зрозуміти, що йшлося не лише про курфюрстів та князів, а й про дворянство та вільне міщанство), хоча й нерівноправної, свідчить про соціалізацію понять держави і права загалом та міждержавного правопорядку зокрема. Отже, значні соціальні групи як представники певних політичних утворень до певної міри були визнані суб'єктами міждержавного права.

Звичайно, йшлося про стани в межах Імперії, й положення щодо них можуть розглядатися насамперед як конституційні, із зовнішньою

[1353] *История* международного права / Под ред. А.И. Дмитриева, У.Э. Батлера. Изд. 2-е, доп. и перераб. Одесса: Фенікс, 2013. С. 194; *Тешке Б.* Миф о 1648 годе: класс, геополитика и создание современных международных отношений… С. 313, 344.

[1354] *Тешке Б.* Миф о 1648 годе: класс, геополитика и создание современных международных отношений… С. 353–354.

гарантією рівноправних сторін договорів — Швеції та Франції. Але навіть у такому сенсі ці стани при укладенні договорів виступили принаймні як об'єкти міжнародного права[1355]. І в будь-якому разі згідно з Вестфальськими договорами вони свою обмежену міждержавну суб'єктність здобувають: «Окремі стани особливо повинні мати право укладати союзи між собою або з іноземними /суб'єктами/ для свого збереження і безпеки, одначе так, аби ці союзи не були спрямовані проти Імператора, імперії та їхнього миру…»[1356].

Отже, Вестфальські договори 1648 р. стали принципово важливим кроком на шляху формування і реалізації ідеї держави як соціального окремого в праві, а також горизонтальної взаємодії таких соціальних окремих, що поступово перетворювало право міждержавних відносин на власне міжнародне.

Саме із зародженням сучасного міжнародного права вчені пов'язують і масове створення кафедр міжнародного права у західноєвропейських університетах у другій половині XVII–XVIII ст.[1357] А німецький мислитель С. Рахель у праці «Дисертація про право природи і народів» (1676 р.) одним з перших проголосив, що міжнародне право як особливий тип правової системи є предметом відповідної самостійної юридичної науки[1358].

Лейбніц, який зібрав і видав «Зведення постанов міжнародного права» (1693 р.) — один з перших опублікованих збірників міжнародно-правових актів у світі, наголосив на позитивному характері цієї сфери правовідносин, фактично виділивши в його межах міжнародне договірне і міжнародне звичаєве право[1359]. У дискусії з С. Пуфендорфом щодо можливості позитивного права за відсутності міжнародної влади Лейбніц висунув ідею соціальних союзів, що мають право на власну правотворчість і поступово розширюються — від сім'ї до держави й міжнародних союзів[1360]. Таким чином, Лейбніц легітимізував міжнародне право як договірне й соціальне. Пізніше таку ж думку поділяв і Монтескьє.

Німецький мислитель Х. Вольф у своїх працях 1749–1750 рр. прямо переніс ідеї про природний і громадянський стан та про суспільний договір на сферу міжнародного права[1361]. Відповідно він визначив дві епохи і два типи міжнародного права, а також обгрунтував його сучас-

[1355] «…всіх курфюрстів, князів і станів Римської імперії старі права, переваги, вольності і привілеї повинні безперешкодно здійснюватися територіальним верховенством у духовних і мирських справах, у владних повноваженнях і регаліях». Див.: *Дмитрієв А.І.* Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право… С. 127.
[1356] Там само. С. 127.
[1357] *История* международного права… С. 204.
[1358] *Мережко А.А.* История международно-правовых учений… С. 233.
[1359] Такий поділ зустрічався вже раніше, наприклад, у працях англійського юриста А. Зьоча в 1650 р. і німецького мислителя С. Рахеля в 1676 р. Див.: Там само. С. 232–233.
[1360] Там само. С. 115–116.
[1361] Там само. С. 294.

ний договірний і позитивний характер. Також у працях Вольфа було розвинено ідею про те, що для творення права суспільство не обов'язково має бути одержавленим[1362]. А тому правотворчість міжнародного співтовариства як своєрідного суспільства є можливою і необхідною. Подібні ідеї висловлювалися й у праці швейцарського мислителя Ж.-Ж. Бурламаки «Принципи природного права» (1748 р.)[1363].

А швейцарський мислитель Е. де Ваттель у праці «Право народів…» (1758 р.) прямо порівнював відносини громадянина і держави-нації та відносини держави-нації і міжнародного співтовариства, виявляючи їх принципову подібність з юридичної точки зору, встановлюючи універсальність принципу людського спілкування, соціального об'єднання на основі доброї волі та договору[1364].

Додамо, що український, польський і литовський юрист І.Б. Стршемень-Стройновський у своїй праці «Наука права природного, політичного, політичної економії та права народів» (1785 р.) наголошував на існуванні природного міжнародного співтовариства, незважаючи на відокремленість народів, та на тому, що кожному міжнародному договору передує загальна згода людей, з чого випливає, що «які є природні потреби і обов'язки між однією та іншою людиною, такі самі мають бути між одним та іншим народами, тобто між одним та іншим людськими суспільствами»[1365].

Отже, у XVI–XVIII ст. відбулося формування доктрини та науки міжнародного права. Протягом цього часу усталилася думка щодо міжнародного права як соціального і позитивного, його характеру як самостійної правової системи, хоча й взаємопов'язаної з національним та інтерсуб'єктним правом. Більше того, міжнародне право до певної міри стало сприйматися як соціальне загальне, що співвідноситься із соціальним окремим (національне право) та інтерсуб'єктним правом і взаємодіє з ними — як вертикально, так і горизонтально.

Висновки до п'ятого розділу

У контексті нашої проблематики найважливішим досягненням західноєвропейських мислителів першої половини XVI ст. стало постулювання на основі здобутків гуманістичної етики нової сфери буття автономного індивіда — соціальної. Зокрема, вони запропонували ідею світського покликання людини, проголосили автономію соціальної діяльності та відокремили сферу світської зовнішньої етики (стосунків між людьми) від релігійної внутрішньої етики (стосунки людини з Богом).

[1362] Там само. С. 296.
[1363] Там само. С. 298.
[1364] Там само. С. 290–291.
[1365] *Стршемень-Стройновский И.* Наука права природного, политического, государственного хозяйства и права народов. Санкт-Петербург: в Медицинской типографии, 1809. С. 3–4.

Результатом їх зусиль стали усвідомлення неможливості безпосереднього прикладення християнського вчення до соціальних відносин та відповідно іманентності автономії останніх, емансипація індивідуалістичної поведінки людини та її світських інтересів, пошук соціальних рамок для їх реалізації — у державі, громаді, народі.

Мислителі часів поширення реформаційних рухів й Наукової революції у Європі XVI ст. перетворили ідею окремої соціальної сфери буття людини на самостійну соціальну філософію — на противагу традиційній теософії та за аналогією з новою філософією природи. Вони віднайшли форму реалізації соціального буття в соціальній інтеграції, вершиною якої стало територіальне і громадянське суспільство. При цьому інструментом такої інтеграції стало право, що з божественного та природного перетворювалося на соціальне — творіння людей для забезпечення їх інтересів у функціональних і територіальних співтовариствах.

Держава у творах цих мислителів виступає як лише одна з форм інституціоналізації такої соціальної інтеграції (хоча й принципово важлива), конституйована і підпорядкована суспільству за допомогою права як нормативного вираження колективної волі. Відповідно з'являється й ідея соціального права держави (суспільного договору як прообразу і конституїтивного елемента національної правової системи), спрямованого на узгодження, забезпечення та захист інтересів громадянського суспільства.

Локалізація громадянських суспільств у часі та просторі приводить мислителів до ідеї соціального та правового плюралізму в світі — як вираження ідеї природності реалізації колективних інтересів і волі членів конкретного суспільства, самодостатності, рівності та суверенності створених такою волею політичних інститутів.

Мислителі часів Контрреформації та посилення абсолютистських режимів у Європі цілеспрямовано розвивали політичні елементи соціальної філософії, створивши з них самостійну філософію держави. Сподівання на реалізацію інтересів людини в суспільстві в умовах релігійних воєн та інших конфліктів змінилося наголосом на унікальності соціальної ролі держави. Найбільшим здобутком європейських мислителів цього часу, в контексті нашого дослідження, безумовно, є докладно розроблена теорія суспільного договору як основи соціальної держави, що стала також основою формування нових теоретичних засад держави і права.

Поряд із цим з'явилася ідея відносної автономності держави від суспільства та її права на примус. Ідея такого права може вважатися вираженням необхідності забезпечення тотальності колективної волі й одночасного визнання неможливості повністю медіативного, нетрансцендентного узгодження індивідуальних інтересів.

Держава не перестає бути соціальною, але вона ослабляє безпосередній зв'язок із суспільством і стає автономним від нього явищем, сама перетворюється на індивідуальне явище, більш виразне і локалізоване соціальне окреме. Вона також значною мірою поглинає ідею функціональних людських співтовариств, має своїм контрагентом лише суспільство в цілому. Суспільство втрачає свою самоцінність і більшою чи меншою мірою зливається з державою.

Така ідея тотальності держави стала новим етапом розвитку соціальних філософії і теорії, виявом їх трансформації у соціально-політичні та соціально-правові. Увиразнилася юридизація соціальних учень: суспільство стало державоцентричним і правовим, суб'єктивне колективне право було об'єктивоване й ексклюзивно втілилося у праві держави.

Цей комплекс ідей у XVII ст. було до певної міри поставлено під сумнів, у тому числі через трансляцію підходів точних наук і спекулятивну раціоналістичну філософію. На нашу думку, свою роль у цьому відіграли й революція і реставрація в Англії та їх осмислення. Суто вольове утворення держави за умови підриву самостійного характеру вчення про суспільство робило її нестабільним феноменом, предметом змагань індивідуальних воль правителів та підданих.

Політико-правова думка шукала новий соціальний суб'єкт, що мав надати легітимності та органічності державі та праву, пояснити їх невипадковість та надати їм стабільної перспективи розвитку. Ним стала нація, що мала історичний, органічний і водночас соціально-вольовий характер. Ідея нації була здатна обгрунтувати внутрішню неподільність держав і посилення їх зовнішнього суверенітету.

Ключовими елементами концепту нації стали її саморозвиток, колективні раціональність і воля. Концепт нації за своєю сутністю став ще більш соціально тотальним, ніж ідея суспільства, практично «знімав» у собі індивідуальну волю через ідею загальної суспільної свідомості / національного духу, безумовно передбачав і охоплював національні державу та право, певною мірою націоналізував навіть релігію та етику.

Інституційна структура та право держави одночасно і отримували нову легітимність, і підпорядковувалися ідеї національного правопорядку як вияву національного духу. Об'єктивне право відновило свій зв'язок із суб'єктивним, підпорядкувавшись останньому. При внутрішній тотальності концепт національного права був зовнішньо плюралістичним, поділяючи світ на формально рівні у своїй індивідуальності та переважно локалізовані в межах держав національні правопорядки.

Розвиток філософських і теоретичних засад соціально-правової думки в Європі був пов'язаний з розвитком доктрини основних галузей права. Одним із найважливіших напрямів трансформації у XVI — на початку XIX ст. закономірно стала її соціалізація.

З одного боку, відбувалася поступова асиміляція римського приватного права. Транснаціональний масив римського права як *ratio scripta* і значною мірою пов'язана з ним природно-правова доктрина поступово соціалізувалися і водночас позитивувалися.

При цьому римське право поєднувалося із звичаєвим правом окремих країн. Водночас воно ставало постійним ідентифікатором і компаратором для звичаєвого права — інструментом виокремлення, модернізації та концептуалізації останнього. У цій праці ми не розглядали трансформацію канонічного права, але загалом можемо стверджувати, що вона відбувалася у такому ж напрямі в контексті виокремлення римських джерел канонічного права, опозиції та порівняння канонів католицької й протестантських церков.

Разом асимільоване римське право і модернізоване звичаєве право у діалектичному зв'язку взаємодоповнення і опозиції поступово формували національні доктрини приватного права і сам нормативно-інституційний масив національного приватного права країн Європи.

З іншого боку, доктрина публічного права, що формувалася в цей час, від початку була засадничо соціальною. По-перше, її основою стало заперечення теософської ієрархічності потестарних відносин на основі визнання їх соціально-вольового характеру.

По-друге, це було пов'язано із заміною релігійної етики світською з одночасною юридизацією останньої. Не маючи власної нормативно-інституційної та догматичної традиції, публічне право формувалося і концептуалізувалося на основі інтерполяції теорії приватного права, зокрема права власності й договірного права. На основі розширеного розуміння контракту було сформульовано концепт суспільного договору як відкритого (оферта) пакту, що є консенсуальним, а приєднання до нього відбувається через прийняття громадянства (синтез ідеї громади як колективного власника з колективною відповідальністю та ідеї юридичної особи приватного права). На основі ідеї колективного захисту власників землі та іншої нерухомості розвиваються ідея соціально-політичної суб'єктності населення (у межах станів певної землі) та концепт територіальності суспільства і держави як сукупності приватних власників.

Ідеї соціальності влади і територіальності стали одними з основних для визначення ідентичності та правової сутності сучасних держави та національного права. Вони ж є підставою сутнісної рівності та суверенітету держав, локалізують держави, формуючи правову карту світу, уможливлюють та роблять необхідним їх *порівняльне пізнання*. Концепція соціальності політичної влади та права остаточно була стверджена європейськими конституційними актами XVII–XVIII ст. і покладена в основу конституційного права як вінця еволюції доктрини національного публічного права.

Формування сучасного міжнародного права та його доктрини також бере свій початок у XVI ст., коли європейськими мислителями та реформаторами церкви було поставлено під сумнів монополярність та ієрархічність християнського світу. Двома важливими виявами процесу формування міжнародно-правової доктрини як соціальної за своєю сутністю були ідеї міждержавності права замість наддержавності та власне його міжнародності.

Доктрина міжнародного публічного права багато в чому сформувалася на основі інтерполяції принципів та інститутів приватного права, а також їх інтерпретації та розвитку доктриною національного публічного права. Ключовим елементом тут, знов-таки, виступив концепт суспільного договору, поєднаний з презумпціями існування міжнародного співтовариства та соціального окремого (суспільства, нації, держави) як цілого, одиниці, що вступає в міжнародний суспільний договір.

Нова ідентичність міжнародного права передбачала визнання його як інструмента побудови не квазідержавного чи наддержавного світового порядку, а скоріше квазісуспільства, сфери міжнародних соціальних зв'язків, забезпечення і захисту інтересів членів такого міжнародного співтовариства. Міжнародне право виступило зовнішнім вираженням національності та соціальності права держав, ствердивши феномен соціального окремого в праві та плюральність правового розвитку світу.

Водночас його окрема ідентичність як сфери міжсоціальних зв'язків завершила і об'єднала соціальне бачення правової карти світу, зробила його універсальним, витворила категорію соціального загального в праві. Якщо Аугсбурзький договір у середині XVI ст. визнав хоча б вимушену й тимчасову неуніверсальність світової квазідержавної ієрархії, то Вестфальські договори у середині XVII ст. визнали суверенність і рівність принаймні частини європейських держав, визначених у тексті.

Підсумком трьохсотлітнього розвитку суспільної думки в Європі (XVI — кінець XVIII ст.) стало руйнування ідеї теоцентричного ієрархічного світу та утвердження нового, соціального світогляду — світського, горизонтального, плюралістичного і компаративістського за своєю сутністю, основними суб'єктами якого стали утворені на основі раціональної чи ірраціональної волі людей соціальні об'єднання — суспільства, нації, держави. Моністичний і тотальний світ поступово розпався на найдрібніші вольові монади — індивідів, які на його уламках сконструювали новий світ соціальних тотальностей, рівних і суверенних в силу наділення їх рівною і суверенною волею індивідів через суспільний договір (суспільство, держава) чи суспільну свідомість (нація).

Народився світ особливостей і відмінностей, що не міг бути пізнаний ані традиційною ідеалістичною чи раціоналістичною філософією, ані природно-правовою чи догматичною правовою думкою. Методології,

засновані на підходах теософії, філософії, природничих і технічних наук, виявилися недостатніми для пізнання цієї нової соціальної (в тому числі соціально-правової) реальності, що остаточно матеріалізувалася після Французької революції та наполеонівських воєн. І саме ця когнітивна криза привела до формування (докорінної трансформації) суспільних наук у цілому й утвердження нового правознавства як суспільної науки зокрема. Одним із конституїтивних елементів, що міг забезпечити її єдність в умовах банкрутства філософського монізму, мав стати компаративізм.

ЧАСТИНА ІІІ
ГЕНЕЗА ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД ПОРІВНЯННЯ В ЮРИДИЧНИХ НАУКАХ

Розділ 6
Ідея пізнання зарубіжного досвіду і порівняння в праві

6.1. Розвиток компаративного підходу в науках про людину

Ідея побудови наук про людину та живу природу на порівняльних засадах була реалізована у 70-х — 80-х роках XVII ст. з появою *порівняльної анатомії*, основи і назва якої були запропоновані англійським ученим Н. Грю[1366] та італійським — М. Мальпіги. Порівняльна анатомія розглядалася і як окрема дисципліна, і як єдино можлива основа для розвитку анатомії загалом, і як одна з підстав неметафізичної (але без заперечення Божественого походження) філософії природи (Н. Грю в 1672 р. опублікував працю «Ідея філософської історії рослин»). Важливо, що у працях Н. Грю людина була розглянута як одна з тварин, більше того, так би мовити, еталонна тварина, вінець тваринного світу, з яким порівнювалися інші тварини[1367]. Але, як зазначає Л. Магнер, попри те, що порівняльний підхід став революційним у розвитку анатомії та ботаніки, Н. Грю (вченому секретарю Королівського товариства у Лондоні), М. Мальпіги (згодом — особистому лікарю Папи Римського Інокентія XII) та кільком іншим біологам-компаративістам XVII ст. не вдалося започаткувати відповідні наукові школи та впровадити викладання своїх порівняльних дисциплін в університетах. Однією з причин цього була

[1366] *Grew N.* The comparative anatomy of trunks together with an account of their vegetation grounded thereupon; in two parts: the former read before the Royal Society, Feb. 25. 1674/5; the latter, June 17. 1675. The whole explicated by several figures in nineteen copper-plates; presented to the Royal Society in the years 1673. and 1674. London: printed by J.M. for Walter Kettilby at the sign of the Bishops Head in S. Paul's Church-yard, 1675.

[1367] *Magner L.N.* A History of the Life Sciences, Revised and Expanded. 3d ed. New York, Basel: Marcel Dekker, 2002. P. 145; *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 101.

потужна критика з боку теологів, філософів, природознавців щодо суперечності таких підходів християнському віровченню[1368].

Відродження порівняльної анатомії й фізіології відбулося наприкінці XVIII ст. Наприклад, у 1787 р. геттінгенський професор Й.Ф. Блуменбах опублікував «Курс порівняльної анатомії й фізіології», в якому, зокрема, запропонував класифікацію людей на п'ять рас. У Рослинному саду Франції в Парижі було засновано кафедру порівняльної анатомії, яку очолював Ж.-К. Мертрю, а з 1802 р. — Ж.Л. Кювьє, автор п'ятитомного «Курсу порівняльної анатомії» (Париж, 1801–1805 рр.). Останній запропонував класифікацію тваринного світу на основні види[1369]. Ці праці мали значне поширення і були предметом активного публічного обговорення сучасників.

Дуже показовими є праці Й. Гете — юриста, який став знаменитим як письменник і один з лідерів німецького Романтизму, але також відомий як засновник порівняльної морфології. У своїх працях «Щодо загальної теорії порівняння» (1790 р.) і «Перший проект загального вступу до порівняльної анатомії» (1795 р.) він проголосив необхідність реконструкції природної історії на основі всеохопних порівняльних досліджень у різних галузях знань і розробки філософії живого світу, а також що науки про людину і природу мають загалом засновуватися на порівняльному підході[1370]. Також Гете стверджував плюралістичність розвитку соціального світу й можливість його пізнання лише через окреме — вивчення буття окремих націй[1371].

Водночас, шотландський мислитель Д. Юм у першій половині XVIII ст. поставив питання про те, що науки про людину мають грунтуватися на інших засадах, ніж природничі й технічні, а також запропонував чотири *науки про людину*, серед яких політика[1372]. Також він піддав сумніву достовірність дедуктивного апріорного знання, і насамперед у науках про людину, наголосивши необхідність постійних емпіричних досліджень[1373].

Ще раніше такі скептичні думки висловлював П. Бейль та інші мислителі, а Г. Лейбніц висунув тезу про відмінність наук про людину від інших через вільну самогенерацію розумової діяльності й, отже, відсутність наперед визначеної субстанції чи детермінованості процесу розвитку людини (ця його теза стала загальновідомою лише наприкінці

[1368] *Magner L.N.* A History of the Life Sciences, Revised and Expanded… P. 145.
[1369] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 101.
[1370] Ibid. C. 102.
[1371] *Нарский Н.С.* Гете // Антология мировой философии: В 4 т. Т. 3: Буржуазная философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. / Редколл.: Н.С. Нарский (ред.-сост.) и др. Москва: Мысль, 1971. С. 64.
[1372] *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 136.
[1373] Там само. С. 137.

XVIII ст.), а також про історичність будь-якого стану[1374]. Ці ідеї стали основою теорії самоформування людини і соціального світу (*«Bildung»* — термін, що, як вважається, було запропоновано Ф. Шеллінгом)[1375], ідеалістичної та принципово антисубстанціалістської за своєю сутністю.

Питання про відмінності людської природи від фізичної й тваринної стало предметом активного обговорення протягом усього XVIII ст., і його частиною було порівняння «дикості» й «цивілізації», «природного стану» і «суспільства» — як початку і кінця процесу формування людини[1376]. Прикладом може бути праця «Моральність американських дикунів у порівнянні з моральністю первісних часів» Ж.-Ф. Лафіто, опублікована у 1724 р., сама назва якої відображала ідею автора про загальносвітовий характер суспільної еволюції[1377].

Ж.-Ж. Руссо у праці «Про суспільну угоду» стверджував, що створення суспільства передбачає поступове подолання первинної тваринної природи людей: «Чим більше ці природні сили відмирають і зникають, а набуті — посилюються і тривкішають, тим надійнішим і досконалішим стає устрій»[1378]. Звичайно, людина не втрачає своєї фізичної природи, але її духовна і соціальна природа не є ані наперед даними, ані зовнішньо детермінованими, а стають натомість результатом її розвитку. А. Сміт, К. Гельвецій та інші мислителі XVIII ст. розвивали думку про те, що людина набуває своє «Я» через досвід і співвіднесення з іншими людьми[1379].

Такий дискурс поступово ставав дедалі більш світським та історичним, остаточно відокремив суспільство як предмет пізнання від природи, породжував ідею загальносвітової суспільної еволюції та прискорив формування суспільних наук[1380]. Звичайно, останнє безпосередньо залежало від накопичення та узагальнення емпіричних даних про історію й сучасність людських суспільств. Також цей дискурс однозначно заперечував субстанціоналізм у соціальному знанні, а отже, й ідею про сутнісну єдність людських суспільств з притаманним їй пошуком єдиного еталону та зневажанням різноманітності. Зокрема, Гегель стверджував, що чинники чисто фізичного характеру не можуть пояснювати факти фізико-органічного та духовного життя, а також відкидав метафізичне протиставлення свободи й необхідності, а у їх діалектичному взаємо-

[1374] Там само. С. 224–225, 229–230; *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности // Гегель Г.В.Ф. Лекции по философии истории / Пер. А.М. Водена. Санкт-Петербург: Наука, 2000. С. 18.
[1375] *Zammito J.H.* [Рецензія на:] Ziolkowski T. Clio the Romantic Muse: Historicizing the Faculties in Germany. Ithaca: Cornell University Press, 2004 // Monatshefte. 2007. Vol. 99. No. 1. S. 117; *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 230.
[1376] *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 142–143, 171.
[1377] Там само. С. 153.
[1378] *Руссо Ж.-Ж.* Про суспільну угоду, або принципи політичного права / Пер. і упор. О.І. Хома. Київ: Port-Royal, 2001. С. 49.
[1379] *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 164–165.
[1380] Там само. С. 143–144, 171.

зв'язку та співвідношенні первинною вважав свободу[1381]. Він виступив з обгрунтуванням плюральності буття: необхідним елементом конкретної тотожності є відмінність; взяті в розвитку та єдності, тотожність та відмінність є взаємопроникними протилежностями[1382]. Як зазначав А.Т. Дворцов, для Гегеля поняття мають бути конкретними, «адже містять у собі в ідеальній єдності все багатство буття і сутності, воно є їх основа та істина», ідеальне і матеріальне тотожні[1383].

Загалом орієнтація на емпіричні дані й сприйняття зарубіжного досвіду ставили в центр соціального дослідження порівняння. Як зазначає Р. Сміт, «сам акт порівняння створював мову, яку вчені могли прилаштувати до систематичного і об'єктивного дослідження, тобто мову, властиву науці про суспільство»[1384].

Ідея *«Bildung»* була одним з проявів появи історицизму в знанні про суспільство, а він «є одним з визначальних моментів західної інтелектуальної історії», свідомістю відсутності у людини і суспільства позачасової сутності, а натомість формування останньої в результаті їх історичного розвитку — з чим пов'язане і нове розуміння історії як науки. Минуле стало розглядатися не як джерело прикладів, а як умова сучасності[1385]. Як підкреслює Дж. Бос, такий підхід також передбачав сприйняття суспільного плюралізму та «індивідуалізуючої перспективи», адже історичний процес формується конкретними індивідуальностями, в тому числі «високоорганізованими феноменами, такими як держави, що розглядалися як індивідуальні утворення, що управляються за унікальними принципами»[1386]. М. Фуко зазначав, що близько 1800 р. відбувся онтологічний зсув — світ став сприйматися як принципово історичний[1387].

Емпіричне знання про зарубіжні культури накопичувалося швидкими темпами. Прикладом щодо цього може, зокрема, слугувати сходознавство. Ще у XIV ст. було засновано кафедри єврейської, арабської, грецької та сирійської мов у Паризькому, Оксфордському, Болонському, Авіньйонському, Саламанкському університетах; пізніше виникли також інші кафедри сходознавчої проблематики. А у 1754 р. у Відні було засновано Академію східних мов. Але, як зазначає Р. Лі, до середини XVIII ст. сходознавці залишалися насамперед дослідниками Біблії та біблійної історії. Лише відкриття та переклад текстів санскритською

[1381] *Дворцов А.Т.* Гегель… С. 84–85, 106–107.
[1382] Там само. С. 102–103.
[1383] Там само. С. 108, 110.
[1384] *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 173.
[1385] *Bos J.* Nineteenth-Century Historicism and Its Predecessors. Historical Experience, Historical Ontology and Historical Method // The Making of the Humanities. Vol. II: From Early Modern to Modern Disciplines / Ed. by R. Bod, J. Maat, Th. Weststeijn. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2012. P. 131–132, 138, 140.
[1386] Ibid. P. 132, 140.
[1387] Ibid. P. 144.

мовою спричинили переворот у сходознавстві: «Біблійні тексти більше не могли вважатися одкровенними чи головними»[1388].

Дослідницький бум у мовознавстві, науковість та порівняльний характер у якому стали фактично синонімами (так само, як у біології, наукова філологія була насамперед побудована на порівняльному підході, але у ній виділяли й наукову дисципліну «порівняльне мовознавство»), перетворив його на провідну гуманітарну науку аж до XX ст. Водночас розквіт сходознавчих досліджень, поштовхом і символом для яких стала наполеонівська експедиція до Єгипту в 1798 р., у якій взяли участь французькі вчені, привів до масштабної інтеграції здобутого знання до праць з універсальної (загальної) історії[1389].

Як зазначає Р. Сміт, «думка європейців щодо народів, що заселяють світ, не меншою мірою стосувалася європейської ідентичності. Використання неєвропейців у якості дзеркала було улюбленим засобом у літературі та політичній сатирі. Ця ідея була результатом свідомого протиставлення азіатського Сходу та європейського Заходу. Перший представляв природу, другий — культуру»[1390]. Звичайно, таке співставлення було однобічним, передбачало створення не класифікації, а ієрархії суспільств, що впливало на становлення ідеї універсальної суспільної еволюції. Але, попри зростання кількості матеріалів, зокрема, про неєвропейські народи, «автори XVIII ст. продовжували змішувати гіпотези з емпіричним описом»[1391].

Суттєве накопичення емпіричних даних про зарубіжні суспільства вимагало нових дослідницьких підходів та узагальнень у межах *нових наукових дисциплін*.

Розвиток емпіричного, і насамперед порівняльного, бачення соціальної історії демонструє поширення у XVII–XVIII ст. ідеї універсальної (загальної) історії — і як розуміння того, що лише узагальнене історичне знання про всі суспільства може претендувати на науковість, і як окремої наукової дисципліни в межах історичного знання. Передумови для такого розуміння можна побачити, зокрема, в праці С. Пуфендорфа «Вступ до історії найвидатніших імперій та держав» 1682 р., що тривалий час мала надзвичайну популярність і була перекладена багатьома мовами. У книзі після огляду історії Стародавнього світу було окремо подано історії європейських держав, що існували на кінець XVII ст.

Як зазначає Г. Монгаупт, Пуфендорф поставив завданням за допомогою історичних даних пояснити «сучасний політичний стан Європи», намагався розглядати держави за єдиними критеріями, насамперед політико-правовими, а дані цієї книги, що оновлювалися при кожному

[1388] *Lee R.* Social science knowledge: A report on institutionalization. Paper prepared for the Gulbenkian Commission on the Restructuring of the Social Sciences, Lisbon, June 17–18, 1994. Lisbon, 1994. P. 14.
[1389] Ibid. P. 15.
[1390] *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 151.
[1391] Там само. С. 152–154.

новому виданні навіть після смерті автора, стали зразком для такого європейського літературного жанру, як *notitia rerum publicarum* (інформація для публіки) — історико-статистичні видання політико-правового характеру[1392] (ми ще повернемося до цього).

Прикладом порівняльного бачення *соціальної історії* може бути досить авторитетне і поширене «Уявлення загальної історії» (1772 р.) геттінгенського професора А.Л. Шлецера. Як відзначають сучасні дослідники, саме він першим запровадив поняття «загальна історія»; він і геттінгенська школа істориків (починаючи з Й.К. Гаттерера) загалом відіграли суттєву роль у перетворенні історіописання з жанру художньої літератури на сучасну науку[1393]. Шлецер зазначав, що субстанція і напрям загальної історії не є визначеними від початку метафізично чи теоретично, її зміст формується у процесі діяльності людських суспільств: «Людина від природи ніщо, але поєднанням обставин може все статися: невизначеність становить другу частину її єства»[1394]. Для Шлецера загальна історія є сукупністю історій окремих суспільств у відношенні одна до одної та до цілого[1395].

Надзвичайно важливо для проблематики нашого дослідження те, що Шлецер підкреслює охоплення загальною історією розвитку та взаємодії окремих суспільств по всьому світу: «Вона охоплює всі частини світу і всі часи і поєднує у всіх землях усі народи», «охоплює: всі народи і держави світу, без батьківщини, без національного честолюбства, простягається вона у всі землі, де в суспільстві живуть люди, і оглядає проникливим поглядом цілий театр, на якому колись гралися ролі. Кожна частина світу для неї рівна»[1396].

До її предмета входить і обумовлене минулим сучасне: «Загальна Історія має показати нам, яким чином цей світ загалом і в частинах став тим, чим він перед цим був і нині є; вона повинна минулий світ поєднати із сучасним і запропонувати взаємне обох між собою відношення». Шлецер указав на те, що природні чинники не є детермінантами людського розвитку, в тому числі окремих народів, а навпаки, природа підкорюється людині, людина багато в чому змінює Землю. Відповідно соціальна історія Шлецером чітко відокремлюється від історії природи[1397].

[1392] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 108–109.

[1393] Див. напр.: «Можна стверджувати, що у Геттінгені XVIII ст. історія вже була встановлена як академічна дисципліна. Вона була інституціоналізована в академічній школі, в кафедрах та журналах, і вона мала чіткий набір емпіричних методів». *Bos J.* Nineteenth-Century Historicism and Its Predecessors… P. 138. Див. також: *Васильев Ю.А.* Начало исторической науки в Европе: тезаурус Августа Людвига Шлёцера // Знание. Понимание. Умение. 2015. № 2. С. 152–155.

[1394] *Шлёцер А.Л.* Представление всеобщей истории. Москва: Университетская типография, 1791. С. 1–3, 5, 7.

[1395] *Васильев Ю.А.* Начало исторической науки в Европе… С. 156.

[1396] *Шлёцер А.Л.* Представление всеобщей истории… С. 30–31, 35–36.

[1397] Там само. С. 4, 8–9, 12, 17, 19.

Причому цей зміст національної (зокрема, німецької, грецької та ін.), макрорегіональної, загальної історій є мисленнєвою конструкцією, що не знімає в собі суму історій окремих суспільств: яким світ «тепер на одному кінці здається, таким ми його на іншому не маємо», людство ніколи не буде єдиним цілим, хоча окремі громадянські суспільства об'єднуватимуться чи розділятимуться[1398].

Шлецер запропонував два підходи до конструювання загальної історії — «сума» і «система». Сума тут виступає як відносно якісне судження на основі співставлення певних показників окремих суспільств: «СУММА всесвітньої Історії відбувається коли весь людський рід поділений буде на частини, всі ці частини повністю підрахуються, і знайдені про кожну особливу частину відомості справно будуть запропоновані»[1399]. Але сумма не дає уявлення про загальне в історичному розвитку — еволюцію людства. «Система» ж передбачає загальний погляд, виявлення зв'язків між окремими (громадянськими суспільствами), оцінку їх внеску до великих (макрорегіонального або всесвітнього значення) змін у минулому, встановлення загальної періодизації, але також не долає багатоманітності, а лише її пояснює. Щоправда, останньому, на нашу думку, дещо суперечило виокремлення Шлецером різних категорій провідних народів (ідея, пізніше розвинена Гегелем) і виключення інших (як окремих, але з включенням до певних груп) при перетворенні суми на систему[1400].

На думку Шлецера, загальна історія «уникає прагматичного виду», не передбачає «умствувань», «бесід і роздумів», тобто свідомо не пропонує суто якісних тверджень, не переходить у філософію, залишаючись емпіричною наукою: «новий рід Історії, що опрацьована досі здебільшого філософами, але належить власне історикам». Також він застерігав від «наповнення гіпотезами чи довільними положеннями і уявленнями» прогалин у історичних знаннях, закликаючи лише окреслити останні, визначаючи таким чином межі цієї емпіричної науки й сприймаючи як належне її обмеженість і неповноту[1401].

Водночас він стверджував, що саме узагальнений емпіричний матеріал загальної історії є основою для роздумування (важливо, що в цьому випадку він послідовно уникає слова «філософія»), уникнення розгляду національних чи макрорегіональних явищ як загальносвітових чи унікальних. З іншого боку, Шлецер вважав загальну історію підставою для психології, політики, а також інших наук (у тому числі фізики)[1402]. Також загальна історія є основою для переосмислення кожної національної («окремої») історії, яка «постає в новому світлі коли з іншими, з

[1398] Там само. С. 2–3, 15–20, 53.
[1399] Там само. С. 17, 19.
[1400] Там само. С. 20–23, 25–26, 113–114.
[1401] Там само. С. 28–29, 34, 46–47.
[1402] Там само. С. 33, 35–36.

якими або суміжна, або пов'язана посередньо, поєднана буває», дає можливість побачити «хід людства в якому-небудь народі» (освіта, економіка та ін.)[1403].

Шлецер безпосередньо вказував на те, що загальна історія «має перед собою дуже широке поле для порівнянь», результатом чого є «вражаюча подібність і схожість» людських суспільств, що люди вчиняють однаково в однакових обставинах. Він стверджував, що тільки узагальнення емпіричного матеріалу якомога більшої кількості суспільств за єдиними критеріями є особливим методом загальної історії та перетворює її на науку[1404].

Зокрема, емпіричні дані мають спочатку розглядатися «вздовж», «синтетично», у їх хронологічній послідовності та «речовому зв'язку» («речовому союзі») в межах історії окремого суспільства чи групи суспільств, а після цього «впоперек», як синхронний зріз — «союз часу». Зрозуміло, такий синхронічний підхід є порівняльним за своєю сутністю, і Шлецер це неодноразово наголошує: «Вимога загальної історії тут є порівнювати всі одночасні події, уявляти разом стан світу в кожному даному періоді, й таким чином кожну окрему подію уявляти собі синхроністичним чином»[1405]. Останнє «уявлення» передбачало вивчення контексту певних явищ — національного, макрорегіонального (у межах «виду»), світового, а також виокремлення загальносвітових сутнісних подібностей та зв'язків, що дають змогу здійснити періодизацію. Такий підхід Шлецер вважав набагато складнішим для дослідника, ніж хронологічний («синтетичний»), але саме він перетворює суму знань про історію права різних суспільств на систему й науку[1406].

Слід відзначити, що Шлецер запропонував критерії виокремлення та визначення народів, що фактично створювали підстави класифікації груп народів за мовно-генетичною ознакою на «покоління», в тому числі германську і слов'янську («етнографічний метод»). Але також він писав про макрорегіони, розвиток суспільств у межах яких має систематичний внутрішній взаємозв'язок («географічний метод»)[1407]. І також Шлецер пропонував поряд з «головними», «переможними», «важливими» народами (зокрема, у межах великих держав — як самостійних акторів) виокремлювати «відділи» («класи») народів «за деяким прийнятим порівнянням» «з кількох таких частково споріднених, частково зовсім різних народів», які виступають як колективний чинник у світовому розвитку (зокрема, слов'яни, франки/германці, нормани та ін.)[1408].

Професор історії Ієнського університету, відомий письменник Ф. Шиллер у лекції, опублікованій у 1789 р., «Що називається всесвіт-

[1403] Там само. С. 37–38, 48.
[1404] Там само. С. 38–39, 49.
[1405] Там само. С. 50–51, 53–55, 58, 60, 63–64, 114, 119.
[1406] Там само. С. 55, 57, 65–66.
[1407] Там само. С. 106–112, 196, 223.
[1408] Там само. С. 114, 116–118.

ньою історією і з якою метою її вивчають» вказував, що всесвітня історія вимагає не просто зібрання фактів, але й філософського проникнення в історичний процес, причини і наслідки подій — адже, на відміну від природознавців, історик перебуває не поза фактами, а переживає їх як події власного життя[1409]. У баченні Шиллера, зазначав Р. Коллінгвуд, така історія перетворюється на історію соціального прогресу, демонструючи походження сучасності, але не претендуючи на прогнозування майбутнього[1410]. М.Є. Асламов зазначає, що ця праця Шиллера стала широковідомою, що в ній використовувалися як окремі два терміни: «всесвітня історія» (сукупність всіх подій, осмислена в певний телеологічний спосіб) і «універсальна історія» (зведення відповідей на будь-яке окреме історичне питання)[1411].

Й.Г. Гердер, який, серед іншого, також займався порівняльними біологічними дослідженнями[1412], у «Ідеях до філософії історії дюдства» вказував на органічний розвиток націй як «природних систем», а також рівність народів у своїй індивідуальності та неспівставності з іншими — поряд із загальною стадіальністю розвитку культур і людського розуму, розвивав ідеї плюралістичності та багатофакторності історичного процесу[1413].

Щоправда, націоналізм привів Гердера не лише до вчення про плюральність розвитку світу, а й до радикальної ідеї щодо неспівставності націй: «Будь-яке порівняння є безплідним», адже воно експліцитно чи імпліцитно спрямоване на доведення вищості певної нації чи сукупності націй або виведення абстракних принципів, що нехтують національними відмінностями. Це — дещо парадоксально, з огляду на наголос Гердера на емпіричному пізнанні та важливості порівняння для формування розуму людини[1414].

Учень і друг Канта, Гердер ще у 1774 р. піддав різкій критиці свого вчителя за перехід від емпірицистської до «критичної» філософії, вказував на неможливість абстрактного всесвітнього інтелектуального прогресу, який обов'язково має конкретне та індивідуальне втілення у розвитку окремих націй: «Людська природа, навіть у її найкращих рисах, не є незалежним божеством: вона має вивчати все, розвиватися через прогрес, вдосконалюватися через поступову боротьбу. Природно, вона буде розвиватися здебільшого чи виключно в тих напрямах, які

[1409] *Коллингвуд Р.Дж.* Идея истории. Автобиография. Москва: Наука, 1980. С. 101–102.
[1410] Там само. С. 102.
[1411] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс. … канд. филос. наук. Москва, 2012. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.disus.ru/dissertatsii/362037-1-istoriinemeckoy-istoricheskoy-shkoli-prava.php
[1412] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 119.
[1413] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 440–441, 544. Див. також: *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 39; *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 20, 34–35.
[1414] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. С. 2007, 2009.

ведуть її до доброчесності, боротьби чи до прогресу. Кожна форма людського вдосконалення, отже, є по суті національною та обмеженою часом, і, розглянута максимально конкретно, індивідуальною. Нічого не розвивається, не будучи обумовленим часом, кліматом, необхідністю, світовими подіями чи примхами долі… Це все буде приголомшливим для кожного, хто носить із собою ідеалізований образ доброчесності згідно з ученням його століття, хто настільки наповнений філософією, що очікує знайти весь всесвіт у піщинці»[1415].

Як відзначає Р. Сміт, Гердер і Віко (справжнє відкриття праць якого відбулося наприкінці XVIII ст.) розглядали історію не як минуле, а як основу єдиного процесу *Bildung* — само-становлення соціального світу, що охоплює минуле, сучасне й майбутнє, є відокремленим від природи і вимагає власної методології пізнання. І при цьому остання мала бути підкреслено не-природознавчою, не-дедуктивною, не-філософською (в її метафізичному розумінні), а емпіричною і порівняльною, що не редукує різноманіття соціумів та їх культур до абстрактних моделлей[1416]. Саме в цьому полягає сутність проголошеної Віко *una Scienza Nuova* (нової науки для пізнання народів).

Значний масив європейської літератури XVIII ст., присвяченої загальній історії, що містила також багато даних культурологічного, філологічного, політологічного, правового характеру, закорінював ідею соціального прогресу, але і соціального багатоманіття, став основою для появи не лише сучасної історичної, а й інших суспільних наук. Сама ж поява історії (загальної) як академічної дисципліни пов'язана насамперед з працями геттінгенської школи істориків, у яких, як відзначає Г. Монгаупт, «було передвизначено шлях від універсальної історії до універсальної історії права»[1417].

Характерною є назва сучасної праці, присвяченої аналізу «Лекцій з філософії історії» Гегеля — «Від субстанції до історичності». На думку авторів, у часи Гегеля протилежність субстанціональної філософії та історії сприймалася як очевидна: філософія пізнає незмінну й позаісторичну, метафізичну, абсолютну й абстрактну істину, а історія — остаточні й мінливі емпіричні правди та їх зв'язки, які є вторинними, можуть бути лише більш чи менш адекватними вираженнями цієї істини. Субстанція розглядалася як незмінна, самодостатня, що нічим не

[1415] Цит. у нашому перекладі за: Ewald W. Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. С. 2006. Див. також: *Нарский Н.С.* Гердер… С. 55; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев // Национальная идея в Западной Европе в Новое время. Очерки истории / Отв. ред. В.С. Бондарчук. Москва: Зерцало-М; Вече, 2005. С. 403–404.

[1416] *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 232–233, 237, 247, 249, 253–254.

[1417] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 118. Див. також: *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 251.

обумовлена і ні з чим не взаємодіє[1418]. При такому підході історія не мала самостійного смислотворчого значення й відповідно власної філософії.

Ці погляди змінилися наприкінці XVIII ст., як наслідок вже згаданої ідеї *Bildung* — постійного процесу змін, у якому первинна субстанція, окрім тваринної природи, відсутня, а процес історичного становлення є визначальним і варіативним досвідом. Наприклад, Шеллінг запропонував розглядати історію як окрему (соціальну) реальність поряд з природою, такі ж погляди характеризували Віко, Гердера, Вольтера, Руссо[1419].

Шеллінг у праці «Роздуми про сутність людської свободи і пов'язані з нею предмети» передбачав, що поза метафізичними установками філософії «не залишиться нічого іншого, як шукати опертя в історії та керуватися традицією... Тоді прийде час, коли й для філософії почнуть шукати норму і основу в історії, подібно до того, як колись у нас намагалися створити поезію на основі вивчення поетичних творів усіх народів». Не засуджуючи такий підхід, Шеллінг усе ж вважав за краще пізнавати істину «спочатку в нас самих, на нашому власному грунті» на основі «безпосереднього пізнання». Отже, для Шеллінга звернення при вивченні суспільства загалом до реального досвіду різних суспільств є можливим, але недосконалим способом порівняно із спекулятивною дедукцією[1420].

Гегель не відмовився від поняття субстанції, але представив її (ідею свободи) як таку, що історично перебуває в процесі саморозкриття, самопізнання і здійснення, тобто, так чи інакше, розвитку, а також наполягав на тому, що філософія історії має виходити з емпіричного матеріалу, щоправда, з привнесенням думки про розумність історичного процесу[1421].

Як зазначають Ю. Перов і К. Сергєєв, у Гегеля «історичні форми здійснення, способи його об'єктивації істотні для поняття, що розвивається, вони входять до його змісту, збагачують його і зберігаються у ньому в знятому вигляді. Вони привносять до процесу те, що неможливо вивести із самого поняття»; загальне не можна уявити відокремленим від особливого та окремого, інакше воно виявилося б ще одним окремим. Ці автори вбачають у підриві Гегелем субстанціалістської філософії основу переходу від класичного до некласичного філософствування, що «перетворило «предмет» філософії та піддало сумніву її єдиний «інструмент»: абстрактну думку», «історизм став тим ферментом, який розклав субстанціалістський тип філософствування»[1422]. Безумовно, не-субстан-

---

[1418] *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 9–11.
[1419] Там само. С. 12–14; *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 18.
[1420] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[1421] *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 16–18.
[1422] Там само. С. 19–21.

тивний розвиток в силу його багатофакторності ставав варіативним, поставав як сукупність, а не єдність, і пізнання цієї сукупності було неможливим без порівняння емпіричних фактів.

Слід згадати і неопублікований проект В. фон Гумбольдта «План *порівняльної антропології*» (1796 р.). У цій праці дослідник, відомий, зокрема, як один із засновників порівняльного мовознавства, спробував синтезувати цілісну науку про психологічну, соціальну, культурну природу людини — як окрему і відмінну від природознавства. Серед іншого Гумбольдт виокремлював *Menschengattungen* (людські відгалуження) за мовними і національними відмінностями, що мають зберігатися завдяки так само відмінно облаштованим державам[1423].

Отже, проголошуючи єдність феномена людини, порівняльна антропологія мала бути одночасно наукою про неминучість людського різноманіття і його вираження. Важливо також, що на основі порівняльного мовознавства Гумбольдт планував розробити філософську універсальну лінгвістику. Тобто філософія мови мала засновуватися не на апріорній спекуляції, а на основі узагальнення і порівняння емпіричних даних[1424].

Як зазначає Р. Сміт, центральним у системі гуманітарного знання мало стати *порівняльне мовознавство*. Е.Б. де Кондільяк, В. фон Гумбольдт, Я. Грімм, Р. Раск, У. Джоунс відкинули ідею першопочаткової мови, натомість проголошували всі мови історичними і похідними від людської діяльності й духу народу, що було основою порівняльно-історичного підходу в філології й такої наукової дисципліни, як порівняльне мовознавство, а також розвинули вчення про зв'язки мов та їх класифікацію. Широке застосування порівняльно-історичного підходу стало одним із вирішальних чинників перетворення філології на сучасну науку на початку XIX ст.[1425]

Ідея систематичного накопичення й порівняння емпіричного знання принципово трансформувала *камералістику*, дисципліну комлексного політико-економіко-державознавчого змісту й не зовсім послідовного характеру, що поєднувала емпіричні індуктивні й апріорні дедуктивні засади[1426]. Ще у середині XVII ст. англійський вчений, член Королівського товариства У. Петті в праці «Нариси з політичної арифметики» запропонував статистичні підходи в галузі суспільних знань, у тому числі порівняльні, які мали звільнити ці знання від домінування моральних оцінок і зробити основою для здійснення державної політики. Попри суто

[1423] Martinelli R. Nature or History? Philosophical Anthropology in the History of Concepts // Etica & Politica / Ethics & Politics. 2010. Vol. XII. No. 2. P. 15.
[1424] *Dubber M.* Comparative Criminal Law // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 1294.
[1425] *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 248, 269–271.
[1426] Там само. С. 194.

практичну мету запропоновані підходи виявилися придатними також для наукового узагальнення здобутого емпіричного знання[1427].

Німецький вчений А. Бозе у своїй опублікованій дисертації «Порівняльне знання» (*«De comparanda prudentia»*, 1678 р.) здійснив порівняльне дослідження держав за триступеневим методом: *«comparatio»* (порівняння), *«similitudo»* (виявлення подібностей і відмінностей) і *«ordo exemplorum»* (класифікація)[1428]. Страсбурзький професор Е. Отто у праці «Основна лінія інформування громадськості» (1726 р.) виділив десять критеріїв порівняння держав, серед яких, зокрема: походження та суспільний розвиток, конфесії, суверенність, форма правління та ін.[1429] У 1741 р. данський професор Й.П. Анхерсен у праці «Опис культурних держав у таблицях» представив інформацію про низку європейських держав, розподілену за рубриками: територія, населення, форма правління, фінансова і військова система, грошовий обіг, система мір і ваг[1430].

У 1748 р. геттінгенський професор Г. Ахенваль обгрунтував нову науку статистики, або (у дослівному перекладі) *державознавства*, що мала підкреслено порівняльний характер, у своїй праці «Вступ до державознавства європейських держав», а у 1749 р. він опублікував «Нарис державознавства європейських держав», що мав значне поширення і був багато разів перевиданий[1431]. Статистика (державознавство) у ньому визначалася як «вчення про державний лад однієї чи кількох окремих держав», з уточненням про те, що йдеться лише про реальні факти; завданням статистики автор бачив збирання і систематизацію даних у тому порядку, що дав би змогу судити про політичний, економічний, військовий і фінансовий стан держав, а також використовувати ці дані на практиці[1432]. При цьому Ахенваль підкреслював, що статистика є історичною дисципліною на противагу філософському вченню про державу, а свої твердження вона засновує на порівнянні емпіричного досвіду[1433].

Теорія державознавства (статистики) Ахенваля, багато в чому заснована на раніших працях Г. Конрінга, стала загальноприйнятою в

[1427] Там само. С. 188, 190–192.

[1428] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 110.

[1429] Там само. С. 111.

[1430] *Елисеева И.И., Еременко Т.В., Соколов Я.В.* Идеи государствоведов в становлении статистической науки России [Електронний ресурс] // Сайт Вищої школи економіки. Режим доступу: https://www.hse.ru/pubs/share/direct/document/83826422

[1431] Там само; *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 194.

[1432] *Елисеева И.И., Еременко Т.В., Соколов Я.В.* Идеи государствоведов в становлении статистической науки России…; *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 112; *Heun W.* Die Entdeckung der Rechtsvergleichung… S. 11.

[1433] *Елисеева И.И., Еременко Т.В., Соколов Я.В.* Идеи государствоведов в становлении статистической науки России…; *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 112–113.

німецьких університетах і остаточно виокремила його з камералістики. Послідовники Ахенваля М.Х. Шпренгель, А.Ф. Бюшинг, А.Ф.В. Кроме створили на основі його підходів основи порівняльної статистики (порівняльного державознавства) і політико-соціальної географії світу. Як зазначають сучасні автори, сутність порівняльної статистики Бюшинга «полягає в тому, що статистичні матеріали розподіляються не щодо окремої держави, а категоріально, і в такий спосіб держави перебувають у постійному порівнянні чи в так званих статистичних паралелях»[1434]. Статистика майже одразу поширилася за межі Священої Римської імперії німецької нації, і вже принаймні з 1783 р. цей термін і відповідна проблематика зустрічається у Франції, з 1791 р. — у Британській імперії та ін.[1435]

Подальший розвиток цієї дисципліни можна побачити у праці геттінгенського професора Й.К. Гаттерера «Ідеал загальної світової статистики» (1773 р.), який, зокрема, чітко відокремив світову статистику від «індивідуальної» (в межах окремої держави), а завданням статистики проголошував виявлення причинних зв'язків явищ людського суспільства[1436]. Але найвидатнішим представником школи Ахенваля вважається вже згаданий А.Л. Шлецер, автор «Теорії статистики» (1805 р.). Він розглядав статистику як частину політики, обгрунтував групування як її метод, вимагав не лише опису і співставлення, а й вивчення причин явищ[1437]. Цікаво, що у праці Г.Г. фон Берга «Порівняльний розгляд організації французького державного управління з Королівством Вестфалія та іншими німецькими державами» (1808 р.) вже проголошувалася вимога порівнювати різні системи державного управління для тих, хто визначає його розвиток у кожній державі[1438].

Як відзначає Р. Сміт, саме постійне застосування статистично-порівняльних підходів вже на початку XIX ст. перетворило одну з предметних сфер камералістики і водночас практичної моральної філософії — політичну економію на «комплексну науку, що інтегрує знання про людську природу, дисциплінарні практики, інституційні іновації та нові форми державного управління», а незабаром розвиток статистичних підходів породив сучасні суспільні науки[1439].

Підійшовши впритул до розвитку проблематики порівняння в юридичній науці, відзначимо, що проаналізовані вище матеріали дають змогу стверджувати визнання порівняння одним з провідних методів узагальнення емпіричних матеріалів у багатьох сферах знань, у тому

[1434] *Елисеева И.И., Еременко Т.В., Соколов Я.В.* Идеи государствоведов в становлении статистической науки России…
[1435] Там само.
[1436] Там само.
[1437] Там само.
[1438] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 111.
[1439] *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 215–216, 187, 195–196.

числі гуманітарних та суспільствознавчих, що став значущим чинником їх перетворення на сучасні науки, а також конструювання низки порівняльних дисциплін у межах цих наук. Підставою для цього стало розуміння унікального характеру соціальної природи людини, відмінної від інших природ, у тому числі самотворенням і самоусвідомленням, а також соціального досвіду людини, що є конкретним та історичним, вільним і детермінованим безліччю чинників водночас, а тому різним, що не може бути зведений до єдиної моделі.

На думку Р. Сміта, «розвиток альтернативи природничо-науковому розумінню істини щодо людської долі набуло нового життя в останні десятиліття XVIII ст. — це життя триває донині. Я маю на увазі докази того, що можлива наука людського самопізнання, яка не є природничою наукою і має форми пізнання, відмінні від природознавства»[1440].

Паростки нових наук, що знайшли сприятливий грунт в університетах нового типу — в Галле, а згодом у Геттінгені, — після університетської реформи початку XIX ст. рясно зійшли у німецькомовних державах, що на певний час закріпило їх лідерство у західному світі[1441]. Багато в чому нові суспільні науки стали також результатом переосмислення принципових перетворень у різних частинах Європи наприкінці XVIII — на початку XIX ст.: «Суспільні науки самі по собі — аспект сучасності, а не якась нейтральна точка зору, що існує відокремлено»[1442].

Остаточне виокремлення суспільних наук безпосередньо пов'язане з Французькою революцією. Зокрема, чи не перша згадка *la science sociale* знаходиться у праці аббата Сієса «Що є третім станом» (1789 р.), і того ж року Кондорсе заснував товариство для розвитку моральних і політичних наук, з 1795 р. курс соціальної науки і законодавства вже викладався у Національному інституті в Парижі, у 1813 р. К.А. Сен-Сімон у «Нарисі науки про людину» визначив суспільство — «об'єктивну умову колективного буття» людини — як самостійну сферу наукових досліджень, предмет «соціальної фізіології», або позитивістську «науку соціальної організації»[1443]

Цьому сприяла й кантіанська філософія, що запропонувала нове бачення науки. Кант виразно відокремив емпіричне (чуттєве) пізнання від метафізичного апріорного філософствування. Саме перше з них мало стати підставою формування сучасних наук. Предмети даються людині лише через спостереження, і лише потім вони мисляться розсудком і на основі цього виникають узагальнені поняття про ці предмети. «Будь-яке пізнання речей з одного лише чистого розсудку чи чистого

[1440] Там само. С. 231.

[1441] Про це див. зокрема: Там само. С. 18, 239, 261–262; *Heun W.* Die Entdeckung der Rechtsvergleichung… S. 11.

[1442] Про це див. зокрема: *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 13, 266, 274, 295, 304.

[1443] Про це див. зокрема: Цит. за: *Социология*: наука об обществе… С. 94. Див. також: *Жоль К.К.* Философия и социология права. Киев: Юринком Интер, 2000. С. 371; *Барулин В.* Социальная философия…; *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 305–308.

розуму є одна лише видимість, й істина лише в досвіді»[1444]. На основі цього Кант, зокрема, піддав системній критиці ідею природного права, відокремив позитивне право від моралі, юридичну науку — від етики[1445].

6.2. Еволюція порівняння в юридичній науці. Роль Монтеск'є

На думку автора монографій про розвиток ідеї природного права А.М. Михайлова, порівняння широко використовувалося представниками школи природного права для ілюстрації дедуктивно виведених правових істин[1446]. Але весь виклад автора суперечить цій його тезі. Зокрема, посилаючись також на праці низки вчених XIX — початку XXI ст., він вказує[1447] на (узагальнення наше):

1) есенціалізм — орієнтацію методології юснатуралістів суто на формальну логіку і математичний аналіз; відрив спекулятивної філософії права від позитивного права, суто технічне вивчення останнього, його виведення за межі правової науки; синкретизм останньої з філософією; впевненість в існуванні єдиної універсальної правової істини та можливості її відшукання[1448];

2) субстанціалізм і статичність — розгляд природного права як частини законів фізичного, а не соціального світу, як універсального і незмінного (позаісторичного), незалежного від діяльності, взаємодії та свідомості людей, суспільства;

3) дуалізм — співіснування неправильного соціального позитивного права (наявного) і правильного нерукотворного природного права (належного), за якого неправильне право не є гідним предметом наукового дослідження і має бути замінене правильним; належне не виводиться з наявного; прагнення до безпосереднього впровадження раціоналістських положень у законодавство; відсутність єдиного сутнісного розуміння природного і позитивного права як власне права, а отже, відсутність чіткого відмежування правових та інших регуляторів.

[1444] *Кант* // Антология мировой философии: в 4 т. Т. 3: Буржуазная философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. / Редколл.: Н.С. Нарский (ред.-сост.) и др. Москва: Мысль,1971. С 108–109, 155.

[1445] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 844.

[1446] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 89; *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 159.

[1447] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 122–124, 127, 136, 141–142, 151–152, 186–189, 208–211, 213, 216, 218–219, 221, 275, 335; *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 153.

[1448] Див. також: *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… С. 99; *Смит Р.* История гуманитарных наук… С. 240.

Як зазначає А.М. Михайлов, «постулюючи дуалізм права, за якого справжнє природне право осягається розумом, а «несправжнє» позитивне право є офіційно чинним, класичний юснатуралізм відмовився від дослідження правових явищ і процесів наявної соціальної дійсності, оскільки вона, на думку представників цієї школи, являла сукупність суспільних забобонів і сваволі публічної влади»[1449]. Отже, немає підстав стверджувати, що юснатуралізм дав поштовх до розвитку порівняння в праві.

Скоріше, слід припустити, що використання порівняння чинного права могло свідчити про кризу і розклад природно-правових підходів — і в цьому ми згодні з Г. Монгауптом[1450]. Ішлося про недостатність самої лише дедуктивної логіки для формулювання положень природного права, натомість розуміння його як спільного в праві різних держав, що пізнається через порівняння. Це, на нашу думку, може розглядатися як суттєва трансформація, за якої природне право втрачає свою ідентичність («природність»), а також трансцендентність щодо позитивного права, стає іманентним, історичним, соціальним, а разом з неминучим крахом своєї програми веде до поступового вимивання субстанціалізму й утвердження плюралістичного правового світогляду.

Прикладом раннього переосмислення юснатуралізму та спроби формування порівняльного підходу в праві є праця С. Оріховського-Роксолана «Діалог або розмова навколо екзекуції Польської держави» (1563 р.). Автор, зокрема, наполягає на необхідності пізнання зарубіжного права, його порівняння з правом своєї держави, можливості запозичення позитивного досвіду: «Не знаю, чому те саме у нас бути не може, або чому маємо те у Польщі ганити, що весь світ у Римі хвалить»; «нюрнбергці послали до венеційців, прохаючи, або венеційці прислали їм спосіб [правління] і права своєї держави… Яким славним містом став Нюрнберг завдяки венеційському способу, ви знаєте»; «Не соромно просити у сусіда потрібні й корисні речі, яких удома немає. Не посоромився Рим XII таблиць у Атен взяти і чужим правом свою державу упорядкувати. А чому нам соромно у венеційців або у римлян зразка правління попросити, якого вдома не маємо. Дай, Господи Боже, нам того духу й покори, аби ми від інших людей приклади брали, за якими можна правити краще, ніж ми тепер правимо»[1451].

Історико-географічна соціальна (а по суті, також політична і правова) наука Ж. Бодена, представлена в «Легкому методі пізнання історії» (1566 р.), була спрямована здебільшого на пізнання цілого, а синтез у ній відбувається насамперед у формі порівняння емпіричних знань про

[1449] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 216.
[1450] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… С. 103.
[1451] *Оріховський С.* Діалог або розмова навколо екзекуції Польської держави… С. 365–366.

суму одиничних. Сама ж сума знань про одиничне, в тому числі про право конкретних народу, суспільства, держави, на його думку, називатися наукою не може[1452]. При цьому Боден чітко відокремлює наукову і практичну цілі порівняння: першою є пізнання цілого, а другою — оцінка одиничного з метою його вдосконалення шляхом вибору кращого і прийнятного досвіду: «Якщо мудра людина, яка збирає всі традиції всіх народів та їх закони, візьме на себе працю зіставити їх, то з них вона здатна вивести кращий зразок держави»[1453]. Тобто краще не дорівнює цілому. Вірогідно, отже, що ціле не стає моністичним, воно залишається плюральним і не може бути впроваджене на практиці як єдино вірна модель; одиничне не зливається і не може злитися з цілим.

Це підтверджується й вказівкою на те, що краще рішення для конкретного народу не може бути абстрактним, воно має зважати на його історичні традиції. Більше того, інколи краще рішення, ніж наявне, для певного соціального суб'єкта неможливе, й завданням дослідника є виявити такі визначальні особливості: «Оскільки у кожному народі є свої вроджені гріхи, історію слід оцінювати відповідно до звичаїв і традицій кожного народу, перш ніж винести остаточний осудний вирок комусь»[1454].

Також Боден неодноразово вказує на «вміння впорядковувати (систематизувати) історію», щоправда, не розкриваючи методи цієї стадії дослідження. Мислитель неодноразово вказує, що у соціальній історії мають використовуватися методи арифметики та геометрії[1455]. При цьому контекст таких тверджень дає змогу припустити, що підходи геометрії насамперед асоціюються з географією та космографією в цілому, а підходи арифметики — кількісні методи — при порівнянні та аналізі однопорядкових даних у межах загальної історії.

Ставлення Бодена до спекулятивних тверджень про належне у соціальній сфері було різко негативним, він розглядав апріорну теорію як втручання філософії у науку, заперечував можливість синтезу узагальнень сущого на основі порівняння із суто теоретичними положеннями: «брехливі концепції правової теорії». До такого ж апріорного «знання» він включав і національні упередження, будь-яку іншу заангажованість. У своєму прагненні до емпіричності та точності в соціальній науці він свідомо прагнув наслідувати природознавчі підходи свого часу[1456].

Водночас Боден вказує на вищий, надемпіричний рівень знання — «глибоке розуміння», «осмислення», де соціальні закони конструюються на основі поєднання емпіричних знань та «знання щодо істинних добра

[1452] *Боден Ж.* Метод легкого познания истории…. С. 13, 14, 144, 148, 164. На цій підставі Боден рішуче відкидає ототожнення вивчення римського права з юридичною наукою і висміює підходи глоссаторів. Див.: Там само. С. 8–9, 11.
[1453] Там само. С. 134. Див. також с. 8–9, 12, 26, 30, 135.
[1454] Там само. С. 114. Див. також с. 8–45, 65, 79, 133, 237.
[1455] Див. напр.: Там само. С. 63, 79, 128, 132, 177, 192, 200–209.
[1456] Там само. С. 10, 18.

і зла», «точного мірила», «роздумів, дій та діянь», «мудрості», «поєднання… знання творів давніх філософів та істориків з практичним досвідом»[1457]. Вірогідно, це вказівка на соціальну філософію, яку Боден називає філософією історії.

На цьому рівні відкривається можливість для моральних суджень, що виявляє суперечність ідей мислителя, відмінність його соціальної історії від точних наук: «Ніхто не може назвати справедливими причини, що спонукали підняти армію проти своєї батьківщини»; «Я думаю, що ніхто не може зовсім відмовитися від звеличення своєї країни і не може в цьому вихвалянні бути байдужим»; «Бог карає тих, хто використовує знання для знищення людей»[1458]. Вірогідно, ключ до розуміння цієї відмінності лежить у оцінці Боденом одного з дослідників як хорошого історика і хорошого громадянина[1459]. Тобто вчений у соціальній сфері виступає не як сторонній спостерігач, а як частина досліджуваного предмета.

Порівняльно-правовий характер мала, наприклад, праця Т. Дрезнера «Зіставлення польського права з римським» (Париж, 1602 р.), у якій, окрім заявленого римського, право Речі Посполитої порівнювалося з візантійським, французьким, іспанським та канонічним[1460]. Як відзначає В.О. Бондарук, автор визначив сто правових проблем, щодо яких визначалися подібності та відмінності у порівнюваних правопорядках[1461]. Відзначимо також порівняльно-правові праці інших українських учених, пов'язаних із Замойською академією: Б. Рудомича «Порівняння монархій світу…» (1648 р.), Т. Замойського «Монархія і імперія Перська та республіки Лакедемонська, Афінська, Римська» і «Пояснення інституцій Юстиніана та інституцій польського права» (1612 р.)[1462].

Як відзначає Г. Монгаупт, у XVII–XVIII ст. жанрами, наповненими порівнянням права, були вже згадана *Notitia rerum publicarum* (в тому числі *Differentienliteratur* — література, присвячена відмінностям, курйозам зарубіжних суспільств) і статистика (державознавство), а відповідні дослідницькі операції називали *«comparatio», «collatio», «conferendum est», «differentia», «aequitas» і «similitudo»*[1463]. Характерно, що німецькі систематичні бібліографічні покажчики для студентів-юристів принаймні з 1701 р. і далі серед юридичних дисциплін виокремлюють, зокрема, германське право *(ius germanicum)* і зарубіжне публіч-

[1457] Там само. С. 45, 78, 108, 120, 134.
[1458] Там само. С. 49, 50. Див. також с. 71, 99, 266.
[1459] Там само. С. 71.
[1460] *Бондарук В.О.* Розвиток юридичної науки і освіти в Замойській академії (1594–1784 рр.). С. 146–147.
[1461] Там само. С. 147–149.
[1462] Там само. С. 158.
[1463] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… С. 106–107.

не право *(ius publicum aliorum regnorum)*, що безумовно свідчить про вкоріненість і усвідомленість пізнання зарубіжного права[1464].

М. Ріхтер вказував на те, що загалом європейські мислителі XVIII ст. широко використовували систематичне порівняння для «визначення ідентичності своїх націй» через їх відокремлення від сусідніх народів та контрастне співставлення Європи як цілого з неєвропейськими політико-правовими та іншими феноменами. При цьому, звичайно, «цей варіант порівняльного аналізу не був і не міг бути неупередженим та безстороннім»[1465].

Практично в усіх відомих нам нарисах з історії порівняльного правознавства звертається увага на особливу роль праці Монтеск'є «Про дух законів» у створенні підвалин для розвитку юридичної компаративістики. Також вона згадується у всіх відомих нам українських та зарубіжних підручниках з порівняльного правознавства. Можна стверджувати, що Монтеск'є став символом цієї науки, виразником тих основоположних ідей, на основі яких вона виникла і досі продовжує розвиватися.

М.М. Ковалевський та В.М. Корецький стверджували, що Монтеск'є запозичив у італійського філософа Віко підхід щодо перенесення методів природничих наук на пізнання держави і права[1466]. Зокрема, М.М. Ковалевський зазначав: «Якою б новою не була точка зору, з якою Монтеск'є вирішив оглянути закони й установи різних часів і народів, але вона мала вже представника в особі неаполітанця Віко. Він... не тільки наділяє суспільствознавство тим же порівняльним методом, якого дотримується Монтеск'є, а й робить спробу застосувати цей метод, між іншим, до історії права та установ». Щоправда, М.М. Ковалевський зазначав, що підходи цих учених, близькі за своєю сутністю, в жодному разі не слід розглядати як тотожні, що вони за допомогою схожих підходів дійшли достатньо різних висновків щодо чинників розвитку права і суспільства загалом, а також щодо перспектив розвитку останніх[1467].

Здійснене нами дослідження[1468] дає підстави виділити кілька основних поглядів на джерела порівняльно-правових ідей Монтеск'є:

1. Відродження традицій французької політико-правової думки XVI ст. щодо неуніверсальності, релятивності правового розвитку (Р. Лоне);

2. Трансформація теорії природного права у XVII ст. у напрямі її секуляризації та раціоналізації і пов'язаний з цим пошук мислителями універсальних принципів права на основі апріорних математичних методів, евристичність яких, щоправда, могла демонструватися за допомогою підбору практичних прикладів (М.М. Ковалевський, М. Ріхтер);

[1464] *Mohnhaupt H.* "Historia literaria iuris"... S. 11, 20.
[1465] *Richter M.* Montesquieu's theory and practice of the comparative method... P. 22.
[1466] *Ковалевский М.М.* Дух законов... С. XIII; *Корецький В.М.* Монтеск'є... С. 7.
[1467] *Ковалевский М.М.* Дух законов... С. XIII–XIV.
[1468] *Кресін О.В.* Шарль Луї де Монтеск'є і передісторія порівняльного правознавства... С. 262–275.

3. Дискусія XVII–XVIII ст. між раціоналістами та емпіристами щодо методів пізнання права, в якій Монтеск'є та деякі інші французькі мислителі були ближчі до емпіристів, вважали первинним чуттєве знання, але не відкидали й метафізичні схеми, засновані на апріорному знанні (Є.В. Спекторський, Ф.В. Тарановський, М.М. Азаркін);

4. Запозичення і розвиток Монтеск'є ідей європейських мислителів XVIII ст. щодо національного права та його порівняльного пізнання (М.М. Ковалевський, В.М. Корецький, М. Ріхтер).

На нашу думку, ці погляди не суперечать один іншому, взаємно доповнюють один одного, сумарно відображають різні періоди та аспекти становлення ідей правового релятивізму та порівняльного пізнання права. Також вони свідчать про занадто значний обсяг відповідних матеріалів, за якого дослідники звертали увагу лише на окремі аспекти, і про необхідність подальшого вивчення цієї проблеми.

Вже у ранніх його працях, таких, як «Перські листи» (1721), «Роздуми про багатства Іспанії» (1724), «Загальні роздуми про обов'язки людини» (1725), «проглядається те велике значення, яке Монтеск'є надавав порівняльному вивченню законодавства різних часів і народів»[1469]. Перша ж значна його праця — «Перські листи», опублікована анонімно з несправжнім вказаним місцем видання, мала сенсаційний успіх і витримала вісім перевидань за перший рік[1470].

В.М. Корецький звертав увагу на те, що ще в «Перських листах» було відображено формування поглядів Монтеск'є щодо запозичення в праві. Зокрема, як уже зазначалося, він радикально виступив проти запозичення римського права періоду імперії, адже воно виправдовувало деспотію, а також проти канонічного права[1471]. М. Ріхтер вказував на те, що "Перські листи" є «революцією в сприйнятті та теорії відмінностей інституцій, звичаїв — у розумінні поваги до них і їх [відмінностей. — *О.К.*] безальтернативності»[1472].

На підготовку «Про дух законів», як стверджував сам Монтеск'є, він витратив двадцять років праці[1473]. У 1728–1731 рр. мислитель здійснив мандрівку країнами Європи — Італією, Пруссією, Голландією, Австрією, Угорщиною, Англією, вивчаючи державні та правові інститути, культуру, характер населення[1474]. В Англії він прожив півтора року, пізнаючи й захоплюючись англійськими законами, функціонуванням Парламенту, правовою думкою, спілкуючись з політиками, юристами, вченими. Як стверджує один із сучасних дослідників, Монтеск'є "спирався на британ-

[1469] *Азаркин Н.М.* Монтескье… С. 13.
[1470] Там само. С. 11.
[1471] Цит. за: *Корецький В.М.* Монтеск'є… С. 10.
[1472] *Richter M.* Introduction // Montesquieu Ch. Selected political writings… P. 14.
[1473] *Ковалевский М.М.* Дух законов… С. IX.
[1474] *Корецький В.М.* Монтеск'є… С. 6.

ську політико-правову традицію як у організаційно-функціональному, так і в теоретико-методологічному сенсі"[1475].

Результатом його досліджень стала поява низки праць: «Роздуми про причини величі та падіння римлян» (1734), «Нарис про причини, які визначають дух і характер» (1736) та ін. Зокрема, в останній праці він наголошував на визначальності чуттєвого сприйняття для формування людиною ідей та понять, а отже, емпіричності пізнання, вказував, що «найбільшою здатністю розуму є порівняння»; а також писав про неоднаковість процесів мисленнєвої діяльності людини в різних кліматичних умовах, що має наслідком формування різних понять, у тому числі щодо суспільних явищ[1476].

У праці «Про дух законів»[1477] Монтеск'є розглядав насамперед питання про різноманітність у праві різних країн і в межах однієї країни та причини цього явища. Монтеск'є, серед іншого, писав, що народи об'єднуються у певні групи, сформовані історично, що мають близькі психологічні риси. Зокрема, виділяв германські народи, в яких є як спільні, так і особливі характеристики. Вони мають спільне історичне походження — раніше були одним германським народом («наші батьки — давні германці»), що складався з різних племен. Вони повністю чи переважною мірою зберегли характер первинного народу — залежно від міграції з первинного ареалу та взаємодії з іншими народами, і втілили його у «дусі германських законів».

Монтеск'є вважав, що запозичення в праві від одного народу до іншого може відбуватися як насильницьким шляхом — запровадження законів завойовника в підкорених землях, так і добровільно — через престижність чи усвідомлену більшу досконалість зарубіжного права. Він виразно засуджував запозичення, вказуючи: «Закони мають перебувати в такій тісній відповідності з властивостями народу, для якого вони встановлені, що лише в надзвичайно рідкісних випадках закони одного народу можуть виявитися придатними й для іншого народу». В збереженні самостійності розвитку права народу він вбачав запоруку його повноцінного функціонування взагалі, закликав до «відчуження від іноземців для захисту моралі», «уникати всього, що може змінити загальний дух нації». Щоправда, Монтеск'є не засуджував рецепцію римського права германськими народами, адже вона, на його думку, відбувалася поступово через співжиття і спілкування римського і романізованого населення із завойовниками — германцями: «Багато поло-

[1475] *Милованов К.Ю.* Концепция правового государства в философско-исторической мысли Просвещения: Автореф. дисс. …канд. ист. наук. Москва, 2009. С. 21.

[1476] *Спекторский Е.* К вопросу о системе «Духа законов» Монтескье и ее философских источниках… С. 314; *Richter M.* Montesquieu's theory and practice of the comparative method… P. 22–23.

[1477] Ми використали для аналізу публікацію праці в перекладі російською мовою: *Монтескье Ш.-Л.* О духе законов [Електронний ресурс] // Сайт «Викитека». Режим доступу: http:// http://ru.wikisource.org/wiki/o_духе_законов_Монтескье

жень римського права увійшли в наші звичаї», звичаєве право не стало протилежним римському.

Запозичення норм до певної галузі національного права викликає їх неузгодженість з нормами в інших галузях права, невідповідність звичаям і релігії народу, природно-географічним і соціально-економічним особливостям. При цьому запозичені закони можуть залишитися «назавжди чужими» і неефективними, а дух і мораль народу ослабляються: «Важливо, щоби той, хто править державою, не захоплювався іноземними порядками, вони менш придатні, ніж ті, які укорінилися в країні. До того ж, люди звичайно міцно тримаються своїх законів і звичаїв, тому що в них полягає благополуччя будь-якого народу, і їх рідко вдається змінити без великих потрясінь та кровопролить, як це доводить історія всіх країн». Надійним заборолом є єдність, цілісність звичаїв, моралі, релігії і права народу, що робить його несприйнятливим щодо зарубіжного правового впливу.

Водночас, як ми вже згадували вище, Монтеск'є вказував на існування поруч з «окремим» (національним) «загального державного права», яке є відображенням загальної людської мудрості («яка створила всі людські суспільства»), а також на те, що в основі розвитку права різних країн можуть лежати певні наднаціональні ідеї, наприклад, ідея свободи.

Пояснення законів окремої країни, з'ясування їх особливостей, на думку мислителя, має відбуватися шляхом порівняльного дослідження. У «Дусі законів» кількаразово підкреслюється, що слід «не пропускати відмінності»: обережно підходити до подібностей у позитивному праві різних народів, адже завдяки історико-порівняльному дослідженню можна виявити різний дух зовні схожих законів, їх різні значення і функціонування.

З іншого боку, Монтеск'є вважав за можливе за допомогою загальносвітового порівняння права пізнавати його сутність, оцінювати раціональність чинних законів: «Щоби вирішити, які із законів краще відповідають вимогам розуму, не слід їх порівнювати один з одним окремо, слід співставляти їх між собою у всій їх сукупності». Завдяки цьому, на його думку, можна виявити різні за підходами, але подібні за духом закони, а також раціональність застосування певних форми і змісту права в конкретному випадку.

Але, в будь-якому разі, Монтеск'є наголошував, що метою порівняльного дослідження є не осуд законів певної країни, не обгрунтування реформ, а формування уявлення щодо індивідуальних рис права певного народу, примирення людини з національною політико-правовою дійсністю: «Щоби люди отримали нові підстави полюбити… свою вітчизну і свої закони»; формування політичної доброчесності громадян/підданих держав, яка виявляється в патріотизмі й законослухняності.

На основі порівняльного дослідження позитивного права Монтеск'є вважав за можливе визначити як загальнолюдські (твердження про

існування загального державного права), так і особливі (виділяє особливості права в певних регіонах і у певних групах народів), а також окремі (на рівні права народу) характеристики правового розвитку. Таким чином, поряд з філософсько-правовим, теоретико-догматичним та історико-генетичним методологічними підходами, на той час ще остаточно не сформованими, та відповідно одержаними завдяки ним знаннями Монтеск'є заклав основи формування порівняльно-типологічного методологічного підходу як інструмента одержання порівняльно-типологічного знання про право і джерела формування науки порівняльного правознавства.

Фактично присутні в «Дусі законів» європоцентризм, уявлення про кращі та гірші за своїми якостями народи, особливий творчий і шляхетний характер германських народів, на нашу думку, не є сутністю його вчення, а скоріше його побічними елементами, які використовувалися і розвивалися залежно від світогляду і мети пізніших авторів[1478].

Книгу «Про дух законів» вперше було опубліковано 1748 р. анонімно невеликим накладом у Женеві. Вона одразу ж здобула надзвичайну популярність і за перші два роки витримала не менш як дванадцять видань (сам автор нарахував 22). «Про дух законів» у 1751 р. було внесено до ватиканського індексу заборонених книг[1479], як іще раніше роман Монтеск'є «Перські листи», але це лише додало книзі популярності. Дослідники вказують, наприклад, на значний авторитет та вплив ідей Монтеск'є (власне, їх інтерпретацій) на формування моделей державного ладу Франції під час Великої революції[1480]. Так само можна стверджувати, що ці ідеї справили значний вплив на розробників Конституції США. Наприклад, Дж. Медісон у питанні щодо поділу влади зазначав: "Оракулом, до якого завжди звертаються і якого цитують із цього приводу, є славнозвісний Монтеск'є. ...Йому належить заслуга його найдійовішої демонстрації та рекомендації людству"[1481].

М.М. Ковалевський та Г.Ф. Шершеневич вважали, що ідеї правового релятивізму та «духу права» Монтеск'є, на відміну від інших його концепцій, зокрема щодо типології форм правління, не мали суттєвого впливу на тогочасну французьку політико-правову думку[1482]. Водночас такі підходи були не єдиними. Сам М.М. Ковалевський посилався на

[1478] Так само як погляди Монтеск'є щодо найкращої форми правління, якою він вважав обмежену монархію з станово-представницькими органами, вже протягом століть використовуються для обгрунтування зовсім інших ідей. Див. наприклад: *Плавинская Н.Ю.* «Дух законов» Монтескье и публицистика Великой французской революции 1789–1799 гг. // От старого порядка к революции. К 200-летию Великой французской революции: Межвузовский сб. / Под ред. В.Г.Ревуненкова. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1988. С. 145–155.
[1479] *Корецький В.М.* Монтеск'є… С. 25.
[1480] *Ковалевский М.М.* Дух законов… С. LXVII–LXVIII; *Плавинская Н.Ю.* «Дух законов» Монтескье и публицистика Великой французской революции 1789–1799 гг… С. 145–155.
[1481] *Федераліст*: коментар до Конституції Сполучених Штатів / А. Гамільтон, Д. Медісон, Д. Джей; Пер. з англ. Київ: Сфера, 2002. С. 244.
[1482] *Ковалевский М.М.* Дух законов… С. VI; *Шершеневич Г.Ф.* История философии права…

одну маловідому нині книгу Й. Гейманна «Дух німецького законодавства» 1761 р. Нам вдалося її віднайти. Назва і зміст цієї фундаментальної праці вказують на обгрунтування в ній ідеї германського права та його особливого духу. Її автор, хоча й вважав ідею духу національного права (насправді йдеться про дух групи народів, їх групування) давньою, але головним мислителем, який її обгрунтував, називав Монтеск'є: «Господь дав Монтеск'є нове бачення цього питання, і він залишиться в перших лавах творців цього Писання»[1483]. У одному з своїх досліджень ми довели суттєвий вплив ідей Монтеск'є на українських мислителів другої половини XVIII — початку XIX ст.[1484]

Важливим нам видається суттєвий вплив ідей Монтеск'є на школу філософії права, започатковану Й.С. Пюттером. Праці представників цієї школи містять прямі вказівки на це, епіграфи і цитати з «Про дух законів» Монтеск'є. На основі ідей Монтеск'є Пюттер розвинув ідею відмінності позитивних прав залежно від відмінностей народів і часів. Виходячи з таких настанов, Пюттер та його послідовники (геттінгенські професори Гуго, Федер, Міхаеліс та ін.), зокрема, намагалися створити науку «загального цивільного права» або «філософію позитивного права», розвивали ідеї національного характеру та органічного розвитку права[1485].

Г. Монгаупт зазначав, що сприйняття ідей Гуго П.Й.А. фон Фейєрбахом стало однією з основних передумов формування останнім ідеї порівняльного правознавства[1486]. Сам Фейєрбах серед учених, на праці яких він при цьому спирався, називав саме Монтеск'є та Гуго[1487]. Отже, на нашу думку, очевидний прямий генетичний зв'язок ідеї порівняльного правознавства з ідеями Монтеск'є як його провісника.

Два основні погляди на роль Монтеск'є у становленні порівняльного правознавства склалися ще в середині XIX ст. Згідно з першим, який підтримувався, зокрема, Г. Ролен-Жакменом, «Про дух законів» є «першою повною системою порівняльного права, обробленого в науковому дусі»[1488]. Нині такий погляд поділяють, зокрема, В.І. Лафітський («Порівняльне правознавство як відособлений науковий напрям вперше постало у працях… Ш. Монтеск'є»[1489]), а також Ч. Донахью («його

[1483] *Heumann von Teutschbrunn J.* Der Geist der Gesetze der Teutschen. Nurnberg: bei J.G. Lochner, 1761. S. II.

[1484] *Кресін О.В.* Шарль Луї де Монтеск'є і передісторія порівняльного правознавства…

[1485] *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 34, 35, 38, 41, 43, 45, 48–50.

[1486] *Hugo G.* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Zweyter Band, welcher das Naturrecht, als eine Philosophie des positiven Rechts enthalt. Berlin, 1798. S. 10; *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs. S. 102, 103.

[1487] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 16, 18.

[1488] Цит. за: *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 90.

[1489] *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. I… С. 58.

метод більше схожий на метод сучасної емпіричної суспільної науки»[1490]). Ч. Донахью вказує на те, що порівняно з представниками школи природного права XVII ст. Монтеск'є суттєво розширив географічний та культурний спектри залучених матеріалів[1491].

Е. Дюркгейм у своїй докторській дисертації «Внесок Монтеск'є у становлення науки про суспільство» (1893 р.), аналізуючи «Про дух законів», стверджував, що Монтеск'є «запровадив у своїй книзі нову дисципліну, яку нині називають порівняльним правом». Такий висновок ученого випливає, зокрема, із загального розуміння відмінності науки від донаукового пізнання («мистецтва»): перехід від дедуктивного до насамперед індуктивного пізнання, який супроводжується посиленням експериментальної складової в природничих і технічних науках і порівняльної — в суспільних[1492]. У. Хуг писав: «Монтеск'є використовував зарубіжні правові матеріали не як ілюстрації, як робили його попередники, але як джерела законодавчого досвіду та з метою надихнути правову науку широтою інтелектуального погляду»[1493].

На думку М.М. Азаркіна, "загальнометодологічні основи політико-правового вчення Монтеск'є відрізняються суттєвою новизною від типових для його часу теоретичних прийомів і методів пізнання держави і права"; мислитель застосовував історико-порівняльний метод, принцип історизму, «порівняльно-історичне вивчення і тлумачення правових явищ", найбільш послідовно систематизував політико-правові знання у XVIII ст. і перетворив їх на юридичну науку[1494]. М.П. Баскін вважав, що на відміну від європейських мислителів XVII ст., у тому числі Т. Гоббса, чиї вчення побудовані «переважно на логічних посилках, що ігнорували дійсні факти», теорії Монтеск'є засновані на узагальненні фактів реальної дійсності[1495]. Л.В. Батієв стверджував, що праця "Про дух законів" є позитивістським порівняльно-правовим дослідженням[1496].

Прихильником такого погляду, але з певними застереженнями, є й Р. Хіршл. Він називає публікацію праці «Про дух законів» «визначальним моментом в історії порівняльного права», звертає увагу на те, що багатьма вченими Монтеск'є вважається засновником наукової соціології та антропології, а тому не бачить жодних причин не визнавати за цим мислителем роль «першого майстра сучасного порівняльного права» — як методу, дисципліни й науки. Р. Хіршл наголошує на відсут-

---

[1490] *Donahue Ch.* Comparative Law before the Code Napoleon… P. 28.
[1491] Ibid. P. 26–28.
[1492] *Durkheim E.* Montesquieu. His Contribution to the Establishment of Political Science / Ed. by W.W. Miller. New York, Oxford: Berghahn Books, 1997. P. 59–60.
[1493] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1049–1050.
[1494] *Азаркин Н.М.* Монтескье… С. 20, 33, 34, 77.
[1495] *Баскин М.П.* Шарль Луи Монтескье… С. 23.
[1496] *Батиев Л.В.* Учение Ш. Л. Монтескье о ¨духе законов¨…

ності суттєвої різниці між науковим потенціалом порівняльно-типологічного підходу в працях Монтеск'є та сучасних юридичних дослідженнях. Водночас, як уже зазначалося, він вказує на те, що у Монтеск'є підбір порівнюваних прикладів є несистематичним, тенденційним і слугує для обгрунтування теорії, сформульованої ненауковим шляхом тощо[1497].

Прихильники другого погляду на роль Монтеск'є у становленні порівняльного правознавства, навпаки, стверджували, що він «далекий від порівняльного правознавства в сучасному сенсі»[1498]. Український вчений М.К. Ренненкампф у 1869 р. вказував на непослідовність Монтеск'є: поважаючи дійсний світ, водночас виявляв себе як представник школи природного права[1499]. Є.В. Спекторський вказував на нерозробленість і латентність методології Монтеск'є, яку і сам мислитель не до кінця усвідомлював, а читачі його праці мають її вгадувати, на поєднання «взаємовиключних якостей індуктивного збирача і дедуктивного, іноді навіть апріорного систематика», на відсутність у праці «Про дух законів» ідеї історичної еволюції[1500].

Ф.В. Тарановський натомість вважав, що теорії Монтеск'є мають емпіричне походження, його основним методологічним прийомом було спостереження, але відзначав «мозаїчність наведеного ним емпіричного матеріалу та фрагментарність його суджень і думок». На його думку, «Про дух законів» за своїм характером є працею не суто науковою, а перехідною «від раціоналізму до історизму»[1501]. На філософський, а не порівняльно-правовий характер «Про дух законів» вказував і В.М. Корецький, стверджуючи, що її мета — насамперед «знайти закони розвитку державних форм, права, їх принципів»[1502].

Німецькі дослідники К. Цвайгерт і Х. Кьотц вказували, що Монтеск'є, як і мислителі XVII ст., був представником школи природного права і з метою обгрунтування останнього використовував порівняльно-правовий метод; він не може вважатися засновником порівняльного правознавства: «Досягненням цієї епохи став не стільки намір систематично використовувати порівняльне право, скільки визнання теоретичної цінності самого методу»[1503].

[1497] *Hirschl R.* Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law… P. 199–200, 202, 205.
[1498] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 91.
[1499] Там само. С. 94–95.
[1500] *Спекторский Е.* К вопросу о системе «Духа законов» Монтескье и ее философских источниках… С. 297, 309.
[1501] *Тарановский Ф.В.* Заметки о Монтескье… С. 2, 27, 29.
[1502] *Корецький В.М.* Монтеск'є… С. 6.
[1503] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 79. Ці думки повторюються також у: *Марченко М.Н.* Сравнительное правоведение. Общая часть: Учебник для юридических вузов. Москва: Зерцало, 2001. С. 41–42.

Більш докладно ці ідеї аргументуються у роботах М. Ріхтера, який звертає увагу на те, що у праці «Про дух законів» правовий релятивізм, хоча й проголошується, але автор його дотримується не в усьому, засуджуючи закони, які не відповідають природі людини чи порушують природне право. Монтеск'є «часто сповзає на моральні та політичні твердження, засновані на абсолютному стандарті». Метою автора було не пізнання та узагальнення позитивного права, а проголошення принципів і методів такого пізнання, основ удосконаленої теорії права загалом.

На думку М. Ріхтера, у праці «Про дух законів» не відбувається індуктивне формування узагальнень та висновків, натомість факти використовуються як вихідний матеріал для філософських узагальнень чи як ілюстрація до сформульованих принципів та законів. «Важливо зрозуміти, що для Монтеск'є факти важливі до тієї міри, до якої їх зв'язки та взаємозалежність розуміються як такі, що відображають цілість». Ці цілості чи типи підпорядковано концептам природи та принципу правління.

М. Ріхтер наголошує на суперечності методології Монтеск'є, який проголошував правовий релятивізм і необхідність емпіричного пізнання позитивного права різних країн і народів, з одного боку, «був першим значним політичним філософом, який визначив свій предмет як справді глобальний», а з іншого — займався натомість «раціональною демонстрацією» сформульованих апріорно принципів і теорій, відтворенням чи конструюванням справедливого Всесвіту. На думку М. Ріхтера, «Монтеск'є писав як громадянин світу, заклопотаний практичними наслідками [своїх теорій. — *О.К.*], а не як безсторонній аналітик поза практикою і правом, які вивчаються».

Фінський учений М. Кіікері наголошував на тому, що Монтеск'є розглядав порівняння не як метод, а як «практичний аргумент»: для нього певні правові системи виступали як «легітимуючий елемент і навіть легітимуюча модель» для обгрунтування певної теорії кращої держави та кращого права. Монтеск'є прагнув обгрунтувати універсальність доктрини поділу влади, продемонструвавши її життєздатність на конкретних прикладах, а також вказати на небезпечність недотримання цієї доктрини на інших прикладах. На думку М. Кіікері, Монтеск'є «релятивував» суспільні та правові системи, щоби на їх основі показати можливість суттєвих політико-правових реформ. Тому використання ним порівняння було не науковим, а інструментальним, а «систематичний дискурс порівняльного права», як і зацікавлена «аудиторія» для сприйняття наукових порівняльно-правових досліджень, були відсутні. М. Кіікері наголосив, що спроби віднайти теорію порівняльного права у Монтеск'є завжди спираються на його ремарки, висмикнуті з тексту і контексту. Але "Про дух законів" став основою та постачальником необ-

хідних елементів для формування сучасного порівняльного правознавства у XIX ст.[1504]

Окрім того, прихильники обох поглядів звертали увагу на недосконалість дослідницької методики Монтеск'є, що відрізняє його праці від творів пізніших компаративістів: відсутність ідеї історичної еволюції, довільність використання при співставленні матеріалів різного часу і щодо суспільств, які перебувають на різних стадіях розвитку; значна роль спекулятивних і оціночних суджень; використання ненадійних джерел тощо[1505].

У будь-якому разі ми можемо погодитися з Б. Фоварк-Коссон у тому, що «у визнанні потреби розуміння інших правових систем перед тим, як намагатися зрозуміти свою власну, Монтеск'є запропонував нову перспективу, яка докорінно змінила правове мислення»[1506].

6.3. Розвиток порівняльного підходу до пізнання права з середини XVIII ст.

Описуючи другу половину XVIII ст., М. Ріхтер пише: «Порівняння та протиставлення використовувалися європейськими мислителями для характеристики своїх націй, континенту та історичної епохи. Це здійснювалося через виокремлення особливостей кожної нації від своїх сусідів, через протиставлення європейських режимів, суспільств, економік, культур та релігій з іншими у решті світу, та через співставлення свого власного часу з попередніми періодами»[1507]. У статті «Порівняння» в першому виданні «Енциклопедії Британніки» (1771 р.) Д. Юм писав: «Порівняння, в загальному розумінні, є осмислення відношення між двома людьми чи речами, коли вони протиставляються та співставляються, завдяки чому ми судимо щодо їх схожості чи відмінності…»[1508]. Подібне визначення було дане в німецькому енциклопедичному виданні за редакцією Й. Зедлера (1733–1764)[1509].

Принципово важливе значення для становлення порівняльних засад юридичної науки мала геттінгенська школа юристів, доробок якої часто визначають як окреме явище — *«mos Gottingensis»*. Й.С. Пюттер запропонував ідею «комплексів» права з іншими науками, що насправді означало усвідомлення окремішності самої юридичної науки від філосо-

[1504] *Kiikeri M.* Comparative Legal Reasoning and European Law. Dodrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001. P. 16–18.
[1505] *Ренненкампф Н.К.* О современной обработке сравнительного правоведения… С. 94; Тарановский Ф.В. Сравнительное право в конце XIX века… С. 11; *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1049–1050; *Donahue Ch.* Comparative Law before the Code Napoleon… P. 26–28.
[1506] *Fauvarque-Cosson B.* Development of Comparative Law in France… P. 40.
[1507] *Richter M.* The comparative study of regimes and societies in the Eighteenth-Century… P. 147.
[1508] Ibid. P. 150.
[1509] Ibid. P. 150.

фії та спробу її нового дисциплінарного поділу[1510]. Зокрема, він запозичив порівняльний підхід у статистиці (державознавстві) свого колеги і друга Ахенваля, вважаючи, що цей підхід дає змогу вивчити особливості свого національного права[1511]. Пюттер вказував, що історія права (яка розумілася ним та його послідовниками як емпірична юридична наука загалом — на відміну від апріорно-філософського пізнання права) має вивчати відмінності, подібності та взаємозв'язки між правовими системами всіх народів і часів, встановлюючи їх причини та наслідки, підкреслював (кількаразове виділення у тексті), що «порівняння прав» є основою «нового підходу» в юридичних дослідженнях[1512]. Щоправда, цей підхід він використав для конструювання «юридичної енциклопедії і методології», а не окремої юридичної дисципліни.

У «Новому досвіді юридичної енциклопедії та методології» (друге видання у 1767 р., перше видання 1757 р. нам недоступне) порівняння чинного права він виносить у підзагаловок праці, виокремлює окремий розділ «Про відмінність позитивних прав через відмінність часів і народів», спираючись на Монтеск'є, вказує на необхідність правового порівняння і необхідність у межах юридичної енциклопедії, на відміну від інших наук, вийти за межі національного права й дати знання про права всіх народів і часів[1513].

У 1785 р. учень Пюттера геттінгенський професор Й.Ф. Рейтемейєр у «Енциклопедії та історії права в Німеччині» закликав до порівняльного вивчення позитивного права як емпіричного досвіду народу, а також його конкретного антропологічного та географічного контексту[1514]. В своїй пізнішій праці «Німецьке законознавство і нове законодавство» (1804 р.) Рейтемейєр виокремив розділ «Закони зарубіжних держав і давнини»[1515].

Для Гуго визначення юридичної науки як суспільної, що за сутністю принципово відрізняється від «точних» наук, випливає із соціально-вольового характеру права. І саме через соціальність права, на його

[1510] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 104–105, 114.
[1511] Ibid. C. 112; *Heun W.* Die Entdeckung der Rechtsvergleichung… S. 11.
[1512] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie, 2 Aufl., Göttingen: im Verlag der Wittwe Vandenhoeck, 1767. S. 28–29, 93, 95–96; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 302–303; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 35, 38.
[1513] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 22–24, 28; *Ребет Л.* Історія порівнювання // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 386; *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 105.
[1514] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 115.
[1515] *Reitemeier J.F.* Die Deutsche Gesetzwissenschaft seit den neuern Legislationen. Eine Revision der Gesetze und Rechtsmeinungen imgleichen der Wahrheit vor Gericht in Gesetzbüchern, Rechtssprüchen und gelehrten Schriften mit einer Sammlung von Rechtsfällen. Band I. Stück 1–2. Frankfurt an der Oder: Akademischen Buchhandlung, 1804. S. 163.

думку, предметом юридичної науки є не пізнання єдиного закону чи принципу (справедливості, природного права), а емпіричне осягнення наявного (позитивного) правового різноманіття[1516]. Гуго зазначав, що природне право може бути вивчене лише на основі дослідження кожного позитивного права за допомогою філософії права, політики, "порівняння різних правових систем між собою, яке в сфері приватного права майже не здійснювалося"[1517].

Він наголошував, що право окремого народу не може стати предметом юридичної науки, на науковій безплідності його окремого розгляду, необхідності вивчення національного права у контексті зарубіжного правового досвіду[1518]. Гуго та Рейтемейєр у 1785–1790 рр. запропонували «синхронічний» метод для впорядкування знань про право різних країн в одну історичну епоху[1519]. Гуго у своїх працях широко здійснював порівняння римського, іудейського, англійського, французького, німецького права, насамперед у сферах цивільного та сімейного права[1520]. Він розробив ідею *«verschiedenen positiven Rechte»* — різноманітності позитивного права, пізнання позитивного права як відображення досвіду різних народів. Розвиваючи вчення Пюттера, він пропонував «вивчати позитивне право окремих народів, шукати причини і наслідки, порівняти варіанти між собою»[1521].

В основі історичного підходу до пізнання права і філософії позитивного права, запропонованих вченими Геттінгенського університету, насамперед у особі Гуго, була ідея органічного розвитку права, що наголошувало на більшою мірою ірраціонально-консервативній, а не на раціональній та свідомій волі нації до правотворення.

І пізній кантіанський, і геттінгенський підходи у філософії права засновувалися на конкретно-соціальному розумінні права. Але вважаємо достатньо характерним те, що саме геттінгенська школа вперше визначила правознавство як окрему науку, до того ж науку суспільну, що вивчає право як плюральну сферу саморозвитку і взаємодії різноманітних та рівних історично сформованих національних правопорядків.

Саме геттінгенська школа не лише проголосила необхідність емпіричного підходу до соціальної реальності, а й запропонувала для цього відповідний методологічний інструментарій — історичний та порівняльний методи дослідження — з виразним соціальним наповненням.

[1516] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 275.
[1517] *Hugo G.* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 1. Band… S. 87–88; *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs… S. 103.
[1518] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 276.
[1519] *фон Иеринг Р.* Историческая школа юристов… С. 87.
[1520] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… C. 118.
[1521] *Hugo G.* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Zweyter Band… S. 10. Цит. за: *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs… S. 102.

Відокремлення Гуго порівняльного дослідження правової реальності від створення моделі національного права як (користуючись термінологією Вебера) «ідеального типу», на нашу думку, створило основу для формування компаративістики як третього шляху між філософським і догматичним осмисленням права.

І. Бентам у праці «Вступ до засад моральності й законодавства» (написана у 1780 р., доповнена й видана у 1789 р.) та інших творах запропонував власний поділ юридичної науки на галузі, в основі якого був не лише поділ права на галузі, а й змістовний поділ на пояснювальну (узагальнення позитивного права) і критичну (вчення про належне в праві та юридична техніка) юриспруденцію, формальний — на внутрішню й міжнародну, історичну і чинну та ін.[1522]

Бентам стверджував невипадковість і природність правового різноманіття у світі, нормальність існування національного права і неможливість нині або в майбутньому права загальносвітового (ані формально, ані по суті), але при цьому співіснування «місцевої» (національної) та загальної пояснювальної юриспруденції[1523]. До сфери загальної юриспруденції «в строгому розумінні» він відносив лише систему правових понять у різних мовах, але й не виключав тут досліджень права кількох народів: «Зазвичай коли людина, викладаючи свої поняття про закон, розширює свій погляд на кілька націй, з якими найближче пов'язана його власна нація, його твір доволі часто вважається таким, що належить до загальної юриспруденції»[1524]. Бентам стверджував, що юридичні поняття мають бути абстрагованим вираженням суми позитивних юридичних явищ, а не створюватися дедуктивно, а тому загальна юриспруденція як система загальновизнаних понять і концептів ще не створена[1525].

Водночас він залишав «найширше місце для досліджень, застосовних до обставин усіх націй однаково», як об'єктів, так і понять, у межах критичної юриспруденції. Вказуючи на небажаність і неможливість уніфікації позитивного права народів загалом, він водночас залишає для критичної юриспруденції конструювання одноманітного законодавства для народів у окремих сферах[1526]. Про те, наскільки серйозно Бентам підходив до останнього, свідчать його пізніші праці «Кодифікаційна пропозиція для всіх націй» (1822 р.) і «Конституційний кодекс для використання всіма націями та всіма урядами на основі ліберальної думки» (т. 1, 1830 р.). Але в жодному разі ці дослідження не засновувалися на метафізичних чи телеологічних засадах.

[1522] *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства… С. 180–183.
[1523] Там само. С. 181.
[1524] Там само. С. 181–182, 187–188.
[1525] Там само. С. 25, 181.
[1526] Там само. С. 182.

У «Програмі курсу порівняльних законодавств» (1805 р.) В. Куоко зазначав, що знання законів інших народів багатьма людьми вважається частиною загальної ерудиції, справою чистої науки, що не має практичної користі[1527]. Натомість В. Куоко стверджує, що ігнорування позитивного права інших народів, невід'ємно пов'язаного з їх історією, релігією, політикою, покладання на природне право приносить з собою страшне зло, як у випадку з революційною Францією[1528]. Адже знання зарубіжного правового досвіду дає змогу відокремити необхідне від випадкового і визначити правильний шлях реформування права, є «експериментальною частиною юриспруденції», «критичною юриспруденцією» та основою філософії права[1529]. Як зазначав В. Куоко, основою нашого розуму завжди будуть факти, а ідеї, справедливість яких ми визнаємо, здебільшого беруться з досвіду інших народів[1530].

Відзначимо і порівняльно-правові дослідження українських учених. Зокрема, С.Ю. Десницький став автором низки досліджень, що безпосередньо позиціонуються ним як порівняльно-правові: «Юридичний розгляд щодо речей священних, святих і прийнятих у благочесті, з показанням прав, якими вони у різних народів захищаються…» (1772 р.), «Юридичний розгляд щодо початку і походження шлюбу у первинних народів і про досконаліть, якої він сягнув у наступних народів просвіщених…» (1775 р.), «Юридичний розгляд щодо різних понять, які мають народи про власність на маєтки в різних станах суспільного життя» (1781 р.).

У "Поданні щодо запровадження законодавчої, судової та наказуючої влади в Російській імперії" (1767 р.) С.Ю. Десницький, окрім, як видно з назви, запозичення з "Про дух законів" Монтекск'є ідеї щодо поділу влади (ця праця є однією з перших спроб "науково обгрунтувати обмеження самодержавної влади в Росії"[1531]), також, звертаючи увагу на організацію професійної підготовки суддів, наголошував на необхідності емпіричного, а не раціоналістичного вивчення природи людини — на основі зарубіжних політико-правових матеріалів («читати різні системи законів», щоби поглиблювати знання і вміння), вказував, що переконливими є твердження, що спираються на вивчення історичного досвіду різних народів[1532]. У інших працях він пропонував вивчати і

[1527] *Cuoco V.* Programma di un "corso di legislazione comparata / Cuoco V. Scritti vari / A cura di N. Cortese, F. Nicolini. P. I: Periodo Milanese (1801–1806). Bari: Gius. Laterza & Figli, 1924. S. 325.

[1528] Ibid. S. 326–328.

[1529] Ibid. S. 328–329.

[1530] Ibid. S. 331.

[1531] *Болебрух А.Г.* Суспільно-політичні погляди українських мислителів XVIII – першої половини XIX ст. // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 18.

[1532] *Десницкий С.Е.* Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.)… С. 206; *Десницкий С.* Представление о учреждении законода-

узагальнювати законодавство і судову практику різних народів, їх «докладно зіставляти» і порівнювати з метою виведення загальних принципів права (природного права) та визначення корисного досвіду, вирішення справ, щодо яких немає норм національного права, пояснення історії, сучасного стану, особливостей останнього[1533].

Я.П. Козельський зазначав: "Кожному народу обов'язково слід знати інших форму правління, закони, звичаї, віру, чесноти і пороки, якість їх земель, кількість багатства та доходів, силу й слабкість їх зброї, одним словом, увесь і щодо всіх обставин обдуманий їх стан". Відзначаючи особливий характер окремих народів, він стверджував, що навіть переможений народ не має силоміць позбавлятися свого права, наголошував на цінності вивчення зарубіжного права, що дає змогу визначити природу права та його принципи[1534].

Низка порівняльно-правових досліджень пов'язані із Замойською академією, зокрема, докторські дисертації Д. Нико і В. Шченського «Судові узагальнення, взяті з канонічного та цивільного права» (1778 р.), В. Теппера «Успадкування за рішенням суду згідно з римським, австрійським і польським правом» (1779 р.) та ін.[1535] Професор Харківського університету І.Ф. Тимковський у 1808 р. став автором праці «Порівняння Юстиніанових законів з російськими» (за яку в 1809 р. був обраний членом Геттінгенського наукового товариства)[1536]; чотири з семи магістерських дисертацій, захищених у цьому університеті в першій третині XIX ст., мали порівняльно-правовий характер: «Роздуми про підстави

тельной, судительной и наказательной власти в Российской империи // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века… С. 294, 304–305, 317.

[1533] *Десницкий С.* Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 199–200, 204–205, 208–209, 211; *Десницкий С.* Юридическое рассуждение о начале и происхождении супружества у первоначальных народов и о совершенстве, к какому оное приведенным быть кажется последовавшими народами просвещеннейшими // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 258; *Десницкий С.* Юридическое рассуждение о разных понятиях, какие имеют народы о собственности имения в различных состояниях общежительства // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 268, 271; *Десницкий С.* Из примечаний к переводу книги Блэкстона «Истолкования английских законов» // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 287.

[1534] *Козельский Я.П.* Предисловие к переводу "Истории датской" Л. Голберга // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 181–182, 190–191; *Козельский Я.П.* Философические предложения… С. 530–531; *Козельский Я.П.* Рассуждения двух индийцев Калана и Ибрагима о человеческом познании. Искренний совет истинной дружбы // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 564.

[1535] *Бондарук В.О.* Розвиток юридичної науки і освіти в Замойській академії (1594–1784 рр.)… С. 145, 156, 158.

[1536] *Лиман С.И., Сорочан С.Б.* Византийская империя в трудах историков харьковского университета (1804–1885 г.) // Східний світ. 2006. № 2. С. 54.

спадкування за заповітом взагалі та зокрема за російським законодавством» (І. Майстренков, 1824 р.), «Роздуми щодо доказів кримінальних злочинів і властивостей цих доказів взагалі та зокрема за російським законодавством» (С.Г. Єрофєєв, 1825 р.), «Роздуми про засади опіки і піклування взагалі та зокрема за російським законодавством» (О.М. Корсун, 1825 р.), «Роздуми про значення свідків у кримінальному судочинстві за засадами римського і російського законодавств» (О.Г. Криворотов, 1832 р.)[1537].

Суттєві особливості розвитку ідеї порівняння права в контексті Французької революції та наполеонівських воєн виявилися в німецьких державах. Неможливість досягнення реальної, а згодом і формальної політичної єдності, а також виклик революції у Франції[1538], яка у свідомості німців виступала як постійний суперник, конкурент, а відповідно невід'ємна негативна частина німецької ідентичності, окупація та насадження зарубіжного права, зміни кордонів — усе це вимагало формулювання власної відповіді, своєї стратегії розвитку суспільства, держави, права.

Умови правового та інтелектуального розвитку німецьких держав початку XIX ст. виявилися сприятливими для розвитку порівняльно-правового компонента юридичної науки і освіти. Ці держави, на нашу думку, слід розглядати як автономні політико-правові утворення, а не в телеологічному чи ідеологічному контексті — як частини єдиної Німеччини. Отже, маємо справу з окремими, хоча й багато у чому подібними, правовими системами. Раціональний чинник — економічні зв'язки, а також ідеологічний — свідомість національної, історичної та культурної єдності, певною мірою прагнення єдності політичної вимагали постійного порівняння правових систем цих країн та конструювання на цій основі загальнонімецького права.

Окрім того, з часів Реформації у німецьких державах співіснували як католицькі, так і протестантські громади. Церковне право цих конфесій регулювало суттєве коло правовідносин, для юриста було важливо знати його незалежно від його особистої конфесійної належності.

Але відображення суспільно-економічних та правових реалій у німецькій юридичній освіті відбулося не одразу. Зокрема, згідно з твердженням Ф. Савіньї, станом на 1814 р. у пруських університетах не

[1537] Підготовка і атестація науково-педагогічних кадрів у Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого (1805–2005 роки) / Панов М.І. (кер. авт. кол.) та ін. Харків: Право, 2006. С. 11.

[1538] Гегель протягом усього свого життя вважав Французьку революцію (з усіма її недоліками) найважливішою подією в світовій історії. Див. напр.: *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 451; *Дворцов А.Т.* Гегель… С. 134. Гегель, зокрема, вказував на «закони права, привід до видання яких подав, звичайно, французький гніт, так як особливо завдяки йому було пролите світло на недоліки попередніх установ». Див.: *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 454. Див. також: «Без виключення всі історики 19 ст. вважали Французьку революцію великим розривом в лінії історії». *Bos J.* Nineteenth-Century Historicism and Its Predecessors… P. 139.

викладалося навіть національне право, годі й говорити про порівняльно-правові дисципліни. Вчений наголошував на байдужості до цього питання в інтелектуальному середовищі країни[1539].

Водночас недавні реалії французької окупації та запровадження французького Цивільного кодексу (на думку Наполеона, це був крок до уніфікації права західних країн), дискусії (А. Тибо, Ф. Савіньї, П.Й.А.фон Фейєрбаха та ін.) щодо наслідування французького досвіду кодифікації викликали безумовний інтерес до французького та іншого зарубіжного права, а також усвідомлення німецького права як цілісного і відмінного від інших феномена, який, знов-таки, можна було уявити лише на основі порівняльно-правових досліджень.

У. Хуг в «Історії порівняльного права» наголошував на різниці між розвитком юридичних досліджень на початку XIX ст. у європейських країнах з кодифікованим і некодифікованим правом. Зокрема, у Франції з її раціональним правом, «сконструйованим на основі нових принципів, виведених розумом та виражених у простих і всеохоплюючих формулах», юристи «концентрувалися на зусиллях щодо інтерпретації та аналізу їх кодексів. Ця концепція функції юридичної науки, заснована повністю на безпосередніх практичних потребах, мала закономірним результатом звуження свого світогляду та обмеження предметів дослідження. Була створена атмосфера, в якій вивчення зарубіжного та порівняльного права розглядалося як таке, що не має цінності». Французькі юристи, сповнені віри у досконалість їх правової системи, «не лише не брали до уваги правовий світ поза їх країною, але й власну історію права»[1540]. Відповідно країни з некодифікованим правом, а особливо розділена на багато держав Німеччина об'єктивно потребували порівняльно-правових досліджень.

Зокрема, Кант у праці «Вічний мир» (1795 р.) заперечив можливість теоретичної побудови всесвітнього права, натомість стверджуючи необхідність постійних емпіричних досліджень: «Усі плани теорії для державного, міжнародного і космополітичного права розпливаються в беззмістовні, нездійсненні ідеали; навпаки, лише практика, заснована на емпіричних принципах людської природи, яка не вважає для себе занадто принизливим витягувати повчання для своїх максим із становища речей у світі, могла б сподіватися знайти надійну основу для будівлі державної мудрості»[1541]. І навпаки, можливість апріорної побудови моделі «принципів державного устрою взагалі» ним виразно відкидалася[1542]. Так само для становлення плюралістичної правової карти світу суттєве значення має визнання Кантом держави «моральною особисті-

[1539] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 199.
[1540] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1052–1053, 1060.
[1541] *Кант И.* Вечный мир… С. 49.
[1542] Там само. С. 52.

стю», засудження ним поширення права однієї держави на іншу як порушення її суспільного договору[1543]. Отже, основою «мудрості», орієнтиром розвитку національного права мають стати емпіричні юридичні дослідження загального у правовому розвитку. Таким чином, філософський інструментарій більше не є основним засобом правового пізнання, йдеться про створення методології емпіричного юридичного дослідження соціального наднаціонального в праві для вдосконалення національного права.

Українсько-польський вчений, політик і державний діяч Т. Чацький у своїй праці 1808 р. стверджував: хоча лише своє національне право є для юриста безумовним авторитетом, «іноземні права є свідченням шановних думок»[1544].

П.Й.А. Фейєрбах у статті «Щодо кримінальної юриспруденції Корану» (1800 р.) зазначав, що знання кримінальної політики, необхідне у кримінальному праві, випливає із знання чинних кримінальних законів різних народів: «Без знання реально існуючого, не порівнюючи різні законодавства між собою, без знання відношення законодавств до різних станів народів, за часом, кліматом, устроєм апріорний нонсенс односторонніх філософів є неуникненним»[1545]. Саме історичне і порівняльне дослідження є основою як філософії права, так і правової політики[1546].

У «Погляді на німецьке правознавство» (1810 р.) Фейєрбах вказував, що історію права не в змозі замінити вивчення римського права, не стане вона повноцінною й від вивчення лише права «рідного або вже адаптованого до нього», а також права германських народів[1547]. Натомість історія права і позитивна юридична наука має «зацікавитися іншими народами, уважніше дослідити їхні звичаї і закони заради того, щоб потім збагатити усе своє новим матеріалом, чи хоча б заради того, аби поглянути на нього під іншим кутом зору, до того ж гострішим поглядом і в новому світлі». Тому Фейєрбах закликав вивчати «закони всіх часів і народів» і стверджував, що для цього зібрано і видано вже достатньо матеріалів[1548]. Він підкреслював, що будь-яке знання не посувається вглиб більше, ніж вшир, і вказував, що «опис та історія права всіх народів» мають стати основою нової юридичної науки, дають змогу побачити, чим є право загалом[1549]. На думку Фейєрбаха, «найбагатшим джерелом

[1543] Там само. С. 3, 7.

[1544] *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich? I czy z połnocnemi narodami mielismy wiele wspolnych praw i zwyczaiow? Rosprawa czytana w Krzemieńcu na otwarciu roku szkolnego 1808 w Gimnazyum Wołyńskiem. Wilno: u J. Zawadzkiego, 1809. S. 122.

[1545] *von Feuerbach P.* Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran… S. 164.

[1546] Ibid. S. 164–165.

[1547] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 12, 14–15.

[1548] Там само. С. 15.

[1549] Там само. С. 15–16.

для будь-яких відкриттів у кожній емпіричній науці є порівняння і поєднання. Лише завдяки різноманітним протиставленням протиставлене стає абсолютно зрозумілим. І тільки завдяки виявленню подібного і несхожого, а також їхніх причин, можна вичерпно обгрунтувати якість та сутність будь-якої речі»[1550]. Він зазначав, що «розум філософа» має бути спрямований на те, щоби «вивести з поодинокого загальне й звести все до великого і змістовного єдиного цілого»[1551].

Гейдельберзький професор К.Й.А. Міттермайєр у «Вступі до вивчення історії германського права» (1812 р.) вказував на оригінальність кожного національного права, наявність у ньому унікальних рис (у тому числі пов'язаних з осмисленням особливостей соціального та економічного життя народу), які мають пізнаватися емпірично і поза будь-яким встановленим каноном (зокрема, римським правом)[1552]. Зазначимо, що Міттермайєр став автором цілої низки порівняльно-правових праць: «Теорія доказів у кримінальному процесі на основі загального позитивного права у співставленні з Французьким кримінальним кодексом» (Theorie des Beweises im peinlichen Prozess nach den gemeinen positiven Gesetzen und den bestimmungen der Franzosischen Criminalgesetzgebung, 1809 р.), "Довідник з кримінально-процесуального права, що містить порівняльний розгляд загального німецького права у співставленні з Французьким, Австрійським, Баварським та Прусським кримінальними кодексами» («Handbuch des peinlichen Prozesses, mit vergleichender Darstellung des gemeinen Deutschen Rechts und der Bestimmungen der Franzosischen, Osterreichischen, Baierischen und Preussischen Criminalgesetzgebung», 1810–1812 рр.) та ін. У. Хуг зазначав, що праці Міттермайєра «є важливими тому, що засновані на найбільш всеохопному порівняльному матеріалі та включають не лише континентальне право, але багато англійського та американського права», а також відносив праці Фейєрбаха, Міттермайєра і Цахаріа до єдиної гейдельберзької школи юристів, що відіграла значну роль у становленні порівняльного пізнання права на початку XIX ст.[1553]

Слід також відзначити працю К.К.Й. Бунсена «Афінське спадкове право» (1813 р.), опубліковану в Геттінгені, що була заснована на порівнянні стародавнього індійського, грецького і римського права та поклала початок індоєвропейському тематичному вектору порівняльно-правових досліджень[1554].

Нові теоретико-методологічні засади перетворення юридичного знання на нову науку, соціальну за своєю сутністю, сформульовані мислителями кінця XVIII — початку XIX ст., насамперед Кантом і Гуго, реалі-

[1550] Там само. С. 15.
[1551] Там само. С. 16.
[1552] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts. Landshut: bei Joseph Thomann, 1812. S. 71, 77–78.
[1553] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1056–1057.
[1554] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 44.

зувалися у формуванні та змаганні двох перших шкіл позитивного правознавства — філософської (або історико-філософської) та історичної. На нашу думку, «моментом істини» для становлення та виявлення потенціалу цих шкіл стала дискусія між ними у 1810–1817 рр. навколо питання про шляхи розвитку німецького права після звільнення німецьких держав від французької окупації. Дискусію розпочав П.Й.А. Фейєрбах, але найбільший вплив на розвиток юридичної науки справили трактати, видані в 1814 р. А.Ф.Ю. Тибо та Ф.К. фон Савіньї.

Тибо виступив проти обмеження юридичної науки й освіти знанням германського та римського права[1555]. У пізнішій праці («Щодо так званої історичної та неісторичної шкіл права», 1838 р.) він писав про багато в чому жалюгідне «юстиніанове право», з яким представники історичної школи права носяться як з якоюсь вічною істиною», не звертаючи уваги на інші правопорядки[1556].

Ми поділяємо думку Л.-Ж. Константинеско про те, що саме становлення «розуміння і поняття свого власного права» стало основою для розвитку юридичної науки загалом і порівняльного правознавства зокрема у XIX ст.[1557]. Саме після цього юридична наука слідом за практикою локалізувала правові феномени, провела між ними чіткі межі й змогла розпочати емпіричне й порівняльне пізнання правової карти світу на відносно плюралістичних засадах. У зв'язку з цим згадаємо думки видатних учених В.О. Туманова і М. Рейманна, які стверджували, що сучасна юридична наука сформувалася на початку XIX ст., а її початком є саме історична школа права[1558]. А В.Є. Чиркін заявляє про формування у цей час юридичного світогляду[1559]. Так само змагання історичної та філософської шкіл називається ключовим для становлення сучасної історичної науки та соціології[1560].

У прямо наголошеній та імпліцитно присутній проблематиці дискусії вважаємо за можливе виділити те, що обидві школи визнавали: догматики галузей національного права недостатньо для побудови нової юридичної науки. Тому основним інструментом конструювання правової картини світу та нової юридичної науки для її пізнання став порівняльний підхід. При цьому відмінні позиції двох шкіл об'єктивно формували основи для двох відгалужень останнього, що згодом поступово конституювалися як історико-порівняльний і типологічний методи. Нова юридична наука, в єдності її об'єкта, предмета та методології, зародилася як вираз-

---

[1555] *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 382.
[1556] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 111.
[1557] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного права… С. 105.
[1558] *Туманов В.А.* Буржуазная правовая идеология: к критике учений о праве… С. 112–113.
[1559] *Чиркин В.Е.* Государствоведение. 3-е изд., испр. и доп. Москва: МПСУ; Воронеж: МОДЭК, 2012. С. 45–46.
[1560] Див. напр.: *Захарченко М.В., Погорілий О.І.* Історія соціології… С. 88, 100; *Социология*: наука об обществе… С. 83. Див. також: *История* теоретической социологии: В 4 т. Т. 1 / Отв. ред. Ю.Н. Давыдов. Москва: Канон+; Реабилитация, 2002. С. 5, 8–13.

но компаративістська, що значною мірою було також концентрованим і сутнісним вираженням її соціального та позитивістського характеру.

Загалом ми погоджуємося з думкою М. Рейманна про те, що нове посткантівське бачення юридичної науки можна вважати саме німецьким винаходом. І хоча «ця ідея (право є наукою. — *О.К.*) не була німецькою ані ексклюзивно, ані за походженням, але у XIX ст. німецькі вчені розвинули її більш системно, обговорювали її більш інтенсивно, витончили її краще, ніж будь-яка інша сучасна правова культура»[1561].

Як зазначає М. Рейманн, тогочасним юристам довелося вирішити принципові завдання — як здобувати і систематизувати емпіричні знання про право. І якщо в тому, що здобувати знання слід історично і порівняльно, представники двох основних напрямів німецької юридичної думки — історико-філософського та історичного — невдовзі погодилися, то в критеріях систематизації знань вони розійшлися. Водночас для обох шкіл цей критерій залишався поза правом: для історичної школи — в національній культурі, національному духові, для історико-філософського напряму — в загальнолюдській еволюції філософських принципів[1562].

Звернемо увагу спочатку на погляди історичної школи права. У 1815–1816 рр. німецька історична школа в особі свого лідера Ф. Савіньї сприйняла ідею порівняльного та порівняльно-історичного пізнання права: він вказав на "успадкування ним ідеї порівняння права" від Фейєрбаха[1563]. Гердер, Гуго, Савіньї та інші мислителі сформували ідею включеності національного права до ширшої спільності германського права, що передбачало усвідомлення і порівняльно-правове вивчення відмінностей між германським, римським та інонаціональним правом. Савіньї та К.Ф. Ейхгорн 1815 р. вперше запропонували регіональний напрям порівняльно-правових досліджень — у межах германських народів[1564].

Пізніше, у праці «Система сучасного римського права» (1840–1849 рр.) Савіньї стверджував, що загальне є одночасно об'єктивним як сума національних правових досвідів і суб'єктивним як предмет пізнання (залежить від того, хто, як і що складає до суми). Але при цьому він (у лекціях із загального земського права) продовжував констатувати, що «використання іноземних прав у порівняльному аспекті для нас не може мати дуже великої користі»[1565].

Активне використання історичною школою порівняння в правових дослідженнях визнавали й їхні сучасники-опоненти. Зокрема, про це

[1561] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 837–838.
[1562] Ibid. P. 837–838.
[1563] *von Savigny F.K.* Stimmen für und wider neue Gesetzbücher // Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 1817. Band 3. S. 7–8. Див. також: *Radbruch G.* Anselme Feuerbach precurseur du droit compare… S. 307; *фон Иеринг Р.* Историческая школа юристов… С. 83.
[1564] *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 45.
[1565] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса. С. 125.

писав Ганс у 1829 р.: «Адже сам знаменитий творець історичної школи оголосив свої нападки на філософське обгрунтування права, а також на універсально-історичний вимір непорозуміннями між противниками і тим самим поклав кінець усім суперечкам. Адже самі прихильники історичної школи у працях, що стосувалися насамперед римського права, взяли до уваги індійські, грецькі та німецькі інститути, чи повідомили про проведення лекцій з універсальної історії права»[1566].

І.Б. Раковецький, прихильник історичної школи, у праці «Правда Руська» (1820 р.) закликав до порівняння як засобу пізнання права народів, стверджував, що історія зарубіжних правопорядків стала предметом досліджень багатьох учених, намагався прослідкувати історію становлення дослідження права народів слов'янської етномовної групи наприкінці XVIII — на початку XIX ст.[1567] Натомість Пухта в «Енциклопедії права» (1821 р.) вважав, що позитивна юриспруденція є наукою виключно національною («особливою»), що займається «правом у його ізольованості, отже, правом народу як такого», а результати юридичних досліджень національних правопорядків узагальнює філософія права[1568].

Вихованець Гейдельберзького університету і учень Тибо, але яскравий представник історичної школи права, німецький і бельгійський учений Л.А. Варнконіг у своїй статті «Сучасний стан правової науки в Німеччині» (1824 р.) вказував на «провину» німецьких юристів — у тривалому нехтуванні вивченням зарубіжного права, що пояснювалося відсутністю власного загальнонаціонального правопорядку, а також реакцією на революційні події в Європі, але висловлював віру в те, що ця байдужість незабаром мине[1569].

Учень Гуго і Савіньї, послідовник історичної школи права Ф. Блюм у своєму огляді праць, присвячених англійському праву (1830), вказував на те, що римське право втратило значення загального права європейських країн з поступовим розвитком національного та партикулярного права. Але спроби замінити його апріорними конструкціями природного права не матимуть успіху, вони показали своє безсилля на тлі урізноманітнення європейського правового розвитку. Натомість мало йтися про наукові підходи, що дають змогу осягнути європейський правовий розвиток: «Зрештою, коли для більшості юристів ідея природного права

[1566] Там само. С. 122.

[1567] *Rakowiecki J.B.* Prawda ruska; czyli, Prawa wielkiego xięcia Jarosława Władymirowicza, tudziez traktaty Olga y Igora ww. xx. kiiowskich z cesarzami greckimi, y Mścisława Dawidowicza x. Smoleńskiego z Rygą zawarte, których texta, obok z polskiém tłomaczeniem poprzedza Rys historyczny zwyczaiów, obyczaiów religiy, praw y języka dawnych słowiańskich y słowiańsko-riskich narodow. T. I. Warszawa: Drukarnia XX Piiarow, 1820. S. 228, 244, 246, 250, 252.

[1568] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 96.

[1569] *Warnkoenig L.A.* De l'état actuel de la science du Droit en Allemagne, et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années // Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte (Bruxelles). 1824. T. I. P. 22–23.

вже перестає бути переконливою, або не задовольняє зовсім, усе йде до того, що, навіть маючи різне законодавство, єдність науки про право можна зберегти, якщо мати до нього спільний підхід»[1570].

Блюм звертав увагу на засоби забезпечення єдності права у Британській імперії — через єдність судової практики. Вчений вважав, що за допомогою наукового узагальнення судової практики європейських країн можна врівноважити і фрагментацію знання про європейське право, пізнати відчутну схожість, спорідненість правових систем континенту, створити нову загальну юридичну науку, здатну пояснити процеси правового розвитку. Цікаво, що до вчених, на підходи яких при цьому можна спертися, Блюм зараховує, зокрема, Ф. Савіньї, Г. Гуго, Е. Лермінье[1571]. На те, що таким узагальнюючим науковим підходом, на його думку, є саме порівняльний, вказують ідеї, висловлені в іншій його праці — «Нарисі пандектного права: огляд джерел» (1829)[1572].

Польський юрист, представник історичної школи права В.А. Мацеєвський в «Історії слов'янських законодавств» (перший том — 1832 р.) підкреслював, що значення вивчення зарубіжного права, в тому числі римського, не у встановленні авторитету, еталону, «не в придушенні думки юристів різних народів», а в пізнанні зарубіжного досвіду[1573].

М.Є. Асламов, узагальнюючи погляди на філософію історії в працях представників історичної школи права, зазначає, що історичним горизонтом для Пухти виступала загальна історія права, що він, як і Савіньї, визнавав останню предметом дослідження, але не як об'єктивну реальність, без телеологічності, а також обидва вчені проблематизували історико-порівняльний підхід у правознавстві й усвідомлювали проблему критеріїв і меж порівняння як наукову[1574].

Натомість ми категорично не погоджуємося з поширеною думкою[1575] про невизнання Савіньї та іншими представниками історичної школи евристичності та необхідності порівняльно-правових досліджень. Наприклад, А.М. Михайлов, слідом за низкою інших дослідників, стверджує, що уявлення про національність і передвизначеність розвитку права перешкоджало використанню порівняння представниками історичної школи, пише про «неприйняття нею ідеї порівняльного правознавства»[1576]. Серед аргументів А.М. Михайлова щодо незначної ролі

[1570] *Blume.* Englisches recht… S. 374. Переклад цитати О.А. Шаблій.
[1571] Ibid. S. 373–374.
[1572] *Bluhme F.* Grundriß des Pandectenrechts: mit einem Quellenregister… S. VII.
[1573] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1. Warszawa, Lipsk: W Księgarniach Brzeziny I Hinrichsa, 1832. S. V.
[1574] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Автореф. дисс. … канд. филос. наук. Москва, 2012. С. 11; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[1575] Див. напр.: *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 34.
[1576] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 89; *Михайлов А.М.*

порівняння у працях історичної школи: 1) відсутність поняття загальнолюдського права, а отже, й «критеріїв, за якими дух одного народу може бути співставлений з духом іншого народу»; 2) зважаючи на уявлення про субстанційність і саморозвиток права, «у юридичної компаративістики практично відсутні засоби дієво впливати на процес розвитку національного права»; 3) політичні настанови — негативне ставлення до французького права; 4) сприйняття римського права як універсального; 5) методологічні настанови філософії ідеалізму — щодо замкненості, якісної своєрідності й непереносимості до інших культур національного духовного надбання; 6) право існує об'єктивно, суспільство його не створює, а лише відкриває (дух народу, що «даний першопочатково, до будь-якої соціальної взаємодії»); 7) намагання чітко дистанціюватися від теоретиків природного права з їх універсалізмом, що також сприяє зближенню теорії й практики[1577].

Водночас А.М. Михайлов стверджує, що історична школа «вперше в історії юридичної думки представила концептуалізацію історії становлення і розвитку романо-германського права», і зроблено це було на основі «аналізу історії права Стародавнього Риму»[1578]. Він же присвячує один з розділів своєї монографії та окрему статтю природі права та юридичній компаративістиці у поглядах представників історичної школи права, де наголошує на тому, що «істористи»: 1) на відміну від юснатуралістів відкидали існування єдиного і незмінного права для всіх народів, натомість стверджували плюралізм національних правопорядків, неабсолютність та історичність права, його зумовленість конкретним соціальним контекстом; 2) відкидали метафізику природного права та чистого розуму — як суб'єктивну, індивідуалістичну; 3) створювали німецьке національне право на основі співставлення і порівняння «партикулярних» прав німецьких держав; 4) згодом визнали наявність загальнолюдських правових принципів, які лише конкретизуються окремими народами[1579].

Окремою проблематикою, що має становити єдиний предмет осмислення з «кодифікаційними дебатами» у німецьких державах, але перебуває у затінку останніх, є дискусії щодо рецепції французького права в інших країнах Європи. Зокрема, це жваві обговорення у 1818 р. у Варшавському сеймі та наукових колах питання щодо збереження,

---

Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 160.

[1577] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 89–90, 118, 140, 142, 182, 186–189, 208–211, 213, 218, 348 та ін.; *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 160–161.

[1578] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 338.

[1579] *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 153–156, 161.

зміни чи скасування чинності в країні наполеонівських кодексів. У цьому процесі було широко представлено позиції прибічників органіцистського (безумовна відповідність права духу народу, орієнтація на використання власного історичного досвіду — право має бути національним і за формою, і за змістом) і соціально-вольового (прийнятність запозичення права, орієнтація на розвиток інших країн — право має бути національним принаймні за своєю формою) бачень розвитку права, здійснено порівняльні дослідження, розвинено порівняльні судження[1580].

Подальший розвиток ідей історико-філософської школи права в Німеччині пов'язаний з Г.В.Ф. Гегелем. У «Філософії права» він зазначав, що підходи природничих та технічних наук непридатні для дослідження суспільних явищ, адже суспільний світ не співпадає з природою — він не детермінований ззовні, самоосмислений, самоусвідомлений, самозаконний, є не абсолютним, а плюральним[1581]. Також важливо, що він піддав сумніву можливість універсальної філософії: вона завжди відображає реалії часу та місця її створення[1582]. У своєму визнанні позитивної юридичної науки історичною Гегель чітко вказує й на порівняння, що не має змішуватися з філософсько-правовим розглядом[1583]. На питання про те, з чого слід починати науку, Гегель відповів, що початок має бути буттям, безпосереднім, який не виводиться логічно — інакше, якщо він виводиться з певних понять, він не є початком. У системі знання Гегеля поняття мають не з'являтися ззовні, а виникати з цього початку. Шлях пізнання такий: від буття — до сутності, від сутності — до поняття[1584].

Е. Ганс у Передмові до «Спадкового права у всесвітньо-історичному розвитку» (1823 р.) зазначав, що школа природного права не зверталася до права і правових уявлень конкретних народів, а будувала свої теорії суб'єктивно, на основі поширених уявлень своїх країни і часу[1585]. Натомість юристи-позитивісти емпірично досліджують право окремих народів, але не створюють узагальнень: «Ученим не спадало на думку розглядати саме по собі це дослідження як особливий вид філософії й вони здійснювали його поки ще в манері наївної безпосередності»[1586].

[1580] *Kraushar A.* Przedmowa wydawcy // Daniłowicz I. Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi i litewskiemi. Warszawa: Księgarnia Jana Fiszera, 1905. S. 8–11; *Daniłowicz I.* Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi I litewskiemi. Warszawa: Księgarnia Jana Fiszera, 1905. S. 65–66.

[1581] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство… С. 7–9, 14, 24–26, 292.

[1582] Там само. С. 13–15.

[1583] *Эмих В.В.* Ганс vs Савиньи: полемика между философской и исторической школами права… С. 147.

[1584] *Булатов М.А.* Немецкая классическая философия. Ч. II… С. 135–136.

[1585] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 76.

[1586] Там само. С. 77–78, 80–81.

Він зазначав, що науки про дух (історичні) наближаються до філософії, визнавши ідеї елементом дійсності, а філософія відкрилася до наявного і замість «беззмістовних абстракцій» стала розробляти «закони думки», залишивши позитивним наукам їх зміст[1587]. Ганс наполягав, що «наступним кроком, що послідував з цього укладення миру, було активне прагнення до порівняння у всіх позитивних науках». На думку вченого, сутність порівняння в тому, що «будь-яка певність не містить у собі свою істину, а скоріше в іншому, і що істина властива не самій абстракції, а що виявити її можна виключно у Загальному, а Окреме є лише одним з його моментів»[1588].

Тому Ганс називав порівняння «єдино правильним шляхом у позитивних науках», але явищем доволі недавнім (появу порівняльного підходу — «універсального дослідження в правовій науці» — він пов'язував з «Духом законів» Монтеск'є), а також висував вимогу до кожної дисципліни «розвиватися у порівняльну науку». «Фундаментальною позицією» для нього було розширення меж правової науки, що має вийти з національної ізоляції, «розглянути дух усіх народів»[1589].

Заснована на порівнянні юридична наука, на думку Ганса, є частиною філософії, причому завданням останньої є узагальнення даних юридичної науки, визначення поняття права взагалі; водночас історію права і позитивну філософію права він розглядає як рівноправні основи юридичної науки і наукові дисципліни в її межах. Дослідження, обмежені лише правом своєї держави, Ганс зневажливо називав правоумінням чи правознанням, тобто ремеслом, а не наукою, вони виконують прикладну роль; натомість справжня юридична наука існує не для користі, а для пізнання, й для останнього центральним є порівняння[1590].

При цьому, на відміну від свого вчителя, Ганс вважав кожний правопорядок однаково важливим у необхідному загальному розвитку, для сприйняття чого пропонував ученим звільнитися від суб'єктивізму. Другим імперативом порівняння є виявлення та пояснення відмінностей і плюральності правового розвитку, в якому єдність втілюється лише у самому процесі[1591]. Третім ми можемо назвати визначення певного феномена як центральної точки, з якою порівнюються всі інші феномени, а також єдиних критеріїв порівняння. Метою порівняння Ганс кілька разів називає не просто накопичення знання, опис правових систем, а вироблення понять юридичної науки[1592].

Німецько-данський вчений Н.Н. Фальк у своїй «Юридичній енциклопедії» (1821 р.) проголошував субстанційність розумного у праві, але пропонував у зв'язку з цим визнати розумність позитивного права і

[1587] Там само. С. 82–83, 92.
[1588] Там само. С. 82.
[1589] Там само. С. 74, 82–85.
[1590] Там само. С. 89–92.
[1591] Там само. С. 87–88, 93, 95.
[1592] Там само. С. 95–97, 100 та ін.

пізнавати істину в межах «універсальної теорії права» шляхом співставлення «юридичних правд» соціальних позитивних правопорядків. Щоправда, малося на увазі не саме право, а принципи, що лежать в його основі, й автор називав це раціональною теорією природного права, відокремлюючи її від історичних досліджень і філософських доктрин[1593]. Водночас він закликав до відокремлення раціонального та історичного в юридичній науці, вказуючи, що позитивне право визначається насамперед фактами, а не моральнісними ідеями[1594]. Фальк зазначав, що «для пізнання зарубіжного права вже зібрані деякі матеріали, але обробка цих матеріалів, що вимагається в юридичних цілях, відсутня майже повністю»[1595].

Український, російський і словацький вчений М.А. Балудянський у праці «Роздум про засоби виправлення установ і законодавства в Росії» (1826 р.) запропонував проект реформи у сфері державного права, що заснований і безпосередньо апелює до досвіду європейських держав[1596].

К.С. Цахаріа у вступній статті до «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн» (1829 р.) виокремлював дві загальні юридичні науки — філософію позитивного права, яка реконструює природні закони громадянського суспільства, але на основі емпіричних досліджень позитивного права, і науку законотворчості, або правову політику, що є виключно позитивною[1597]. Також Цахаріа вказував, що «науки про державу», до яких відносив і правознавство, мають будуватися на основі емпіричних досліджень позитивного права. Він підкреслював, що правові науки досліджують закони громадянського суспільства, але вони, на відміну від природничого знання, сформувалися вже після гріхопадіння людства, а тому мають справу із самоусвідомленими і плюральними об'єктами[1598]. Цахаріа вказував на неможливість ігнорування зарубіжного правового досвіду, який розглядав як суму досягнень інших народів, що мають бути загальним надбанням. Він наголошував, що такий підхід поділяє багато вчених-юристів[1599].

[1593] *Falck N.* The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances. An outline of juristic study // Outlines of the science of jurisprudence. An introduction to the systematic study of law / Trans. and ed. by W. Hastie. Edinburgh: T & T. Clark, 1887. P. 177–179.

[1594] Ibid. P. 178.

[1595] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение // Сучасні проблеми порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. Ю.С. Шемшученка, Я.В. Лазура; упор. О.В. Кресін, М.В. Савчин. Ужгород-Київ: Говерла, 2015. С. 197.

[1596] *[Балугьянский М.А.]* Рассуждение о средствах исправления учреждений и законодательства в России // Сборник Императорского Русского Исторического Общества. Т. 90: Бумаги «Особого секретного комитета», учрежденного Высочайшим рескриптом 6 декабря 1826. Ч. 2 / Изд. под наблюд. А.А. Половцова. 1894. С. 27–38.

[1597] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… 204, 209.

[1598] Там само. С. 199–200, 209.

[1599] Там само. С. 199–200, 209.

Розгорнуту аргументацію щодо необхідності й ролі пізнання зарубіжного права та порівняння в юридичній науці представив П.Й.А. Фейєрбах у праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство». Він зазначав, що філософія права «обов'язково повинна перейти зі строкатої сфери метафізичних спекуляцій у значно прозорішу сферу реальної практики», усвідомити різноманітність світу та іманентного в ньому різноманітного розуму, стати філософією законодавства (позитивного права). Як наполягав Фейєрбах, «Людськість приховується в окремих народах і людях, а отже, такий розвиток і опікування ним не означає піднесення до однорідної загальної подібності (яка природі не відома), а передбачає рух до досягнення максимальної єдності за існування якнайбільшого різноманіття»; філософія законодавства має бути узагальненням правових цінностей всіх народів[1600]. Крім того, різноманітність людського духу така велика, що він не може осягнути спільної мети, а отже, філософія законодавства завжди матиме не об'єктивний, а суб'єктивний характер, відображатиме не єдине явище, а їх сукупність. І якщо вона не оперта на порівняння, філософія права є виключно національною чи регіональною (європейською)[1601].

Як зазначає М. Даббер, наголос Фейєрбаха на порівнянні в праві має розумітися в контексті відкинення ним «традиційного природного права», що виводило сутнісні принципи права лише з розуму. Це не означало відмову від ідеї природного права загалом, але натомість формулювання його «формальної теорії» — виведення універсальних принципів права з порівняльного дослідження сучасних та історичних позитивних правових норм різних суспільств, за якого природне право ставало синонімом теорії права[1602].

З іншого боку, позитивне правознавство, на думку Фейєрбаха, може бути національним чи загальним. Жодне дослідження одного національного правопорядку, в тому числі римського, не може замінити загального правознавства, яке визначає, що у праві народу в певний час є суто вселюдським, необхідним і загальним, а що — випадкове і окреме. «Цьому навчає лише порівняння спільного і відмінного у праві різних народів», порівняння стає сутнісною основою побудови загального правознавства[1603]. Фейєрбах зазначав: «Грунтовні практичні знання

[1600] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 20–22; *Dubber M.* Comparative Criminal Law… P. 1294.

[1601] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 21.

[1602] *Dubber M.* Comparative Criminal Law… P. 1293.

[1603] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 21–22.

базуються на порівнянні та виявленні збігів і розбіжностей. Чим різноманітнішими є порівнювані предмети та аспекти їхнього порівняння, тим грунтовнішим є пізнання кожного з них»[1604].

Фейєрбах проголосив рівність правового досвіду та правових цінностей кожного народу, закликав «йти з широко відкритими очима навпростець поміж усі народи, не зневажаючи нікого й не надаючи комусь переваги, пробиваючись до їхнього живого і мислячого духу, до їхньої волі й творіння!»[1605]. Слід також зазначити, що Фейєрбах протягом багатьох років готував велику працю, присвячену загальній історії права, зібрав матеріали щодо права держав Європи, Азії, США[1606].

Компаративізація мислення тогочасних юристів і пов'язана з нею трансформація юридичної науки реалізувалася, відображалася і водночас підтримувалася та інституалізувалася юридичною освітою. Вища юридична освіта у німецьких державах була надзвичайно розвинена для того часу завдяки великій кількості університетів та академічній мобільності викладачів і студентів. Ми проаналізували програми викладання на юридичних факультетах німецьких університетів 1825–1829 рр.[1607] (з пов'язаними ширшими часовими екскурсами), на основі чого можна відтворити певний, хоч і неповний, «зріз» юридичної освіти в цій країні у відповідний час. У 1820-х роках у програмах німецьких університетів вже були присутні право-країнознавчі курси, присвячені, зокрема, французькому цивільному (Вюрцбург, Гессен, Гейдельберг), цивільно-процесуальному (Вюрцбург, Бонн, Ерланген), кримінально-процесуальному (Ландсгут), торговому (Вюрцбург) праву, англійському (Берлін) та данському (Кіль) праву.

Поряд з ними з'явилися й бінарні порівняльні галузеві дисципліни: «Розвиток і порівняння основних моментів французького і саксонського цивільного процесів» (Лейпціг), «Курс римського і німецького приватного права» (Фрейбург), «Кодекс Наполеона і земельне право Бадена»

[1604] Там само. С. 12.
[1605] Там само. С. 21–22.
[1606] *Dubber M.* Comparative Criminal Law… P. 1293.
[1607] *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827 / 28 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur. 1828. Band 7. S. 106–121; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der Juristischen Vorlesungen auf sämmtlichen deutschen Universitäten im Winterhalbjahr 1825/1826 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur. 1826. Band 1. S. 239–254; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf sämmtlichen deutschen Universitäten im Sommerhalb jahr 1826 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur. 1826. Band 1. S. 375–398; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1828–1829 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen literatur. 1828. Band 9. S. 99–107, 291–297; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1829/30 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen literatur. 1829. Band 12. S. 95–103, 218–224; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1831–1832 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur. 1831. Band 17. S. 222–226, 329–342 та ін.

(Фрейбург), «Німецьке приватне право з включенням німецького і французького торгового і обмінного права» (Гейдельберг), «Загальний німецький кримінальний процес… з включенням французького кримінального процесу» (Гейдельберг), «Кримінальний процес з роздумами щодо французького права» (Марбург), «Римське і сучасне спадкове право» (Лейпціг), «Французьке право у порівнянні з прусським земельним правом» (Бонн), «Німецьке і французьке кримінальне право» (Гейдельберг). Курси, присвячені галузевим порівняльно-правовим дисциплінам, загальному порівняльному правознавству та порівняльній історії права, ми розглянемо в іншому розділі.

Відображенням та чинником становлення компаративістського світогляду в праві була і наукова періодика. Зважаючи на багатоскладовість права німецьких держав і водночас поширеність ідеї німецького національного права і германського права, а також належність до Священої Римської імперії не-германських країн, накопичення, співставлення право-країнознавчої інформації, обмін нею були не лише науковою, а й практичною потребою. З'являлася значна кількість юридичних журналів, що декларували (здебільшого безпосередньо у своєму підзаголовку) і ставили за мету вихід за межі права своєї держави[1608].

Насамперед відзначимо, що починаючи з 1792 р. низка журналів у німецьких державах декларує безпосередньо у своїй назві присвяченість позитивному праву. Крім того, як праву своєї держави, так і зарубіжному праву були присвячені такі журнали: «Electa juris publici oder die Vornehmsten Staats-Affaires von Europa» («Вибране публічне право або головні державні справи в Європі»), 1709–1722 pp.; «Der Raisonnierende Juriste, welcher seine raisonnements aus denen Regeln der Klugheit und dem vernünfftigen Rechte, wie auch denen römischen und teutschen Antiquitäten über die Stücke der Rechtsgelehrsamkeit ergehen lässet» («Раціональний юрист…»), що видавався у 1714 р. і був присвячений римському і німецькому праву; «Der patriotische Juriste welcher seine vernünfftige Gedancken uber einige Lehr-Sätze aus den Jure naturali, gentium, publico, civili canonico et feudali eröffnet...» («Патріотичний юрист…»), що виходив у 1725 р. і був присвячений природному, міжнародному, публічному, цивільному, канонічному, феодальному праву;

[1608] Огляд німецьких наукових журналів здійснюємо на основі власних знахідок, а також даних, опублікованих Інститутом історії права Європи Товариства імені Макса Планка (*Digitalisierungsprojekt* «Juristische Zeitschriften 1703–1830» Liste der Zeitschriftentitel. 18 p. [Електронний ресурс] // Сайт Інституту історії права Європи Товариства Макса Планка. Режим доступу: http://data.rg.mpg.de/bibliothek/zeitschriftentitel-1703–1830.pdf; *Juristische* Zeitschriften des 19. Jahrhunderts // Сайт Інституту історії права Європи Товариства імені Макса Планка. Режим доступу: http://dlib-zs.mpier.mpg.de/pages/alleZS.html) та вибірки з бібліографічних видань: *Klippel D.* Naturrecht und Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert: Eine Bibliographie 1780 bis 1850. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012; *Juristische* Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.–20. Jahrhunderts / Hrsg von M. Stolleis. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999.

«Vorhoff der ganzen Jurisprudenz» («Моменти загальної юридичної науки»), що видавався у 1726–1741 рр. і був присвячений цивільному, феодальному, канонічному, публічному праву; «Die durchlauchtigen Höfe in Europa nach ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit und Verfassung entworffen» («Вісті найславніших судів Європи…»), 1735–1737 рр.; «Neue Sammlung von Staats-Schriften zur Erläuterung der neuesten Welt- und teutschen Reichs-Geschichten, nach Ableben Kayser Carl des Siebenden» («Нова колекція…»), що видавався у 1745–1747 рр. і був присвячений «світовій та німецькій історії права»; «Unpartheyische Critik über juristische Schriften inn- und ausserhalb Deutschland» («Безстороння критика німецьких та зарубіжних юридичних праць»), 1750–1758 рр.; «Sammlung der neuesten Merkwürdigkeiten welche in das deutsche sowohl allgemeine als besondere Staatsrecht einschlagen» («Колекція нових цікавинок у німецькому як загальному, так і партикулярному державному праві»), 1775–1777 рр.; «Ephemeriden der Menschheit, oder Bibliothek der Sittenlehre, der Politik und der Gesetzgebung» («Ефемерид людства, або бібліотека етики, політики і законодавства»), 1780–1784, 1786; «Beiträge zum allgemeinen und europäischen Völkerrechte» («Огляд загальнонімецького та європейського права народів»), єдиний номер якого вийшов у 1790 р.; «Annalen der Rechte des Menschen, des Bürgers und der Völker» («Анали права людства, цивільного і народів»), 1794–1795 рр.; «Sophronizon oder unpartheyish-freymüthige Beyträge zur neueren Geschichte, Gesetzgebung und Statistik der Staaten und Kirchen» («Софронізон, чи незаангажовано-відкритий огляд праць з новітньої історії, законодавства та статистики держав і церков»), 1819–1831, 13 томів (з т. 10 — під іншою назвою); «Annalen der deutschen und ausländischen Criminal-Rechts-Pflege» («Аннали німецької та зарубіжної кримінальної юстиції»), 1828–1855 рр.; «Archiv merkwürdiger Rechtsfälle und Entscheidungen der rheinhessischen Gerichte, mit vergleichender Berücksichtigung der Jurisprudenz von Frankreich, Rheinbaiern und Rheinpreußen» («Архів цікавих судових справ і рішень Рейн-гессенських з порівняльним розглядом юриспруденції у Франції, Рейнській Баварії і Рейнській Пруссії»), 1829–1832, 1838 рр.; «Summarium des Neuesten in der deutschen und ausländischen Rechtswissenschaft» («Дайджест новинок німецького та зарубіжного правознавства»), 1832, 1833, 1835 рр. (у 1832 і 1835 рр. журнал мав іншу назву).

Також відзначимо, починаючи з 1789 р., публікацію низки право-країнознавчих журналів, присвячених французькому праву, а також порівнянню французького і німецького права: «Beyträge zum neuesten französischen Staatsrechte bey Gelegenheit der allgemeinen Reichsversammlung» («Огляд найновішого французького державного права з огляду на спільну правову спадщину»), 1789 р.; «Annalen der Gesetzgebung Napoleons» («Аннали кодексу Наполеона»), 1808–1813 рр.; «Archiv für den Code Napoléon» («Архів кодексу Наполеона»), 1808–1809 рр.; «Magazin

für das Civil- und Criminal-Recht des Kayserreichs Frankreich» («Журнал цивільного і кримінального права Французької імперії»), 1812 р.

І нарешті, відзначимо журнал, повністю присвячений зарубіжному праву, без будь-яких обмежень: «Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes» («Критичний журнал юридичної науки та законодавства за кордоном»), що видавався у 1829–1856 рр. А.Х. Саїдов вважав журнал 1829 р. «першим у світі юридичним виданням, що вийшло за межі національної правової системи»[1609].

Знову підкреслимо, що до цієї вибірки ми включили журнали згідно з тим, що задекларовано у їх назвах чи підзаголовках, а також не включили значний пласт журналів, присвячених порівнянню права німецьких держав між собою, хоча вважаємо, що вони по суті, а з 1806 р. і формально були порівняльно-правовими. Крім того, є низка журналів, що не декларували інтересу до зарубіжного права в назвах, але за змістом та деклараціями своїх редакторів мали, зокрема, й порівняльно-правовий характер.

Зокрема, йдеться про «Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung» («Журнал філософії прав та законодавства», що видавався у 1798–1807 рр. за редакцією К.Л.В. фон Грольмана. Вже у першій статті першого номера цього журналу проголошувалася необхідність порівняння права різних держав[1610], а пізніше на важливій ролі цього видання в становленні порівняльного пізнання права наполягав Ганс[1611].

Так само «прапор» історичної школи права, «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» («Журнал історичної юриспруденції»), що видавався з 1815 р., згідно із задумом Савіньї, мав насамперед публікувати «трактати з усіх галузей позитивної юриспруденції, переважно, однак, з римського та германського права»[1612]. Зазначимо, що як у тогочасному, так і в сучасному розумінні «германський» стосується етномовної спільності, складовою якої є німці; але й цим видання себе суворо не обмежило.

Одним з важливих явищ у цій сфері стала поява міжнародного (бельгійсько-німецько-нідерландського) журналу «Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte» («Феміда, або бібліотека юриста») у Брюсселі у 1824 р. У вступному матеріалі «План видання» опис кожної з рубрик (законодавство та історія права, судочинство, доктринальні праці, викладання

[1609] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 38.
[1610] *Grolman K.* Ueber Ehre und guten Namen // Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung. 1798. B. 1, H. 1. S. 17–18.
[1611] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 84.
[1612] *фон Савиньи Ф.К.* О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции»… С. 214.

права) наголошував на зарубіжному праві та порівнянні: «Порівняння французьких законів з римськими і нині чинними у різних народів Європи», «Історія модифікацій нашого [французького] кодексу в країнах, де його було запроваджено» та ін.[1613]

У Франції насамперед слід відзначити публікацію, починаючи з листопада 1833 р.[1614] (формально — з 1834 р.) журналу «Revue étrangère et française de législation et d'économie politique» («Журнал зарубіжного та французького законодавства та політичної економії»). Також з 1829 р. й донині у Франції видається журнал, який не є, власне, порівняльно-правовим, але став трибуною для компаративістів — юристів, політологів, культурологів та ін. — «La Revue des Deux Mondes: Recueil de la Politique, de l'Administration et des moeurs» («Журнал двох світів: Збірник політики, управління та нравів»). У передмові до першого номеру журналу, зокрема, вказувалася мета видання: «показати, як однакові принципи по-різному тлумачаться й застосовуються у Франції та Англії, Бразилії та Німеччині, на берегах Делавару й на березі Південного моря»[1615]. Ж.Л.Е. Ортолан у своїй праці 1838 р. вказував також на низку інших наукових журналів у Франції, Німеччині, Нідерландах, Англії, Італії, США, Швейцарії, Бельгії, що регулярно публікують матеріали щодо зарубіжного права та порівняльно-правові дослідження[1616].

Водночас, протягом досліджуваного періоду існувала й опозиція використанню порівняння в правознавстві, представлена, зокрема, Гердером. Як зазначає М. Ріхтер, «Гердер наголошував відмінності між європейськими націями та приписував їх чесноти їх унікальності. Порівняння засуджувалося Гердером, який вважав його реальною функцією пригнічення багатого різноманіття людських культур та мов у Європі та поза нею. Він також висміював як редукціоністську теорію чотирьох стадій шотландського Просвітництва, так само як таблиці, статистику і теорію систем геттінгенських «універсальних» чи «загальних» істориків, Й. К. Гатерера і А.Л. фон Шльоцера»[1617]. На думку М. Ріхтера, «Перша велика праця Гердера «Ще одна філософія історії» (1774 р.) висміювала порівняння і всіх, хто намагався його практикувати. Порівняння способів життя, літератур та політичних систем були марні, як і зусилля щодо їх класифікації чи ранжування. Робити це означало втрачати саме те, що робить їх особливими. Людська природа та образ щастя відмінні в різних умовах і кліматах. Різноманітність має

[1613] *Plan* de l'ouvrage // Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte (Bruxelles). 1824. T. I. P. 5–6.
[1614] *Ortolan J.L.E.* Cours de législation pénale comparée… S. 22.
[1615] [Анонімна вступна стаття] // La Revue des Deux Mondes: Recueil de la Politique, de l'Administration et des moeurs. 1829. [Num. 1]. P. 3.
[1616] *Ortolan J.L.E.* Cours de législation pénale comparée… S. 22–24.
[1617] *Richter M.* The comparative study of regimes and societies in the Eighteenth-Century… P. 148, 169.

вітатися і жодний єдиний стандарт не може бути прикладений до безкінечного різноманіття культур»[1618]. Гердер писав: «Загальний філософський філантропічний тон нашого століття бажає поширити «наш власний ідеал» чесноти та щастя на кожну віддалену націю, навіть на найвіддаленішу епоху історії», але «Усі порівняння є марними»[1619].

Існував і помірковано-обережний погляд на порівняння. Наприклад, у статті «Порівняння» у французькій «Енциклопедії» стверджувалося, що здійснення порівнянь може продукувати помилки, веде до ідентифікації відносин, яких не існувало, наприклад, спроби порівнювати сучасні «примітивні» суспільства з народами Стародавнього світу. Тим не менш, як зазначає М. Ріхтер, стаття в «Енциклопедії» доходить висновку, що людям робить честь те, що вони залучені до порівняння більше, ніж будь-який інший вид[1620].

6.4. Питання про цілі порівняння в праві

Наскільки нам відомо, узагальнену постановку питання щодо цілей порівняння вперше здійснив Й.С. Пюттер у «Новому досвіді юридичної енциклопедії та методології» (1767 р.), виокремивши підрозділ під назвою «Як з користю порівнювати їх [правопорядки] між собою»[1621]. Ще до цього український вчений Я.П. Козельський у 1765 р. виокремлював дві цілі порівняльного пізнання зарубіжного права: «1) для наслідування добрих їх законів, корисних установ і чесних звичаїв і для уникнення і обережності від противних цьому обставин; 2) для слабкості сердець людського роду, що протягом такого незліченного і майже вічного часу ніколи не знав прямого свого добробуту чи не вмів шукати його постійним і розумним чином»[1622].

Також у Франції відомий юрист і політичний діяч, голова Національних зборів у 1789 р. і принциповий опонент Наполеона, А.-Г. Камю не пізніш як у 1804 р.[1623] у «Листах щодо професії адвоката» вказав на чотири цілі пізнання зарубіжного права: 1) зарубіжне публічне право слід вивчати тому, хто досліджує міжнародні відносини, у той час як зарубіжне приватне право цікаве в такому випадку лише настільки, наскільки дає змогу поглибити загальні знання про відповідний народ; 2) зарубіжний досвід може бути корисний при реформуванні національного права; 3) це збагачує загальні знання про розвиток права кожного юриста;

[1618] Ibid. P. 169.
[1619] Цит. за: Ibid. P. 169.
[1620] Ibid. P. 150.
[1621] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 29.
[1622] *Козельский Я.* Предисловие к переводу «Истории Датской» Голберга // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 621.
[1623] 1804 р. — рік смерті А.-Г. Камю, а посмертне видання з відповідними вказівками вийшло у 1805 р.

4) обов'язково знати іноземне право якщо воно застосовуватиметься французьким судом[1624].

Наукові цілі порівняння в праві

Визначення окремого в національному праві, оцінка національного права

Ще лейпцизький професор А.Ф. Шотт у своїй «Юридичній енциклопедії та методології» 1772 р. закликав вивчати сусіднє право для розуміння свого[1625]. Зазначимо, що у контексті кантівської ідеї «космополітичного права» як взаємодії правових систем можна зрозуміти те, що ідентифікація чистого національного права, його реконструкція/конструкція в працях Гуго стають суто дослідницькою, а не практичною проблемою. Він визнав, що «народ, який перейняв у галузі науки й навіть релігії традиції інших народів… насправді не може створити своє право, абсолютно незалежне від зовнішніх впливів»[1626].

Важливим моментом, який часто випускається з уваги при поверховому аналізі ідей Савіньї та історичної школи, є те, що він, як і Гуго, визнавав важливість порівняльного пізнання права для ідентифікації національної традиції, її усвідомлення. Але не для запозичення інонаціональних елементів, а скоріше для уникнення цього, як і спокуси розчинення національного правового розвитку в загальному: «Доки ми не усвідомлюємо наш індивідуальний зв'язок з великим Цілим усього світу та його історією, ми будемо змушені бачити наші ідеї в спотвореному світлі загальності та першопочатковості»; потрібне «збереження власної цінності в новому сприйнятті»[1627].

Так само у «Погляді на німецьку юриспруденцію» Фейєрбах відзначав: «Не можна говорити про дух окремого законодавства, якщо знайомий лише з ним одним і тільки з історією його розвитку», «не вивчивши законів усіх часів і народів в усій їхній повноті, не можна зрозуміти і передати дух статуту найменшого містечка»[1628]. І.Б. Раковецький у праці 1820 р. пропонував використовувати порівняння, серед іншого, для відокремлення самобутніх (у тому числі й приналежних етномовній групі) елементів у національному праві від чужорідних[1629]. В. Куоко у

[1624] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1060.
[1625] *Ребет Л.* Історія порівнювання… С. 386.
[1626] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 276.
[1627] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 185. Див. також: *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… С. 8–9.
[1628] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 15.
[1629] R*akowiecki J.B.* Prawda ruska. T. I… S. 81–82; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska; czyli prawda wielkiego xięcia Jarosława Władymirowicza tudzież Traktaty Olga i Igora ww. xx. kiiowskich z cesarzami greckimi y Mćisława Dawidowicza x. smoleńskiego z Rygą zawarte, których texta, obok z polskiém tłomaczeniem poprzedza Rys historyczny zwyczaiów,

1805 р. пропонував шляхом порівняння пізнавати дух кожного окремого права[1630].

У «Юридичній енциклопедії» (1821 р.) Н.Н. Фальк вказував, що порівняння дає можливість «більш різнобічного розгляду і більш ретельної оцінки вітчизняного права та його інститутів». Також він зазначав, що порівняльне дослідження здатне дати фундаментальне знання основних принципів / «сутнісних правових ідей» національного правопорядку, окремого і особливого в ньому[1631]. А Е. Ганс у Передмові до «Спадкового права у всесвітньо-історичному розвитку» (1823 р.) висунув вимогу до знання про національну правову систему бути порівняльним, інакше воно не містить у собі наукової істини (істина — не в об'єкті, а в іншому), має мету поза собою, є «бездумною позитивністю», простим «правоумінням» чи «правознанням», придатним лише для «ремісничого», «службового» використання[1632].

Фейєрбах у своїй праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки» вказував, що повноцінне пізнання будь-якого правового явища, і насамперед національного права, можливе лише через усвідомлення його співіснування та зв'язку з іншими явищами, виокремлення його видових і родових ознак, а також вивчення історії його становлення[1633]. В іншому випадку можна говорити про практичне національне правознання, але не про наукове знання національного права[1634].

Ж.Л.Е. Лерміньє у праці «Про метод історії порівняльних законодавств» (1836 р.) писав про пізнання «елементів всього людства», ідентичності людської природи шляхом порівняння позитивного права народів, але вказував на те, що елементи загальності в різний час і в різних місцях розвиваються неоднаково, «і об'єктивним фактом, і судженням розсудку» є особливості та першість прояву загальних елементів[1635].

На думку Лерміньє, «будь-яке істинно наукове порівняння обов'язково спирається на раціоналізм, а приводить до ідеальних концепцій»[1636]. З контексту це слід розуміти так, що вихідним для ідеї порівняння завжди є певна апріорна гіпотеза щодо загальності того чи іншого елемента в праві, але порівняння зазвичай вказує на різноманіття варіан-

obyczaiów, religiy, praw y języka dawnych słowiańskich y słowiańsko-ruskich narodow. T. II. Warszawa: Drukarnia XX Piiarów, 1822. S. 315.

[1630] *Сиосо V.* Programma di un "corso di legislazione comparata"... S. 333.

[1631] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 197.

[1632] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 89–93; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 122.

[1633] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 12, 23.

[1634] Там само. С. 11–12.

[1635] *Лерминье Ж.Л.Э.* О методе истории сравнительных законодательств… С. 25–26.

[1636] Там само. С. 27.

тів і унікальність кожного з них. Тому переважним предметом історико-порівняльного правового дослідження він вважав саме особливості окремого (національного правопорядку) в його еволюції[1637].

Ідея класифікації правопорядків. Визначення особливого шляху — правові сім'ї

Ще Пюттер у «Новому досвіді юридичної енциклопедії та методології» (1767 р.) виокремив розділ «Права народів Європи і як вони можуть бути класифіковані на групи». Власне класифікація тут не запропонована, але представлений «новий підхід» до її конструювання: визначення «корінного» права, пізніші відгалуження від якого утворюють генетично пов'язану групу, або кола джерел / складових та особливостей їх поєднання / «змішання», характерних для певної групи правопорядків. Таким чином Пюттер, зокрема, з права окремих німецьких держав конструює німецьке право, що за своїми параметрами все ж є скоріше германським, — за єдиним «корінним» правом давніх германців, поширенням і взаємодією з «корінним» правом «римсько-юстиніанівського» і «папського» права[1638].

Подібні думки можна зустріти у праці Т. Чацького «Про литовські й польські права, їх дух, джерела, зв'язок...» 1800 р. Зокрема, тут міститься вимога порівняння для відшукування «початкових прав», запозичення яких іншими народами веде до утворення груп правопорядків. Учений виокремлює принаймні дві групи європейських національних правопорядків: ті, право яких походить від римського права, й інша група[1639].

К.Й.А. Міттермайєр у «Вступі до вивчення історії германського права» (1812 р.) відокремлював романську та германську групи правопорядків. Зокрема, для першої характерне те, що правовідносини є похідними від законодавства, а в другій навпаки — реальні правовідносини стають джерелом нормотворення. Тому, на думку Міттермайєра, законодавство германських країн є простішим і природнішим, більшою мірою відображає звичаї народу та його характер[1640]. Він стверджував, що «система германського права», тобто сума правопорядків народів германської етномовної групи, має пізнаватися через споглядання[1641]. Ідея щодо «систем римсько-германського права» і відповідної наднаціо-

[1637] Там само. С. 25.
[1638] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 28–29, 93, 95–96.
[1639] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I. Warszawa: w Drukarni J.C.G. Ragoczego, 1800. S. 5.
[1640] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 65.
[1641] Ibid. S. 66.

нальної правової спільності присутня у праці Савіньї «Про покликання нашого часу до законодавства і юриспруденції» (1814 р.)[1642].

За своєю сутністю це було визнанням соціального особливого в праві поряд із соціальним окремим — правовою системою (за тогочасною термінологією — «правовим устроєм») державно організованого/інституціоналізованого суспільства/нації. Це підтверджує уточнена ідея, висловлена Савіньї у 1815 і 1816 р. («Про призначення «Журналу історичної юриспруденції»» та «Голоси за і проти нової кодифікації») щодо різних обсягів германського та німецького права, різних (але міцно споріднених) германських племен, право яких слід пізнавати у порівнянні, порівняльного пізнання німецького права у контексті права народів германського походження[1643]. У 1815 р. про це писав також інший представник історичної школи права К.Ф. Ейнгорн: право германських народів різне, але споріднене і має пізнаватися в порівнянні[1644].

Можна стверджувати, що Савіньї та Ейнгорн розвинули ідею включеності національного права до ширшої спільності германського права, що передбачало усвідомлення і порівняльно-правового вивчення відмінностей між германським, римським та інонаціональним правом, запропонували регіональний напрям порівняльно-правових досліджень — у межах германських народів.

І.Б. Раковецький у праці 1820 р. пропонував ідею відповідності етномовних спільностей та груп правопорядків, у основі яких лежать єдина прамова та «первинне» право. Метою порівняльних досліджень він вважав, зокрема, пізнання таких «побратимських» мов і правопорядків[1645]. У «Юридичній енциклопедії» (1821 р.) Н.Н. Фальк вказував, що можуть існувати групи правопорядків, пов'язані історично, що дає змогу «пояснити особливості одного права за допомогою інших прав», а також зрозуміти подібності їх еволюції[1646].

К.С. Цахаріа у вступній статті до «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн» (1829 р.) розглядав усі народи Західної та Центральної Європи як групу, яку об'єднують, зокрема, спільне германське походження та взаємопов'язаність розвитку, виділяв «історію права держав німецького походження» як предмет і напрям наукових досліджень[1647]. У межах європейської (германської) групи він також виділяв, зокрема, англійське право, засноване на прецедентому

[1642] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 151.

[1643] *von Savigny F.K.* Stimmen für und wider neue Gesetzbücher. S. 8–9; *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 45; фон Иеринг Р. Историческая школа юристов… С. 83.

[1644] *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 45.

[1645] *Rakowiecki J.B.* Prawda ruska. T. I. S. 81–82, 84; *Rakowiecki J.B.* Prawda ruska. T. II. S. 243, 246, 315–316.

[1646] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 197.

[1647] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 203.

праві, що структурно подібне до раннього етапу розвитку римського права, а його особливості виникли внаслідок боротьби судів «проти феодальної системи, запровадженої норманцями», і скандинавське право, яке найбільш повно зберегло характер давнього германського права[1648].

В.А. Мацеєвський в «Історії слов'янських законодавств» (т. 1 — 1832 р.) вказував на існування універсального та, скажімо так, регіонального (в межах правової сім'ї) рівнів порівняльно-правового дослідження і зазначав, що його праця належить до другого з них: вона присвячена «окресленню образу слов'янського законодавства», «духу законодавств слов'янських», а одним із своїх дослідницьких завдань він вважав «розгадку призначення слов'ян»[1649]. Він бачив однією з цілей порівняльно-правових досліджень зближення слов'янських правопорядків, а також пропагування цього[1650].

Реконструкція загального в праві

Пюттер у 1767 р. стверджував, що загальне право є суто дослідницьким узагальненням загальних елементів у національних правопорядках, які виникли в силу різних причин (у тому числі внаслідок взаємодії цих правопорядків), що здійснюється емпіричною юридичною наукою[1651]. Так само Гуго у «Підручнику природного права як філософії позитивного права» (1789 р.) зазначав, що виведення загального з національних правопорядків є виключно інтелектуальною (ре)конструкцією, пізнавальним завданням юридичної науки[1652]. Загальне насправді є узагальненням окремих, не знімає та не зменшує правове різноманіття, не може бути об'єктивоване у вигляді позитивної правової системи.

Запропонована Гердером у 1784–1791 рр. «філософія історії людства» була суто мисленнєвим узагальненням віднайдених ним «ланцюжків божих творінь», а саме сукупності вертикальних та горизонтальних взаємозв'язків національних досвідів, що весь час змінюється, але не є простою сумою й ніколи не знімає та не заступає її неспівмірні складові[1653]. Ми не можемо погодитися з Ю. Перовим та К. Сергєєвим у тому, що при такому плюралістичному баченні у Гердера зникає власне філософія історії[1654]. Його філософія історії, дійсно, не є трансцендентною, вона не пропонує єдиної і телеологічної статичної моделі, це філософія

[1648] Там. само. С. 205–206.
[1649] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. VI, 53–54.
[1650] Там само. S. 1, 11, 53–54.
[1651] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 22–23; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 302–303; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 35, 38.
[1652] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики... С. 275–276; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 296.
[1653] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 9, 10.
[1654] *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности... С. 35.

процесуальна, тобто узагальнення процесів і станів, де загальні елементи є іманентними та прогресують у межах окремих суб'єктів — націй. Зазначимо також, що Ф.В. Шеллінг пропонував для виявлення найвищої ідеї синтезувати історичний матеріал з ідеями[1655].

В. Куоко у 1805 р. зазначав, що загальне, «універсальна номенклатура» права, а також одиничне в ній пізнаються насамперед через порівняння права; ідеальне загальне не існує, а є аналітичною одиницею[1656].

Фейєрбах у «Погляді на німецьке правознавство» й «Ідеї та необхідності універсальної юридичної науки» наголошував, що загальне у правовому розвитку є плюралістичним, не конструюється і не проголошується, пізнається апостеріорі на основі узагальнення національних досвідів, а до цілого може бути зведене лише спекулятивно (але в річищі філософії позитивного права)[1657]. Він зазначав, що як дерево неможливо пізнати за однією гілкою чи рослини за одним видом, так і в праві родові ознаки є конструкцією, що створюється наукою на підставі узагальнення всіх окремих (національних правопорядків) та їх видів, а тому закликав шляхом порівняння «пізнати загальне та закономірне у їхньому співвідношенні з окремим та випадковим» для віднайдення тієї основи, що дасть змогу «об'єднати окремі, на перший погляд розпорошені, частинки в те загальне ціле, що відображає основи людської природи»[1658]. Також він писав про можливість виокремлення епох у загальному розвитку права[1659].

Н.Н. Фальк у 1821 р. зазначав, що загальне в праві пізнається апостеріорі й історично[1660]. А Г.Ф. Пухта того ж року писав, що «чисте право» є предметом філософського узагальнення загальних елементів у національних правопорядках, а не юридичного (воно не є окремою позитивною реальністю)[1661].

У першому томі «Спадкового права у всесвітньо-історичному розвитку» 1823 р. Ганс відзначив, що за своєю сутністю загальне — це філософське (і водночас порівняльно-історичне) право, що засноване на позитивній юридичній науці, є узагальненням думки в її розвитку, яке має матеріальне існування лише в окремих. А отже, воно не протистоїть

[1655] *Ребет Л.* Історія порівнування… С. 389.
[1656] *Cuoco V.* Programma di un "corso di legislazione comparata". P. 332–333.
[1657] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльне правознавство... С. 287–289, 292; *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльне правознавство. 2012. № 3–4... С. 337, 330–331, 338.
[1658] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 12–13.
[1659] Там само. С. 23.
[1660] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 197.
[1661] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 43, 85–86, 90.

множинності останніх[1662]. На думку Ганса, порівняльний підхід у різних правових науках має узагальнювати наявне окреме в праві, а також у його становленні, але загальне ніколи не є абсолютним і абстрактним, воно процесуальне — є тенденцією в розвитку протягом певного історичного часу, явищем у множині індивідуальних національних розвитків[1663].

Він вважав за можливе виділити епохи в загальному розвитку права[1664]. Але, як зазначав К. Бертані, сутність епох у Ганса не є наперед визначеною, їх зміна не є ознакою телеологічності загальної еволюції права: епохи не можна передбачити, їх сутність та часові межі досліджуються емпірично апостеріорі — після їх завершення і в контексті всього минулого[1665]. Крім того, Ганс не пов'язував характеристики епохи з якимось одним народом, не визнавав можливість більшого внеску в загальний правовий розвиток окремих народів, а проголошував рівноцінність кожного національного правового досвіду: право кожного народу є необхідним моментом у цьому розвитку, а загальне є завжди множиною[1666]. Як він відзначав у другому томі «Спадкового права…» (1825 р.), універсальна історія права є «проходженням усіх народних духів»[1667].

У зв'язку із цим слід також відзначити обгрунтоване твердження Г. Монгаупта про те, що й так дещо декларативна «філософськість» праці Ганса (спрямованість на виокремлення певної загальної сутності в плюральності окремих), що не привела його до якихось певних висновків про загальне в праві, була ним самим фактично дезавуйована наприкінці 1820-х років, починаючи з третього і четвертого томів «Спадкового права…» (1829 і 1835 рр.), де наголошується на необхідності кожного окремого, індивідуальності його духу, складності виявлення / конструювання абстрактного загального на основі іманентних елементів множини окремих та відносності значення одержаних таким чином результатів, а також відсутності суттєвих суперечностей автора з історичною школою Савіньї[1668].

[1662] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 82, 85, 93 та ін.

[1663] Там само. С. 93, 95; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 119.

[1664] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 79, 83.

[1665] *Bertani C.* Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung (1824–1835) von Eduard Gans Das erste Zeugnis vom Einfluss Hegels auf die Privatrechtsgeschichtsschreibung // Rechtsgeschichte: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. 2007. Rg 11. S. 119, 123–126.

[1666] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 87–88.

[1667] Цит. за: *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса... С. 122.

[1668] Там само. С. 119, 121–122.

Гегель у «Лекціях з філософії історії» писав, що поряд з національними історіями існує загальна (всесвітня) історія, в ній виділяються чотири періоди, але загальними в ній є не реальні процеси, а її «мисленнєвий розгляд», а саме — ідея загальної розумності всесвітньо-історичного процесу; розумність (світовий дух) є орієнтиром і субстанцією дій людей і націй-держав, але вона пізнається постфактум, коли історичні дії та події вже відбулися[1669]. Іншим чинником пізнання і водночас формування загальності світового розвитку, на думку Гегеля, стає усвідомлення меж світу та його особливостей завдяки географічним відкриттям[1670]. Отже, як цілісне явище загальне може бути зняте лише шляхом спекулятивної рефлексії — як нежива абстракція, адже не може, як елементи субстанцій конкретних окремих, функціонувати без їх форм. І лише у філософському чи науковому дискурсі загальне може бути представлене як субстанційно цілісне.

У «Викладанні порівняльних законодавств» (1834 р.) Ж.Л.Е. Лерміньє вказував, що саме пізнання зарубіжного правового досвіду (насамперед не позитивного права, а правового мислення — «моральності») є інструментом забезпечення сутнісної єдності світового правового розвитку, воно є елементом пізнання людської природи. Результатом, на думку Лерміньє, має бути «філософія країн». Вона за своїм змістом є насамперед осмисленням ідеї справедливості, яка «почалася з релігією та має вдосконалюватися нині наукою»[1671].

Ціннісні аспекти порівняння

Л.А. Варнконіг у своїй статті «Сучасний стан правової науки в Німеччині» (1824 р.) вказував на те, що вивчення зарубіжного права посилює «братство всіх освічених людей цивілізованої Європи»[1672]. А гейдельберзький професор К.С. Цахаріа у 1829 р. зазначав, що діалог між народами, в тому числі знання права один одного, сприяє доланню забобон і поглибленню поваги між ними, уникненню конфліктів і зростанню людяності в Європі[1673]. Ж.Л.Е. Лерміньє у 1836 р. вказував, що порівняння в праві сприяє «розсудливому обмеженню» патріотичних почуттів та зникненню нераціональних апріорних суджень[1674].

[1669] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 57, 63–65, 70, 78, 102, 112, 147–152, 368, 455; *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 41; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса...

[1670] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 418–419.

[1671] *Lerminier E.* De l'enseignement des législations comparées / Lerminier E. Études d'histoire et de philosophie. T. II. Paris: Charpentier, Libraire-Éditeur, 1836. P. 92.

[1672] *Warnkoenig L.A.* De l'état actuel de la science du Droit en Allemagne… P. 22–23.

[1673] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 202.

[1674] *Лерминье Ж.Л.Э.* О методе истории сравнительных законодательств… С. 25.

Практичні цілі порівняння в праві

Конструювання національного права

Ще у 1748 р. Пюттер закликав до реконструкції давнього германського права, яке є основою загальнонімецького права, його відокремлення від римського та канонічного права, порівняльного пізнання особливостей їх чистих форм. Звичайно, можна погодитися з Г. Хамзою в тому, що така «реконструкція» насправді була конструюванням права[1675]. У «Новому досвіді юридичної енциклопедії та методології» (1767 р.) і «Нарисі державного та монаршого права Німеччини» (1779 р.) Пюттер стверджував загальність права Німеччини, незважаючи на відмінності у позитивному праві німецьких держав. І пізнаватися це загальне право мало за допомогою порівняння[1676].

Він та його колеги А.Ф. Шотт, Ф. Рунде, Й.Ф. Рейтемейєр, К.Г. Бінер сформулювали вимогу до юридичної науки, викладання та практики: очистити німецьке право і «вигнати» римське право з Німеччини, виправивши цим помилки минулого[1677]. Останній став автором кількатомного видання «Коментарі щодо походження та розвитку германського права» (1787–1795). Як і інші його колеги з геттінгенської школи, Гуго вважав метою порівняння ідентифікацію національного права, його очищення від чужих елементів — на основі ідеї саморозвитку права в контексті мови і культури[1678].

Й.Ф. Рейтемейєр у праці «Німецьке законознавство і нове законодавство» (1804 р.) вказував на фактичний розпад Священної Римської імперії (формально це відбулося на два роки пізніше), втрату нормативної сили загальним правом, через що кожна частина імперії остаточно перетворилася на окрему державу, а відповідні правопорядки з повним правом можна розглядати як зарубіжні, та й ще присутні правові масиви зовнішнього походження[1679]. У «Вступі до вивчення історії германського права» (1812 р.) К.Й.А. Міттермайєр вказував на необхідність творення загальнонімецького законодавства шляхом порівняльного вивчення звичаєвого права у німецьких державах[1680].

Вихованець Геттінгенського університету і слухач Канта, А.Ф.Ю. Тибо у 1814 р. запропонував створити єдиний кодекс приватного, кримінального та кримінально-процесуального права для всіх німецьких держав на основі «простого німецького духу» (реконструкції давньогерманського-

[1675] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 31.
[1676] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… P. 30–31.
[1677] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… C. 32–33; *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 38; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 303; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 38–39.
[1678] *Лысенко О.Л.* Густав Гуго… С. 271–272; *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права… С. 104–106; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 43.
[1679] *Reitemeier J.F.* Die Deutsche Gesetzwissenschaft seit den neuern Legislationen… S. 164.
[1680] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 65, 78.

го права), «в Германському дусі з Германською силою»[1681]. Водночас право для Тибо не лише породжується суспільством, а й має зворотній вплив на нього — здатне виховувати нові мораль та звичаї, знов-таки, скріплюючи національну єдність[1682]. Думка, що неодноразово наголошується автором: необхідне постійне, хоча й небеззастережне, оновлення права для забезпечення його відповідності потребам і обставинам, слід відмовитися від консервування будь-якої традиції вже через її давність[1683].

Центральним елементом модернізації німецького права мала стати загальнонаціональна кодифікація, що мала опертися насамперед на порівняння прусського, австрійського, саксонського, баварського кодексів. Тибо вказував, що кодифікація німецького права сприятиме «звільненню від свавілля окремих урядів» німецьких держав, об'єднанню німецького народу, ефективності правореалізації, звільненню права від запозичених елементів[1684]. Значна частина цієї праці Тибо присвячена засудженню партикуляризму в праві й перевагам загальнонаціональної уніфікації останнього, яку він називає майбутнім «тріумфальним Творінням», «Святинею». Тибо зазначав: «Вже сама Єдність (кодексу для всієї Німеччини. — *О.К.*) була б безцінною. …Адже однакові закони породжують однакові моральність і звичаї, і ця однаковість завжди справляла чарівний вплив на любов і відданість народу»[1685].

В.А. Мацеєвський в «Історії слов'янських законодавств» шляхом порівняльно-правових досліджень слов'янських правопорядків прагнув очистити їх від усіх запозичень і змішань з іншими правопорядками («поглибити» їх)[1686].

Узгодження елементів складного національного правопорядку

Й.С. Пюттер у 1767 р. зазначав, що правопорядки, де в ролі джерел права виступають правові масиви різного походження, слід внутрішньо узгоджувати: «права слід порівнювати і розуміти змішання кількох прав», без чого «окремі частини точно не зможуть бути застосовані на практиці»[1687]. Так само К.С. Цахаріа у праці 1806 р. «Наука законодавства» зазначав, що законодавчий орган у країні з багатоскладовим правопорядком має порівнювати наявні закони і узгоджувати їх, усуваючи суттєві розбіжності (маючи на увазі перспективну мету кодифікації права)[1688].

[1681] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 105, 110, 120–121.
[1682] Там само. С. 113.
[1683] Там само. С. 123.
[1684] Там само. С. 105–106, 126.
[1685] Там само. С. 113, 124.
[1686] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. 2–4.
[1687] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 95–96.
[1688] *Zachariä K.S.* Die Wissenschaft der Gesetzgebung. Als Einletung zu einem allgemeinen Gesetzbuche. Leipzig: bey G. Fleischer, 1806. S. 232, 240.

І.Ф. Тимковський у 1801 р., за його пізнішими спогадами, застосовував порівняльний підхід при складанні «Систематичного розташування законів російських», зіставляючи їх між собою та з Кодексом Юстиніана і Пандектами, і називав це порівняльним правом[1689].

Савіньї у 1814 р. подальший шлях розвитку німецького національного права бачив досить складним. Насамперед зазначимо, що він вважав його двохрівневим — загальнонімецьке «загальне право» та право окремих німецьких держав. Він пропонував систематизувати римське право, що застосовується в Німеччині, а також поступово гармонізувати судову практику і згодом закріпити в законах виведені з неї збережені норми давньогерманського звичаєвого права. При формулюванні германських норм вони, очевидно, мали порівнюватися з римськими, поступово замінщуючи останні. Після повного заміщення римського права і фіксації германських норм та інститутів у законодавстві римське право мало бути відкинуто[1690].

Єдність нації мала підкріплюватися юридичною наукою: шляхом порівняльного осягнення права Австрії, Пруссії та інших німецьких земель Савіньї пропонував «зробити цивільне право спільною справою нації та досягнути тим самим нового зміцнення її єдності»[1691]. У зв'язку з цим слід зазначити, що ще у 1803 р. у праці «Про сучасний стан німецьких університетів» Савіньї стверджував: нація може бути єдиною і без об'єднання в одну державу — завдяки єдності науки, освіти, культури[1692].

З погляду становлення ідеї соціального окремого в праві, яка реалізувалася наприкінці XVIII — на початку XIX ст. у формі, так би мовити, національно-державного, або просто національного права, відмінності між позиціями Фейєрбаха, Тибо і Савіньї та інших несуттєві. Всі вони в межах своєї дискусії та в інших працях стали найбільш впливовими інтерпретаторами та популяризаторами цієї ідеї. Характерно, що це визнавав і сам Савіньї, стверджуючи, що одностайний з Тибо в бажанні міцніше згуртувати націю й завершити формування національного права[1693]. Принципово відрізнялося лише бачення цими мислителями шляхів досягнення поставленої мети: вольовий і законодавчий (на осно-

[1689] *Тимковский И.Ф.* Записки. Мое определение в службу // Русский архив. 1874. Т. XII. № 6. С. 1426.
[1690] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 194. Див. також: *фон Савиньи Ф.К.* Предисловие к первому изданию «Системы современного римского права» / фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 264–265.
[1691] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 131–133, 202. Див. також: *фон Савиньи Ф.К.* О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции»… С. 211–212.
[1692] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2021.
[1693] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 203–204, 207.

ві критичного переосмислення, модернізації та кодифікації) чи еволюційний і академічний (через усвідомлення історичності, тяглості, органічності національного права, поступове відновлення чистоти його духу, часткову інкорпорацію судової практики та освіту).

Є підстави припустити, що гостроти дискусії надали не науковий, а політичний та практичний її потенціали: загостреність національних почуттів та нагальна необхідність вибору шляхів і засобів розвитку державності (об'єднання німецьких держав у тій чи іншій формі чи збереження їх незалежності) та права. На нашу думку, умовну перемогу Савіньї у цій дискусії визначив також не лише (а може, не стільки) науковий потенціал його концепцій, а й розвиток політичних обставин — консервація роздробленості Німеччини за Віденським договором 1815 р. Звичайно, в таких умовах не могло бути й мови про загальнонаціональну уніфікацію та кодифікацію права. Натомість національне право ставало не позитивною реальністю, а науковою концепцією.

Вдосконалення національного права за допомогою зарубіжних правових моделей

Відомий дослідник історії порівняльного правознавства У. Хуг відзначав, що більшість порівняльно-правових досліджень у першій половині XIX ст. в Європі здійснювалися з практичною метою, і насамперед для сприяння реформуванню законодавства своєї країни, причому «люди відчували необхідність розширити обсяг свого пізнання та отримати перевагу від правового досвіду інших країн», сподіваючись знайти у зарубіжному праві готові рішення, «поглинали зарубіжний правовий матеріал скрізь, де він був доступний, і використовували його кращим чином»[1694].

Й.С. Пюттер у 1767 р. вказував на можливість використання законодавцем зарубіжного досвіду, зокрема у сфері державного права: «віднайти більш плідні концепції для кожного конкретного випадку»[1695]. Щоправда, пошук таких моделей він обмежував країнами однієї сім'ї[1696]. Гуго так само зазначав, що завдяки порівнянню позитивного права можна визначити кращі моделі або варіанти поліпшення певної правової моделі[1697]. Сейм Речі Посполитої у контексті планованої кодифікації права у 1768 р. постановив «виправити» законодавство, використовуючи пруські, литовські, римські та «інших різні чужі правові норми»[1698].

[1694] *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1069.
[1695] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 23, 29.
[1696] Ibid. S. 29.
[1697] *Hugo G.* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Band 1… S. 87. Цит. за: *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs… S. 103.
[1698] *Егоров А.В.* Теоретико-методологические основания сравнительного правоведения… С. 17.

Але розгорнуту теорію запозичення в праві вперше запропонував І. Бентам. Він загалом одним із перших виокремив проблематику запозичення в праві — у його праці «Про вплив умов часу і місця на законодавство» (1780-ті роки) є розділи «Принципи, якими слід керуватися при запозиченні законів у іншої, відмінної нації», «Правила для перенесення законів», «Про те, що пересадка законів краще виявляє їх недоліки»[1699]. Він, зокрема, наголошував на тому, що пряме запозичення, із збереженням значення запозиченого, у праві неможливе: навіть найкращі закони однієї країни законодавець іншої країни може запозичувати із змінами, «взявши до уваги умови часу і місця», «прилаштовуючи до місцевих особливостей», адже закон (як і релігія чи мораль), що є корисним у своїй країні, при перенесенні в іншу країну може мати зворотні наслідки[1700].

Зокрема, законодавець має зважати на нездоланні фізичні чинники (клімат, грунти, географічне розташування), які є безумовними і постійними причинами відмінностей у праві, а також на відносні відмінності, в основі яких — «моральні причини» (форма правління, релігія, моральність суспільства), які до певної міри можна змінити. Але тут само він піддавав сумніву безумовність пов'язаності права з фізичними умовами країни[1701]. Зрештою, обережність у ставленні до існуючих установ у процесі запозичення права Бентам звів до дотримання наступних вимог. Зокрема, він вимагав «порівняти державний лад, який ви хочете впорядкувати, з тим, який ви обрали собі за зразок» і визначити, чи своє право є рівним, кращим або гіршим. У перших двох випадках запозичення взагалі не потрібне. Якщо ж воно гірше — потрібне нове дослідження того, «яке зло більше: чи те, що випливає з порівняльної недосконалості ваших законів, чи те, яке потягнуть за собою заходи, необхідні для зміни цих законів». Якщо майбутні переваги від запозичення набагато переважають тимчасові шкоди і труднощі, пов'язані з ним, і якщо тривалість ускладнень можна більш-менш виміряти, то рецепція є виправданою[1702]. Навіть якщо такий порівняльний аналіз здійснити складно, сама по собі спроба сприяє появі критичного бачення проблеми, знімає необгрунтовані аргументи, самовпевненість і безроссудство[1703].

Зокрема, на думку Бентама, правові норми, що витворило суспільство поза мінливими «моральними причинами», виходячи з власних потреб у їх розвитку, краще не замінювати зарубіжними моделями[1704]. У країні-реципієнті (в тому числі у завойованій країні) запозичені

[1699] *Бентам И.* О влиянии условий времени и места на законодательство / Бентам И. Принципы законодательства; О влиянии условий времени и места на законодательство; Руководство по политической экономии. Изд. 2-е. Москва: ЛИБРОКОМ, 2012. С. 77, 82, 86.
[1700] Там само. С. 77, 81.
[1701] Там само. С. 78–79, 94–95.
[1702] Там само. С. 78–80.
[1703] Там само. С. 80–81.
[1704] Там само. С. 81.

(«пересаджені») норми зазвичай діють гірше, ніж у країні-донорі. І однією з причин є більша «терпимість» населення до свого, навіть гіршого, права, ніж до чужого, відносна незмінність психології людей, хай навіть джерелом цього є «невігластво і забобони»[1705].

Окрім того, позитивне право має відповідати рівню розвитку конкретного суспільства у конкретний час, його правовідносинам, тому воно є відповідним саме певному суспільству, «звичкам народу, напряму, який прийняли його сподівання та побоювання», не є зразком абстрактної досконалості. Отже, перенесення законів до іншої країни є одночасно перенесенням до іншого морального (суспільного) часу, є порушенням еволюції суспільства, в тому числі майбутньої еволюції, адже жодне право не володіє «незмінною досконалістю». Особливо, на думку Бентама, це стосується державного права, меншою мірою — кримінального і цивільного[1706].

Бентам виділяє такі «правила перенесення законів»: 1) обгрунтованість заміни національної норми іноземною на підставі «позитивної вигоди»; 2) моральні причини і почуття не є підставою такої заміни; 3) невтручання держави у ті сфери, які її не стосуються (очевидно, залишення можливості стихійної рецепції учасниками звичаєвих приватних правовідносин); 4) необхідність скасування звичаїв і запровадження кращих зарубіжних моделей у випадках обмеження прав людини; 5) «Чиста вигода закону буде дорівнювати його абстрактній вигоді за відніманням незадоволень, які він може викликати, та ускладнень, що можуть бути викликані цими незадоволеннями»[1707].

Й.Ф. Рейтемейєр у праці «Німецьке законознавство і нове законодавство» (1804 р.) вказував на кодифікаційні роботи, що здійснюються у Франції та Росії, які, за умови їх успіху, мають стати прикладом для інших країн Європи. Зокрема, він висловлював сподівання, що майбутня французька кодифікація зможе поламати застарілі «поняття, забобони і форми»[1708]. Він вказував на необхідність при реформуванні законодавства спиратися насамперед на корінне право народу, а не продовжувати запозичення, в тому числі з римського права, але зазначав, що більш розвинене зарубіжне позитивне право може виступати у ролі природного права для національного юриста[1709].

П.Й.А. фон Фейєрбах у праці «Щодо кримінального права Корану» (1800 р.) наполягав на тому, що знання зарубіжного права і порівняння мають стати «джерелом плідних міркувань для законодавця», основою прагматичного реформування законодавства[1710]. Фейєрбах одержав від

[1705] Там само. С. 86, 103, 105.
[1706] Там само. С. 94–95, 100, 102, 104.
[1707] Там само. С. 82–83.
[1708] *Reitemeier J.F.* Die Deutsche Gesetzwissenschaft seit den neuern Legislationen… S. 164–165.
[1709] Ibid. S. 165–166.
[1710] *Feuerbach P.* Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran… S. 164–165.

уряду Баварії доручення скласти нове цивільне уложення з умовою максимальної рецепції норм Французького цивільного кодексу 1804 р. Свої роздуми щодо можливості виконання такого завдання він представив у статті, опублікованій у 1812 р., де наголошував на нерозривному зв'язку права з рівнем розвитку суспільства[1711]. Французька революція, писав він, докорінно знищила основи середньовічного суспільства, ознаменувала «новий час, новий світ, нову державу». Натомість німецькі держави зберегли феодальний лад, заснований, серед іншого, на привілеях, а не на загальній рівності. Тому французьке і німецьке право несумісні. Але не право формує суспільство, а навпаки, право має адекватно відображати суспільний розвиток. На думку Фейєрбаха, німецьке суспільство залишається на нижчому етапі розвитку, і лише після докорінних змін зможе бути готовим до сприйняття французького права. Також у інших працях він вказував на неприпустимість використання порівняння для прямого запозичення зарубіжного права[1712].

В. Куоко у 1805 р. зазначав, що вивчення зарубіжного права має слугувати поліпшенню національного права, бути заборолом від його консервування, але не вести до зневажання свого і безоглядного захоплення всім зарубіжним, адже краще може зруйнувати хороше[1713]. Ставши генеральним директором Казначейства Неаполітанського королівства, у розпорядженні 1814 р. щодо призначення Ради Казначейства він наказав «здійснити ретельне порівняння всіх законів та інститутів Королівства із законами та чинними правилами» європейських держав і знайти все, що може бути корисним для вдосконалення правового регулювання у сфері його відомства[1714].

Корисність використання зарубіжного правового досвіду для виправлення і реформ національного права у 1808 р. обгрунтовував І.Ф. Тимковський — щоправда, висуваючи щодо цього низку умов і застережень, розглянутих у інших підрозділах цієї книги, а також наголошуючи на попередньому знанні не лише зарубіжного права, а й відповідної доктринальних праць[1715].

К.Й.А. Міттермайєр у «Вступі до вивчення історії германського права» (1812 р.) писав, що лише з політичної історії та «історії різнома-

---

[1711] Тут і далі при аналізі цієї праці ми спираємося на її виклад у статті Є.В. Спекторського. Див.: *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 425–426.

[1712] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 16; *фон Фейербах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 20.

[1713] *Cuoco V.* Programma di un "corso di legislazione comparata"… S. 329, 331.

[1714] *Themelly M.* Cuoco, Vincenzo // Dizionario Biografico degli Italiani. Vol. 31 (1985) [Електронний ресурс] // Сайт «Dizionario Biografico». Режим доступу: http://www.treccani.it/enciclopedia/vincenzo-cuoco_%28Dizionario-Biografico%29/

[1715] *Тимковский И.* О применении знаний к состоянию и цели государства // Речи, говоренные в торжественном годовом собрании Императорского Харьковского университета, бывшем 17 января 1808 года. Харьков: Университетская типография, 1808. С. 22–23.

нітних устроїв» виносяться практичні «уроки» для законодавця, але пошуки кращих зарубіжних моделей для розвитку національного права можуть стати актуальними лише після власне створення цього національного права — на основі національних традицій[1716]. Вважаємо, що це суттєво уточнює думку, яка висловлювалася Л. Ребетом та іншими дослідниками щодо спрямованості наукових пошуків Міттермайєра насамперед на пошук зарубіжних правових моделей для їх запозичення[1717].

Тибо у публіцистичній праці «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» (1814 р.), попри акцент на національності права, вказав на те, що окремі важливі інститути права, по суті, є інтернаціональними[1718]. Повторюючи безліч разів слова ненависті й зневаги до французів, він все ж запропонував при складанні загальнонімецького кодексу спертися не лише на чинні власне німецькі кодифікації, а й на кодекси Франції[1719].

Водночас, Тибо заперечував проти тих запозичень, що не відповідають потребам та менталітету німецької нації (зокрема, з римського та канонічного права), та й будь-які зарубіжні моделі (в тому числі французьку) пропонував не запозичувати прямо, а сприймати як корисний досвід[1720]. На нашу думку, тут немає суперечності, слід говорити про прагматика, який підтримував ідею створення прагматичного та модернізованого права на основі вітчизняного і зарубіжного досвіду, але національного за статусом і сутністю.

Натомість Ф.К. Савіньї, на відміну від Гуго, Тибо, Фейєрбаха, принципово заперечував запозичення як позитивний чи навіть допустимий елемент розвитку національного права, порівнював рецепцію зарубіжного права (окрім римського права) з раковою пухлиною, яка знищує націю[1721].

Компаративний підхід для вивчення аспектів рецепції права було застосовано у фундаментальній праці білоруського, литовського, польського, російського та українського вченого Г.М. Даниловича «Порівняння кодексу французького і процесу, прийнятих за кілька років до того у Варшаві, з давніми польськими і литовськими правами щодо

[1716] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 67, 78.
[1717] *Ребет Л.* Історія порівнування… С. 397.
[1718] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 122, 123. Про це див. також: *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 421.
[1719] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 126. Див. також: *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… P. 577.
[1720] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 105, 106, 109–110.
[1721] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 128–129, 146, 155 та ін.

процесуального порядку для виявлення, якою є істотна різниця в дусі тих прав і яку користь принесло чи може принести краю впровадження кодексу, і навпаки, у чому кодекс незручний, скасування яких давніх прав і впровадження натомість місцевих звичаєвих норм іншого народу є шкідливим і які непристойності він може за собою потягнути?» (1816 р.), написану на запит Ради Віленського університету як кваліфікаційна робота на право заняття кафедри у ньому[1722]. Слід зазначити, що автор значною мірою спирався на праці Монтеск'є, Бентама, Філанджієрі, Чацького, а також критично оцінював німецькі кодифікаційні дебати — як наповнені емоціями, а не безстороннім порівняльно-правовим аналізом. На думку Даниловича, звернення юристів до зарубіжного досвіду з метою вдосконалення національного права, як у нормативній, так і у доктринальній сфері, без попереднього наукового дослідження може порушити системність правового регулювання[1723].

Е. Ганс у Передмові до «Спадкового права у всесвітньо-історичному розвитку» (1823 р.), критикуючи Савіньї й розвиваючи позицію Тибо, зазначав, що народ у будь-який час має право на уточнення напряму свого правового розвитку, в тому числі на запозичення елементів зарубіжного права, і кожне право, в тому числі запозичене, стане «частиною його власної сутності»[1724]. У своїй праці «Щодо ревізії Прусського кодексу» (1832 р.) він вказав на необхідність врахування при реформуванні законодавства права інших німецьких держав «у взаємозв'язку і постійному порівнянні з нашою основою земського права», щоби запозичити те, чого нам не вистачає з вітчизняних матеріалів»[1725].

К.Е. фон Вендт у своєму «Нарисі порівняльного викладу кримінального права…» (1825 р.) вказував на значення порівняльного правознавства для судової практики і особливо для правотворчості, на використання результатів порівняльних досліджень для перегляду законодавства (навіть у назві книги йдеться про перегляд Баварського кримінального кодексу)[1726]. Анонімний рецензент цієї книги, погоджуючись з великим значенням науки порівняльного правознавства, водночас докоряв К. Вендту за те, що він вважає останнє інструментом для запозичення зарубіжних правових норм у сфері кримінального права[1727].

[1722] *Kraushar A.* Przedmowa wydawcy… S. 11–12.
[1723] *Daniłowicz I.* Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi I litewskiemi… S. 50, 56.
[1724] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 88.
[1725] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 126.
[1726] *von Wendt C.E.* Grundriss zur vergleichender Darstellung des Criminalrechts aus den Bestimmungen der römischen, canonischen, gemeinen teutschen, österreich., preuss., schweiss. und französischen, besonders aber der bairischen ältern und neuern Gesetzgebungen… Als Repertorium für academisches Studium, gerichtliche Praxis und Revision der Gesetzgebung, entworfen und in Verbindung mit einigen Mitgliedern des juristisch - praktischen Instituts. Nürnberg: Riegel und Wiessner, 1825. S. III.
[1727] *Grundriss* zur vergleichenden Darstellung des Criminalrechts [рецензія] // Allgemeines Repertorium der neuesten in- und ausländiscen Literatur für 1826. Band I. S. 95.

К.С. Цахаріа у 1829 р. зазначав, що одним з головних завдань порівняльно-правових досліджень є сприяння реформуванню національного законодавства, в тому числі шляхом обгрунтованої рецепції елементів з права європейських країн; кожна зарубіжна модель має сприйматися юристом як варіант рішення проблем, що є актуальними для всієї Європи[1728]. Цахаріа піддав критиці підходи німецьких учених щодо конструювання плюралістичного національного права на основі порівняння права німецьких держав (включно з модернізованим римським правом), а натомість пропонував ухвалити кодекс на основі здобутків німецького та французького права — своєрідний «мирний договір» між ними[1729].

Цахаріа зазначав, що зарубіжне право може мати для юриста практичне значення, серед іншого, у випадку якщо воно реципійоване в його країні, як, наприклад, Цивільний кодекс Франції — у Нідерландах, Польщі, частині німецьких держав[1730]. Він також вказував, у випадку з Нідерландами, на рішення уряду «переробити французькі кодекси, щоб частково привести їх у відповідність до поглядів юристів країни, а частково узгодити з особливими умовами і потребами держави і народу», в результаті чого, незважаючи на первинне зарубіжне джерело, нові нідерландські кодифікації права можна вважати вже самостійним витвором[1731].

Використання іноземного права в приватноправовій сфері та міжнародних економічних відносинах

Пюттер у 1767 р. вказував на глибокі зв'язки між усіма європейськими країнами, через що незнання права одна одної неприпустиме. Також він зазначав необхідність у певних випадках знання іноземного права адвокатом[1732]. На думку Й.Ф. Рейтемейєра («Німецьке законознавство і нове законодавство», 1804 р.), знання зарубіжного права, зокрема, європейських правопорядків, має практичне значення, як для юристів, так і для інших мешканців країни. Зокрема, він це пов'язував з: 1) розвитком міжнародної торгівлі; 2) сімейними відносинами між громадянами / підданими різних держав; 3) поїздками до зарубіжних країн і пов'язаними з цим правовідносинами; 4) судовими справами із зарубіжним правовим елементом[1733].

[1728] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 200–203, 207–208.
[1729] Там само. С. 207.
[1730] Там само. С. 202.
[1731] Там само. С. 204.
[1732] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 29.
[1733] *Reitemeier J.F.* Die Deutsche Gesetzwissenschaft seit den neuern Legislationen… S. 163–164.

Елементи методики порівняльно-правового аналізу

Формування вчення про цілі порівняння в праві супроводжувалося появою ідей про елементи методики, або техніки порівняльно-правового аналізу. Ще Пюттер у «Новому досвіді юридичної енциклопедії та методології» (1767 р.) вказував на можливість пізнання правопорядків за аналогією з іншими, що належать до тієї ж історично сформованої групи, виходячи з презумпції історичного існування одного первинного для них права[1734]. Так само І.Б. Раковецький у 1820 р., як уже зазначалося, на основі презумпції історичного існування для кожної етномовної групи народів єдиного корінного права стверджував можливість пізнання одного правопорядку за аналогією з іншим[1735].

В. Куоко у 1805 р. називав небезпеками при порівняльному вивченні права: 1) неточне знання зарубіжного права; 2) відхід від емпіричності та історичності пізнання зарубіжного права, причин, які його зумовили; 3) вивчення зарубіжних законів без практики їх застосування[1736]. Однією з умов правильного порівняння є вивчення понять, що використовуються в зарубіжному праві, «словників законів» — адже різні терміни можуть означати те саме, а однакові — різне[1737].

Г.М. Данилович у 1818 р. виокремлював (на рівні підрозділів своєї праці) такі елементи методики порівняльно-правового дослідження, присвяченого рецепції права: порівняння фізичних, політичних, духовних чинників розвитку права у двох країнах; окремий нормативний і доктринальний (дух) аналіз правопорядків; порівняння окремих інститутів, норм та досвіду вирішення проблем — не лише нормативного, а й з використанням відомостей про застосування права, позаправові регулятори; визначення подібностей і відмінностей, пояснення їх причин, у тому числі й через історію права, із залученням матеріалів ширшого кола правопорядків та філософії права; визначення спільних переваг і недоліків двох правопорядків, конкретних переваг і недоліків кожного з порівнюваних правопорядків; розгляд питання про доцільність запозичення принципів, інститутів та норм права з одного правопорядку до іншого, в тому числі з прогнозуванням наслідків цього[1738].

На думку Н.Н. Фалька, що порівняльно-правові дослідження не повинні бути підпорядковані будь-яким апріорним схемам, мають виходити з єдиних критеріїв оцінки різних національних правопорядків. Припустимим є пізнання права народів за аналогією з іншими, що входять до тієї ж історично сформованої групи. Фальк вказував на недо-

---

[1734] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 93.
[1735] *Rakowiecki J.B.* Prawda ruska. T. I… S. 81–82, 84; *Rakowiecki J.B.* Prawda ruska. T. II… S. 243, 246.
[1736] *Cuoco V.* Programma di un “corso di legislazione comparata”... S. 328–329, 331, 333.
[1737] Ibid. S. 332.
[1738] *Daniłowicz I.* Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi I litewskiemi. Warszawa: Księgarnia Jana Fiszera, 1905. S. 32–33, 69–172.

статність формального мовно-термінологічного співставлення правових норм, а натомість на необхідність порівняння їх суті[1739].

Е. Ганс у 1823 р. вказував, що простий фактологічний опис національного права ще не має наукового характеру, він повинен бути спрямований на пізнання (за змістом праці Ганса, і на формування) певного поняття, ідеї (іманентної і сутнісної для об'єкту пізнання), містити у собі методологію і філософію, «порівняння і думку про нього». Отже, ані окреме (національний правопорядок), ані просте накопичення фактів не мають виступати в такому дослідженні як самодостатні. За умови дотримання цієї вимоги порівняльне дослідження може бути спрямоване як безпосередньо на з'ясування того чи іншого поняття, так і на «вільну форму» опису у вигляді рефлексії чи умовиводу[1740]. Щоправда, у 1835 р. він ослабив цю вимогу, визнавши самостійне значення для розвитку порівняльних досліджень чисто фактологічних праць[1741]. Ще однією вимогою є уникнення суб'єктивності при виборі об'єктів порівняння, зокрема, національних правопорядків[1742].

Зважаючи на те, що право є породженням еволюції суспільств, а кожне з них унікальне, Ганс висунув вимогу пошуку і пояснення шляхів розвитку розбіжностей між ними — замість намагання обмежитися лише їх подібними рисами[1743]. Також Ганс, як уже зазначалося, запропонував поряд з іншими підходами використовувати у порівняльному дослідженні підхід «ключової точки» — визначення певного правового явища як константи, з якою співставляються інші явища. Зокрема, такою константою (в жодному разі не абсолютною) для свого історико-порівняльного дослідження він обрав класичне римське право, що, на його думку, давало змогу прослідкувати історичне становлення інших правопорядків у співставленні з ним[1744]. Як відзначає Г. Монгаупт, у «Спадковому праві...» Ганс розглянув кожний правопорядок окремо за однаковими критеріями (сім'я, майно, воля, заповіт), після чого давав узагальнений аналіз, хоча й досить стислий[1745].

К.С. Цахаріа у 1829 р. вважав за можливе розглядати європейський правовий розвиток як односпрямований, а тому розташувати правопорядки за рівнем цього розвитку: Франція і Велика Британія — попере-

---

[1739] *Falck N.* Juristische Encyclopädie auch zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen. 4 aufl. Leipzig, 1839.–S. 292–295; *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 196–197.

[1740] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 76, 78, 80–82, 85, 88, 93–94, 96–97, 100.

[1741] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 122.

[1742] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 87.

[1743] Там само. С. 93, 95.

[1744] Там само. С. 95; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 122.

[1745] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 125.

ду, Португалія й Іспанія — позаду тощо. Водночас учений вказував на можливість пізнання правопорядків за аналогією з іншими, що належать до тієї ж історично сформованої групи, виходячи з презумпції історичного існування одного первинного для них права[1746].

Фейєрбах у своїй праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки» пропонував вивчати національні правопорядки окремо за єдиними критеріями («з відповідної позиції»), а потім порівнювати результати, виявляючи не тільки і не стільки подібності, скільки протилежності[1747]. В.А. Мацеєвський у 1832 р. серед елементів своєї дослідницької методики вказував на: пізнання у межах однієї етномовної групи одного народу за аналогією з іншим та підхід «центральної точки»[1748].

Лерміньє у 1836 р. писав про три стадії порівняльного дослідження в праві: 1) спостереження фактів; 2) «відтворення якостей і відносин»; 3) «зведення моральних особливостей до найпростішого їх вираження»[1749]. Контекст дає змогу розуміти це як: 1) вивчення певної проблематики в праві окремих країн; 2) визначення суттєвих питань, що можуть бути предметом співставлення, здійснення щодо них порівняння; 3) узагальнення подібностей і відмінностей у вигляді формулювання понять, визначення тенденцій тощо. Також Лерміньє показав взаємозв'зок та виокремив синхронне і діахронне порівняння в праві[1750]. На його думку, в результаті співставлення позитивного права мають виокремлюватися загальні й регіональні правові феномени, які мають узагальнюватися до рівня теорії, а остання потім має перевірятися за допомогою історико-порівняльного правового дослідження. Подальша ж обробка результатів має здійснюватися за допомогою філософського інструментарію[1751].

Висновки до шостого розділу

Спроби осмислення ролі порівняння та порівняльного знання у науках про людину мають тривалу історію. Однією з розвинених сфер відповідного наукового пошуку стала анатомія, що піддала сумніву унікальність людської біологічної природи і запропонувала пізнавати останню в порівнянні з іншими організмами. Такі пошуки давали змогу пізнавати особливості кожного виду організмів, а також формувати їх класифікації. Підсумками численних досліджень стали дві взаємопов'я-

[1746] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 203–204, 206.
[1747] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 22.
[1748] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. 35.
[1749] *Лерминье Ж.Л.Э.* О методе истории сравнительных законодательств… С. 25.
[1750] Там само. С. 26, 28.
[1751] Там само. С. 26, 28.

зані моделі, що були реалізовані також у інших сферах: порівняння і порівняльне знання як основа універсалізації предмета науки загалом і водночас заснування спеціальної наукової порівняльної дисципліни в межах відповідної науки — за умови її бачення як комплексу наукових дисциплін / наук. Такі підходи і моделі стали підставою поширеного переконання в тому, що емпіричні порівняльні дослідження мають стати основою всіх наук, а також загальної порівняльної теорії та філософії.

Водночас у XVIII ст. поширюється переконання в окремішності соціальної природи людини, сутністю якої є свобода, від її біологічної та фізичної природи. Ця природа розглядалася як сформована історично і не детермінована ані зовнішньою волею, ані первинною субстанцією. Цьому відповідає ідея окремішності гуманітарних і суспільних наук, сутністю яких є *Bildung* — самостановлення (історичне становлення сутності), а їх методологія є емпіричною, знання формується на основі пізнання та узагальнення емпірично пізнаваних явищ. Відповідно в такій методології зникають трансцендентний еталон та презумпція всеєдності, принциповими засадами стають різноманіття та порівняння як спосіб його пізнання, ідеї історичності, рівноцінності досвідів, неуникненності відмінностей. Прикладами трансформації гуманітарного та наукового знання стали реформовані на порівняльних засадах мовознавство та історія. Серед іншого, принципами здобуття і побудови порівняльного знання в цих науках стали відмова від телеологічних і абстрактних тверджень, поєднання історичного і порівняльного підходів, опис та зіставлення за єдиними критеріями, виявлення взаємодій, класифікація.

Початок цілеспрямованого порівняння в праві з науковою метою пов'язаний з виокремленням у межах камералістики державознавства (статистики) у першій половині XVIII ст. Державознавство від свого зародження було порівняльним і охоплювало, серед іншого, суттєві елементи публічного права, стало безпосередньою основою для появи спеціалізованих порівняльно-правових наукових досліджень. Останні були, зокрема, виявом кризи теорії природного права, усвідомлення її несамодостатності, намагання поєднати в єдине несуперечливе ціле позитивної і суспільної юридичної науки догматичне знання і загальне вчення про право. Ранні відповідні спроби значною мірою були придушені контрреформаційною ідеологією, але поступово відродилися у XVIII ст. Найяскравішим і найвпливовішим представником цього руху став Монтеск'є, який здійснив масштабний порівняльно-правовий синтез позитивного права та правової думки різних народів, наголосив на обумовленості та нездоланності різноманіття правопорядків, запропонував оригінальне бачення класифікації та взаємодії національних правопорядків, а також окремого, особливого і загального в правовому розвитку.

Порівняльно-правові дослідження, що поширилися у другій половині XVIII на основі методології порівняльного державознавства (порівняльної статистики) й інших порівняльних дисциплін та ідей Монтеск'є, були спрямовані на формування загального знання про позитивне право поза метафізичною філософією, точнішу ідентифікацію та критичну оцінку національного правового досвіду, використання зарубіжних здобутків. Їх засадами були переконання в тому, що вивчення лише одного правопорядку не може бути предметом науки, що істина явища полягає не в ньому самому, а в інших та їх узагальненні, що порівняння є засадою формування будь-якої науки. Свідченням усвідомлення юристами суттєвої ролі порівняльно-правових досліджень та порівняльного знання стала поява значної кількості порівняльно-правових навчальних дисциплін в університетах і спеціалізованих наукових журналів із зарубіжного права.

Європейські юристи розвинули вчення про цілі порівняння, серед яких можна виділити наукові та практичні. Серед наукових цілей порівняння в праві наголошувалася ідентифікація своєрідних елементів національного права та його оцінка. Результатом осмислення цієї проблематики стали твердження про: неможливість існування «чистого» права народу, що ізольоване від зовнішніх взаємодій і складається виключно із своєрідних елементів, але можливість натомість його реконструкції як «чистої» моделі; можливість пізнання своєрідності правопорядку, а також його особливих і загальних характеристик лише у порівнянні з іншими.

Другою (нумерація наша і чисто умовна) науковою ціллю стало визначення особливого в праві, що було пов'язано також з класифікацією правопорядків. Погоджуючись у тому, що особливості їх виникнення, історичного розвитку та взаємодії формують їх сталі кола, вчені пропонували кілька критеріїв такого групування: 1) генетичний — відповідно до походження групи народів від одного давнього народу; 2) мовно-культурний — за спорідненістю в межах мовних сімей або історичною близькістю розвитку культур народів (перший і другий критерії тісно пов'язані, але часом наголошувалися їх відмінні елементи); 3) за особливостями змішування — народи, право яких тривалий час було охоплено взаємодією в межах визначеного кола чи з тими самими зовнішніми щодо них правопорядками; 4) юридико-технічний — народи з подібною системою джерел права, спільними особливостями правотворення чи правозастосування.

Третьою науковою ціллю порівняння стало визначення загального в праві. Протягом досліджуваного періоду вчені відкинули детерміністські й об'єктивістські пошуки загального в праві й запропонували розглядати його лише як сукупність процесів розвитку і взаємодії національних правових систем, що пізнається шляхом узагальнення емпіричних досліджень. Погляди різних дослідників у межах цієї пропозиції

відрізнялися, загальне могло бачитися як: 1) матеріальне — існування загальних елементів у національних правопорядках і національних традиціях правового мислення, що зумовлюються єдністю природи людини, так би мовити, людською субстанцією, або з'являються і накопичуються як результат сукупності взаємодій людських суспільств; 2) процесуальне — суто мисленнєве узагальнення тенденцій у процесах розвитку і взаємодії національних правопорядків. Але всі вони погоджувалися в тому, що загальне є: 1) іманентним, не існує об'єктивно поза окремими (національними правопорядками), є сукупністю їх іманентних елементів; 2) плюралістичним, не зменшує різноманіття в праві й не може бути об'єктивоване як позитивний правопорядок; 3) динамічним, постійно змінюється в обсязі й за змістом; 4) діалектичним, передбачає поряд із конвергенцією дивергенцію правопорядків; 5) суб'єктивним, не може бути пізнане поза узагальненням ученого.

Деякі вчені формулювали також ціннісні цілі порівняння в праві, стверджували, що взаємне пізнання і порівняння є елементом діалогу, що уможливлює порозуміння, поглиблює гуманістичний світогляд, убезпечує від ідей національної виключності та зверхності.

Частина дослідників протягом досліджуваного періоду вказували на те, що в результаті здійснення порівняльно-правових досліджень можна сформулювати окремі елементи їх методики. Серед останніх було запропоновано такі: 1) уникнення апріоризму та суб'єктивізму, непідкорення дослідження завчасно виробленим теоретичним схемам, а навпаки, формулювання теорії на основі порівняння; 2) формування єдиного підходу до правопорядків, зокрема через визначення єдиних критеріїв опису і порівняння права; 3) недостатність формального (догматичного, термінологічного) порівняння, вимога порівнювати дійсне значення правових норм, пізнання їх соціальної своєрідності; 4) ненауковість ізольованого розгляду національного правопорядку, необхідність його пізнання в контексті інших правопорядків; 5) можливість виокремлення «ключової точки», константи — певного правопорядку, з яким порівнюються інші правопорядки; 6) презумпція історичної реальності «первинного», або «корінного», права, історичної наступності правопорядків як частини культури народів, що уможливлює пізнання правопорядків у межах груп за аналогією; 7) презумпція односпрямованого розвитку правопорядків. Найбільш розгорнуту методику порівняльно-правового аналізу було запропоновано Лермінье, який сформулював його стадії, особливості та взаємозв'язок синхронного і діахронного порівняння.

Однією з практичних цілей порівняння в праві вчені бачили, зокрема, змістовне або формальне конституювання національного права. Для представників історико-філософської школи, і насамперед для гейдельберзьких учених, це передбачало насамперед створення на основі порівняння загальнонаціонального законодавства, а для геттінгенських учених другої половини XVIII ст. й історичної школи XIX ст.

осмислення національного права пов'язувалося з його очищенням від інонаціональних запозичень чи їх недопущенням — для збереження його своєрідності.

Другою (нумерація умовна), але пов'язаною з першою, ціллю проголошувалося узгодження елементів складного національного правопорядку. Зокрема, така складність виникала через існування в межах уявленого національного права правопорядків кількох держав або наявність у правопорядку правових масивів різного характеру і походження. Зокрема, у випадку з німецьким (як і з польським, італійським) правом йшлося про наявність кількох держав з власними правопорядками, а також значних масивів римського і канонічного права. Низка німецьких учених, які були представниками різних шкіл, погоджувалися в тому, що ключовим елементом функціонування такого фрагментованого права є постійне узгодження правових масивів на основі здійснення порівняння. Савіньї узагальнив цю ціль як одну з функцій німецької юридичної науки.

Третьою серед цілей порівняння, виокремлених тогочасними вченими, було сприяння вдосконаленню національного права за допомогою запозичення зарубіжних правових моделей. Найбільш радикальна опозиція запозиченню Савіньї все ж передбачала нейтральне ставлення до реципійованого римського права в німецьких державах. Інші вчені більшою чи меншою мірою поділяли ідею можливості «кращого права», але наполягали на виваженості у питанні запозичення і висували до нього низку вимог: 1) воно обов'язково має засновуватися на порівнянні, але метою порівняння є не пряме запозичення зарубіжного права, а його осмислення як досвіду вирішення певної проблеми, присутньої також у своєму національному праві; 2) запозичуване право має відповідати менталітету, духу народу, а тому прийнятною є рецепція насамперед у межах своєї групи споріднених правопорядків (сім'ї); 3) право має відображати рівень розвитку суспільства, а тому сумісні лише правопорядки суспільств, що перебувають на одному рівні розвитку; 4) неможливість безпосередньої рецепції, необхідність адаптації права, що реципіюється, до умов правопорядку країни-реципієнта, в результаті чого запозичене право перестає бути тотожним своєму зарубіжному джерелу. Бентам, який єдиний протягом досліджуваного періоду запропонував розгорнуте теоретичне бачення процесу рецепції, його умови та правила, наполягав на тому, що масове й необгрунтоване запозичення може порушити сучасний і майбутній розвиток суспільства.

Також учені виокремлювали цілі порівняння, пов'язані з використанням іноземного права в приватно-правовій сфері та міжнародних економічних відносинах: при перебуванні за кордоном, міжнародній торгівлі, сімейних відносинах з громадянами (підданими) інших держав, у судових справах з іноземним елементом.

Розділ 7
Плюралізм організації порівняльно-правового знання

7.1. Завершення виокремлення позитивного юридичного знання. Порівняння як основа загального вчення про право

Як уже було нами розглянуто і як зазначають сучасні вчені, для правознавства та юридичної освіти аж до початку XIX ст. був характерний дуалізм — спекулятивне вчення про природне право співіснувало з чистою догматикою, але вони практично не синтезувалися — так само, як метафізична доктрина не синтезувалася з емпіричними дослідженнями у низці інших дисциплін, зокрема в історії[1752]. Юснатуралісти «не розглядали право як спеціалізовану сферу, професійними «тримачами» знань і навичок у якій мало бути юридичне співтовариство», натомість право було насамперед предметом філософського пізнання, філософи розробляли ідеї та аксіоми, що повинні бути втілені в життя[1753]. Т. Жолковськи зазначає, що на початку XIX ст. у Німеччині жартували, що кожна книжкова виставка приносить нову теорію природного права[1754]. На думку В. Фукса і Н. Мандро, німецька юридична освіта XVIII ст. передбачала систематичне вивчення природного, римського, германського, німецького публічного права «без жодної внутрішньої єдності, лише з незначними історичними і філологічними подробицями», без ознайомлення з джерелами[1755].

Водночас це викладання було все ж принципово більш науковим, ніж у практико-орієнтованих американських (у США навчання праву відбувалося в адвокатських конторах і лише у 1817 р. було засновано перший юридичний факультет — у Гарвардському університеті), французьких

[1752] Див. напр.: *Ziolkowski T.* Clio the Romantic Muse: Historicizing the Faculties in Germany. Ithaca: Cornell University Press, 2004. P. 104–105; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 275–276; *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 10.

[1753] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 335, 340.

[1754] *Ziolkowski T.* German Romanticism and Its Institutions… P. 78.

[1755] Цит. за: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 23.

(у 1794 р. ліквідовано університети і засновано професійні школи — *ecoles speciales*) чи англійських *(Inns of Courts)* школах[1756]. Також Т. Жолковськи звертає увагу на величезне зростання кількості студентів права в німецьких університетах протягом XVIII ст. та їх частки, що могла сягати 75% від усіх студентів університету (в Гейдельберзі)[1757].

Але у Німеччині поступово стали з'являтися університети нового типу, що одночасно були центрами наукових досліджень. Як зазначає Р. Лі, першим університетом з новою юридичною програмою став лютеранський університет у Галле, заснований у 1694 р., в якому було запроваджено викладання німецькою мовою замість латини, а також відкинуто «релігійну ортодоксальність на користь раціонального та об'єктивного пізнання»[1758]. Такий підхід було перенесено до Геттінгенського (з 1737 р.) і Берлінського (1809 р.) університетів, де також була зроблена спроба впровадити модель дослідницького університету з наголосом на емпіричних і лабораторних методах[1759].

Н. Вашек зазначає, що юридичні факультети Берлінського, Геттінгенського і Гейдельберзького університетів були найважливішими у німецьких державах на початку XIX ст., а провідні позиції у них посідали відповідно Савіньї, Гуго і Тибо[1760]. Водночас регіональними центрами розвитку досліджень стали академії наук у Берліні (з 1700 р.), Геттінгені (з 1751 р.) та Мюнхені (з 1759 р.)[1761].

Особливу роль відігравав Геттінгенський університет, найкращий у Німеччині й цілій Європі, що мав низку важливих привілеїв, найвищу заробітну платню для викладачів, одну з найкращих бібліотек, а також здійснював різноманітні заходи для приваблення студентів, серед яких було і скасування теологічного факультету[1762]. Зокрема, вчені Геттінгенського університету сформували провідну німецьку школу істориків, що «намагалася надати своєму предмету наукового характеру і перетворилася на центр дослідження методології»[1763]. Відзначимо також, услід за В.М. Нічик, що Геттінгенський університет став провідним центром славістичних студій і приваблював значну кількість студентів з українських земель[1764].

В основі новаторського підходу, реалізованого у 1810 р. із заснуванням Берлінського університету, лежали ідеї т. зв. «Ієннського гуртка» —

[1756] *Ziolkowski T.* German Romanticism and Its Institutions… P. 70.
[1757] Ibid. P. 71.
[1758] *Lee R.* Social science knowledge: A report on institutionalization… P. 4.
[1759] Ibidem.
[1760] *Waszek N.* Judaïsme et histoire comparée du droit chez Edouard Gans // Revue germanique internationale. 2002. Band 17. S. 164–165.
[1761] *Lee R.* Social science knowledge: A report on institutionalization… P. 4.
[1762] *Ziolkowski T.* German Romanticism and Its Institutions… P. 71; *Lee R.* Social science knowledge: A report on institutionalization… P. 13.
[1763] *Lee R.* Social science knowledge: A report on institutionalization… P. 13.
[1764] *Нічик В.М.* Києво-Могилянська академія і німецька культура. Київ: Укр. центр духовної культури, 2001. С. 141–143.

Шіллера, Фіхте, Шеллінга, Гумбольдта, а також Шлеєрмахера, Гегеля, Шлегеля — щодо «живої єдності всіх наук», «систематичного голізму», що передбачало також науку заради науки, а не заради практичних цілей, вимоги історичності й системності знання, інтегративну й вищу роль філософії щодо всіх наук[1765].

Р. Лі також відзначає, що у німецьких державах тривали дискусії щодо того, чи мають викладачі університетів займатися наукою, а з кінця XVIII ст. було усунуто юридичні перешкоди для заснування наукових товариств та журналів, що сприяло інституціоналізації наукових напрямів та шкіл, суттєво вплинуло на становлення сучасних суспільних наук: «вони [товариства] були міжнародними за своїм охопленням і засновані на критеріях науковості, щоби відокремити своїх членів від ширшої групи практиків своєї дисципліни», часто ставали визначальними для утвердження того чи іншого «професійного дисциплінарного співтовариства»[1766]. Така інституціоналізація сприяла тому, що центром розвитку суспільних наук у Європі наприкінці XVIII ст. стала саме Німеччина[1767]. Також розвитку юридичної науки в Німеччині сприяли високий престиж та значний вплив німецьких професорів через їх участь у правотворенні — т. зв. «університетське право» *(Professorenrecht)*[1768].

Як уже зазначалося, одним з перших виразно відокремив емпіричне (чуттєве) пізнання від метафізичного апріорного філософствування І. Кант. Кант не був послідовний у питанні щодо застосування цих підходів до суспільних наук, зокрема правознавства, а також вважав реальний (емпіричний) правовий стан — сферу розсудку — лише тимчасовим на шляху до права чистого розуму, але він закликав сприймати такий тимчасовий стан як даність: «Закони взагалі містять у собі основу об'єктивної та практичної необхідності»[1769].

Саме на цій різниці між вимогами тимчасової раціональності та остаточної розумності, як ми вже згадували, тогочасні юристи-кантіанці засновували свою «філософію позитивного права»[1770]. Пюттер та провідні представники започаткованої ним школи при формулюванні своїх ідей безпосередньо спиралися на нове і не зовсім відповідне дійсному змісту та історичному контексту прочитання «Про дух законів» Монтеск'є та "Новий метод вивчення і викладання юриспруденції" Лейбніца, написаних у різний час, але запущених у широкий науковий обіг одно-

---

[1765] *Zammito J.H.* [Рецензія на:] Ziolkowski T. Clio the Romantic Muse: Historicizing the Faculties in Germany... S. 116–117.
[1766] *Lee R.* Social science knowledge: A report on institutionalization… P. 4.
[1767] Ibid. P. 13–14.
[1768] *Ziolkowski T.* German Romanticism and Its Institutions… P. 72.
[1769] *Кант И.* Вечный мир… С. 9.
[1770] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 273; *Чичерин Б.Н.* История политических учений. Т. 3… С. 125; *Лысенко О.Л.* Густав Гуго… С. 271; *Камаровский Л.А.* От редактора // Кант И. Вечный мир… С. XX.

часно — у 1748 р. Очевидно, що теоретик природного права Х. Вольф, який організував видання праці Лейбніца, зовсім не вбачав у його «універсальній юриспруденції», «театрі права» та заклику до вивчення історії права загрози для своїх ідей. Але геттінгенська школа частково вивела з поглядів Лейбніца, а здебільшого, на нашу думку, приписала останньому власні ідеї щодо позитивізації та історизації юридичної науки. Спираючись на інтерпретацію праці Монтеск'є, геттінгенська школа повністю відкинула ідею загальнопридатного природного права[1771].

Хоча Пюттер і припускав, що у випадку прогалин у позитивному праві воно має доповнюватися принципами права природного, але не вірив у можливість законодавства, прийнятного для всіх. Він запропонував створити науку «загального цивільного[1772] права», або «філософію позитивного права». Це означало фактично виведення природного права з предметно-об'єктної сфери юридичної науки. Цю ідею було підтримано геттінгенськими професорами Федером, Міхаелісом, а з часом — Рейтемейєром, Мезером, Гуго та ін.[1773]

Гуго вказував на філософію і науку позитивного права як на «протилежні одна одній сили і погляди», «сукупна дія» яких розвиває інтелектуальну сферу[1774]. З них філософія заснована на суб'єктивній думці, а все юридичне є «справою вивчення та пристосування до існуючого» поза його моральною оцінкою[1775]. Філософія позитивного права є їх поєднанням, вона на основі узагальнення емпіричних даних визначає в них розумне і правомірне — адже те, що визнане або визнавалося багатьма людьми (зокрема, звичаї), не може бути зовсім нераціональним і є принаймні відносно правомірним (для конкретного суспільства на певному етапі розвитку), а безумовно і вічно правомірного позитивного права бути не може[1776].

М.Є. Асламов зазначає, що Гуго запропонував розмежування історії права та неметафізичної філософії: основою є емпіричний матеріал (догматика), а вже за його результатами — пошук розумних або історичних засад. Причому «філософія має судити про історію… З іншого боку, філософія має брати свої приклади з історії так само, як і з сучасного права»[1777]. Як слушно відзначає М.Є. Асламов, тут обидві сфери пов'язані й остаточно не розмежовані, але виокремлені: історія права для Гуго виступала нерівнозначною, підпорядкованою філософії. Таке розрізнення методологічних підходів було основою відмежування як юриспруден-

[1771] *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 35.
[1772] «Цивільним» наприкінці XVIII — на початку XIX ст. називали також усе позитивне право — на відміну від природного.
[1773] *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 35–36, 38.
[1774] Цит. за: *Чичерин Б.Н.* История политических учений. Т. 3… С. 125.
[1775] Цит. за: Там само. С. 125–126.
[1776] Цит. за: Там само. С. 125, 127–128, 130.
[1777] Там само.

ції (включно з філософією позитивного права) від філософії загалом, так і дисциплінарного поділу в межах першої — на історію права та філософію права[1778].

Підставою філософії позитивного права у Гуго мала стати, як і у Канта, ідея тимчасової раціональності та обумовленості наявної правової дійсності — на відміну від остаточної й незмінної розумності ідеальних критеріїв, а також відокремлення сфер легального та морального. Фактично йшлося, як зазначав Й.Й. Кьоніг, не про філософське узагальнення чи конструювання ідеального права, а про раціональний вибір кращих правових моделей з наявних у сучасності чи в минулому[1779].

Між іншим, саме Гуго запропонував термін «філософія права»[1780]. Тому, коли він писав про філософію природного права, він повинен був мати на увазі ще не здійснене узагальнення спектру різних, хоча й внутрішньо близьких учень. Отже, «філософія природного права» — це термін гіпотетичний, уявний, визначений скоріше негативно (те, що не є філософією позитивного права). Насправді ж саме по собі запровадження терміна «філософія права» вже було опозицією вченню про природне право, передбачало дисциплінарне чи принаймні предметне виділення права, тобто його виокремлення з масиву етичних, теологічних та інших учень. А основною ознакою такого виділення могла бути лише нормативність, властива позитивному праву.

Так само Гуго (і вся геттінгенська школа другої половини XVIII ст.) може вважатися засновником сучасної науки історії права[1781]. Адже природне право за визначенням незмінне й не має своєї історії (це може бути лише історія вчень про природне право), її має лише позитивне право. Філософія та історія позитивного права у вченні Гуго разом становлять «елегантну юриспруденцію» (раніше цей термін мав дещо інше значення), що стає ніби загальною частиною юридичної науки поряд з «юридичним ремеслом» — догматичним вивченням права[1782].

Сучасники віддавали належне значенню ідей Гуго для становлення юридичної науки. Зокрема, Савіньї у 1806 р. зазначав, що Гуго першим надав юридичній науці історико-правової спрямованості[1783]. На праці Гуго незмінно посилалися Фейєрбах, Гегель, Савіньї, Пухта, Міттермайєр та інші видатні вчені-юристи того часу. На заслуги Гуго у тому, що «дослідження юриспруденції в наш час отримало новий напрям і новий імпульс», у заснуванні історичної школи, на «тріумф Гуго», і це «загально, якщо не всесвітньо» визнано, звертали статті у англійському журна-

[1778] Там само.
[1779] *Кёниг И.* Савиньи и его отношение к современной юриспруденции… С. 362.
[1780] Про це див., напр.: *Мироненко О.М.* Історична школа права… С. 232.
[1781] Див., напр.: *Дамирли М.А.* Право и История: эпистемологические проблемы… С. 66.
[1782] Див., напр.: *Мироненко О.М.* Історична школа права… С. 233.
[1783] *Ziolkowski T.* Clio the Romantic Muse: Historicizing the Faculties in Germany… P. 105–106.

лі «Foreign Review» у 1828 р., бельгійському «Thémis» у 1824 р.[1784] Так само автором першої концептуалізації науки позитивного права Гуго однозначно називають М. Рейманн, Т. Жолковський та інші[1785]. А М.Є. Асламов і А.М. Михайлов, які за усталеною традицією вважають Гуго засновником історичної школи права, відзначають, що йому вдалося чітко відокремити позитивну юридичну науку від філософії права[1786].

Відзначимо також, що питання щодо характеру і статусу юриспруденції розглядалося також українськими мислителями. У баченні С.Ю. Десницького, юриспруденція як «знання щодо правил істини» складається з (1) «правонавчальної» (моральної) філософії і вчення про природне право та (2) знання про позитивне право (законовчення, закономистецтво)[1787]. І водночас він ці частини відокремлює як філософське (роздуми) і наукове (вивчення) знання про право, пише фактично про плюральність філософій права та вчень про природне право, що пізнаються в сукупності («те, що праведним і неправедним, добрим і поганим вважається у різних народів»)[1788]. Характерно, що у пізнішій праці С.Ю. Десницький у межах «правил істини» чітко відокремлює етику (або моральну філософію) від юриспруденції (або законовивчення) — на основі розрізнення суб'єктивного і об'єктивного права[1789].

С.Ю. Десницький піддає сумніву «правонавчальну філософію», що «нині майже всюди… не зовсім до справи веде», а також «натуральну юриспруденцію», засновану або на апріорній казуїстиці, або на узагальненні римського права; на його думку, наявні філософські пошуки природного права є абсурдом, лабіринтом, що не має виходу[1790]. Він заперечує теологічну версію природного права на підставі незбагненності волі та намірів Господа: «Такий вид учених чим недостатній у своєму знанні, тим більш марнославний у своїх винаходах»[1791]. І все ж учення про природне право він не заперечує, але пропонує заснувати його на індуктивному пізнанні реального історичного людського досвіду («вивчення

[1784] [Анонімна рецензія на праці Л. Варнконіга] Study of the Civil Law // The Foreign Review and Continental Miscellany. 1828. Vol. II. P. 48, 51; *Warnkoenig L.* De l'état actuel de la science du Droit en Allemagne… S. 11, 13.
[1785] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 848–849; *Ziolkowski T.* Clio the Romantic Muse: Historicizing the Faculties in Germany… P. 105–106.
[1786] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Автореф… С. 14; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс...; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 277.
[1787] *Десницкий С.* Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции… С. 194, 199.
[1788] Там само. С. 199.
[1789] *Десницкий С.* Из примечаний к переводу книги Блэкстона «Истолкования английских законов»… С. 287.
[1790] *Десницкий С.* Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции… С. 200–202.
[1791] Там само. С. 201.

природи людської, що більше пізнається з читання і приміток письменників про різні правління народів, ніж з шкільних метафізичних суперечок»), що філософськи осмислюється, зробити наукою про загальне в праві різних народів, яка допомагає оцінити стан і розвиток окремого національного правопорядку[1792].

Юриспруденція у баченні С.Ю. Десницького виступає як наука «найшляхетніша і найкорисніша», система знань, що перебуває на етапі усамостійнення, має бути заснована на «історичному, метафізичному і політичному» (у пізніших працях — на історичному та філософському, «за різним станом народів і за природою всього роду людського») способах здобуття знань[1793].

Я.П Козельський у працях «Філософські пропозиції» (1768 р.) і «Роздуми двох індіанців…» (1788 р.) розглядав юриспруденцію як «знання всіх можливих прав чи правостей», при чому правом він вважав об'єктивне право (міжнародне, національне), а вчення про суб'єктивне право («правость») відносив до сфери природного права[1794]. Природне право, в його баченні, це узагальнене бачення фізичних потреб людини (її тваринної природи, несвободи і нерівності), необхідність задоволення яких виступає як основа і обмеження для вищого і пріоритетного щодо нього позитивного права як соціального, моральнісного, вольового, права свободи і рівності. Водночас, природне право визначається як «порада», те, що стоїть поза позитивним правом («законом») з його зобов'язаннями та санкціями[1795].

Будь-яка наука, на думку Я.П. Козельського, є знанням, що засноване на спостереженні й дослідах, може бути доведено, при чому він виокремлює науки, спрямовані на пізнання істини (філософія, риторика, поезія, історія), природничі, а також моральну філософію, що спрямована на «відрізнення добра від зла» і поділяється на юриспруденцію та політику[1796]. Природне право могло би бути частиною юриспруденції як науки, але воно засноване на «розумствуванні» філософів, а не на емпіричному пізнанні[1797].

[1792] Там само. С. 201–202, 204–205, 210, 218; *Десницкий С.* Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века… С. 304–305, 317.

[1793] *Десницкий С.* Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции… С. 204; *Десницкий С.* Юридическое рассуждение о начале и происхождении супружества у первоначальных народов и о совершенстве, к какому оное приведенным быть кажется последовавшими народами просвещеннейшими… С. 258; *Десницкий С.* Юридическое рассуждение о разных понятиях, какие имеют народы о собственности имения в различных состояниях общежительства… С. 268, 285.

[1794] *Козельский Я.П.* Философические предложения… С. 464–465.

[1795] Там само. С. 465–469, 525–526.

[1796] Там само. С. 472; *Козельский Я.П.* Рассуждения двух индийцев Калана и Ибрагима о человеческом познании… С. 563, 574.

[1797] *Козельский Я.П.* Рассуждения двух индийцев Калана и Ибрагима о человеческом познании… С. 564, 576.

Незалежно від того, чи приймати думку про те, що юридична наука виникла у Німеччині після революції у Франції та появи принципово важливих праць Гуго, чи вважати, що відбулася докорінна трансформація правознавства, слід відзначити, що від 1789 по, умовно кажучи, 1803 р. у німецькому інтелектуальному житті тривала чи не перша хвиля активної дискусії, присвячена уточненню концептів позитивного правознавства та філософії позитивного права.

Свідченням остаточного відокремлення позитивного правознавства від філософії, в тому числі вчення про природне право, є поява журналів, що маніфестували свою присвяченість виключно позитивній юридичній науці (ми аналізували статистику щодо німецьких періодичних видань). З повною впевненістю в цьому випадку можна було б починати з появи у 1740-х роках наукових періодичних видань, присвячених історії права (наприклад, журнал «Neue Sammlung...», присвячений «світовій та німецькій історії права, що видавався у 1745–1747 рр.), адже вона тогочасними інтелектуалами розглядалася насамперед як антитеза вченню про природне право. І все ж: перший відомий нам журнал, що проголосив у назві свою присвяченість позитивній юридичній науці, видавався у 1792–1804 рр.: «Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften» («Журнал корекції та розвитку позитивної правової науки». Крім того, відзначимо: «Archiv für das natürliche und positive Völkerrecht» («Архів природного і позитивного права народів»), єдиний номер якого було видано у 1794 р.; «Bibliothek für positive Rechtswissenschaft und Diplomatik» («Бібліотека позитивної правової науки та дипломатії», 1798 р.; «Magazin für positive Jurisprudenz» («Журнал позитивної юриспруденції», 1803 р.; «Archiv für Freunde der Philosophie des Rechts und der positiven Jurisprudenz» («Архів для прихильників філософії права та позитивної юриспруденції»), 1805 р.; та ін.

Зазначимо також, що Й.Г. Гердер у своїх «Ідеях до філософії історії людства» (1784–1791 рр.) проголошував емпіричність філософії історії — вона формується на основі емпіричних даних («Бог — усе в своїх твореннях»), «метафізичні роздуми» він називав «плаванням у повітрі, без опори», яке «рідко приводить до мети»[1798]. Сутнісно подібні ідеї висловлював ще Дж. Віко у «Засадах нової науки про загальну природу націй» (ця книга залишалася маловідомою і була заново «відкрита» вже в часи Французької революції): народи створюють право (як звичаєве, так і законодавче) виходячи з своєї окремої раціональності («здорового глузду») і моральності, а те, що є в таких правопорядках спільного, має «загальну основу істини», є (поступово стає) достовірнім і субстанційно єдиним «природним правом народів»[1799]. Т. Чацький у праці «Про литовські й польські права, їх дух, джерела, зв'язок» (1800 р.), спираючись на

[1798] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 9–10.
[1799] *Вико Дж.* Основания новой науке об общей природе наций // Философия истории: Антология… С. 31–32, 34–36.

Ч. Беккаріа, Г. Філанджієрі та інших, стверджував існування науки законодавства, тобто позитивного правознавства[1800].

Яскраві праці цього часу належать Гегелю та Савіньї. Зокрема, вже у «Конституції Німеччини» (1798–1802 рр.) Гегель висунув до філософії права вимогу осягати в поняттях розум дійсності — наявний емпіричний матеріал[1801]. У праці «Про наукові способи дослідження природного права, його місце у практичній філософії та його відношення до науки про позитивне право» (1802 р.) Гегель критикував як дедуктивний формалізм, так і спрямований на окреме емпіризм, і пропонував пізнавати природне право як належне право для окремого народу в контексті загального правового розвитку, посилаючись при цьому на Монтеск'є[1802].

При цьому вище осягнення права Гегель воліє включити до філософії. Гегель відокремлював філософію від метафізики і вказував, що наука природного права, як і низка інших наук, перемістилася зі сфери першої до другої[1803]. Згодом ці науки були вимушені відмовитися від метафізики, але відмовилися й від філософії, ставши принципово емпіричними. Але цим самим вони, на думку Гегеля, «відмовилися... від претензій бути справжньою наукою», їх засадою, причому прямо не визнаною, став розсудок, але втратився зв'язок з розумом[1804].

Насправді ж, на думку Гегеля, кожна частина філософії може бути окремою наукою[1805]. Філософія спрямована на пізнання внутрішньої істини — але йдеться про філософію права як окрему науку. Водночас право він відніс до об'єктивного, а філософію — до абсолютного духу. Філософія права пізнає розумність наявного права, а не вказує, яким йому бути, вона розробляє поняття права, але перебуває в межах філософії — окремо від позитивної правової науки[1806].

Межі кожної «відособленої» науки мають пізнаватися через втрату її «одиничності», у співвідношенні з іншими і філософією, емпіричне визначення меж є вимушеним і недостатнім. Окрема наука є простою визначеністю, передбачає послідовний опис і аналіз, є цілісністю, але може й «розгалужуватися»[1807].

Гегель зазначав, що в емпіричній науці цілісність розглядається як єдність і рівність багатоманітного, а в «справжньому формалізмі» — як

[1800] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym. T. II. Krakow: Drukarnia «Czasu», 1861. S. 293–294.
[1801] *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля… С. 20.
[1802] Там само. С. 20–22, 29, 37–38.
[1803] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве // Гегель. Политические произведения. Москва: Наука, 1978. С. 185.
[1804] Там само.
[1805] Там само.
[1806] *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля… С. 20–22, 29, 35–38.
[1807] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве… С. 186–188, 256.

послідовність; емпіричні дані ніколи не можуть бути повністю охоплені, а тому узагальнення («визначеності») будуть відносними, можуть суперечити новим емпіричним даним і бути відкинені. Але ще більшою мірою він засуджував чистий формалізм, принципи якого пусті, зміст «набутий хитрістю», а реальні емпіричні дані «з огидою» відкинуті, в результаті чого він є неповноцінним[1808]. Тому «абсолютна єдність» є обов'язково відображенням емпіричного знання, але емпіризм і формалізм усе ж виступають окремо. Емпіричні науки (сфера розсудку) мають взаємодіяти з філософією (сфера розуму), але межі між ними не повинні стиратися[1809].

Емпірія не може подолати множинності, ідеалом для неї виступає хаос, однак якщо подумки зняти множинність, особливість, мінливість, історичність, то залишиться людина в природному стані чи його абстракція. Тому емпіризм неуникненний, але йому не вистачає критеріїв для визначення випадкового і необхідного[1810]. Пізнавати останні Гегель пропонував апостеріорі — на основі гіпотез, що виходять із знання емпіричних явищ за аналогією, а також через відкриття взаємодії й взаємовпливу цих явищ. Але одержане необхідне не усуває множинності, воно одержує панування над іншими визначеностями; чиста єдність (ідеальне) і різноманітність (реальне) у їх взаємодії співіснують і частково одне одного знищують протягом історії, але повністю подолати ніколи не можуть[1811].

Традиційні способи дослідження природного права не можуть вважатися придатними, адже вони змішують негативне і позитивне в праві: «Оскільки ж наука про природне право існує, належить необхідності, вона має бути тотожною емпіричному образу моральнісного, яке також перебуває у сфері необхідного, і в якості науки виразити його у формі загальності». Для цього справжня, наукова емпірія (на відміну від «чистої емпірії») має піднятися від фактів до відносин і фіксації останніх у поняттях[1812].

Гегель не визнавав «абсолютного існування» і «самовільного відокремлення» від філософії «того, що прийнято вважати наукою про позитивне право», але все ж стверджував її автономність. Водночас він чітко відокремлював моральну сутність науки про єднання чистих понять і суб'єктів і позитивно-правову сутність науки про їх не-єднання[1813]. Моральність є внутрішньою і позитивною, але не правовою, природне право також має моральнісну сутність, але воно зовнішнє, формальне і

[1808] Там само. С. 193–194, 199.
[1809] Там само. С. 194, 199.
[1810] Там само. С. 194–195.
[1811] Там само. С. 195–197, 199, 204–206, 235.
[1812] Там само. С. 188–189.
[1813] Там само. С. 190, 218, 255–256, 262.

негативне — на відміну від також зовнішнього, але емпіричного і поза-морального («легального») позитивного права[1814].

У своїх лекціях з методології права (1802 р.) Савіньї заявляв про існування окремої «законодавчої науки»; у баченні автора вона була безумовно позитивною та не-метафізичною, пояснюючи історично процес виникнення сучасного права і легітимуючи останнє[1815]. Як відзначає М. Рейманн, Савіньї у праці «Право володіння» 1803 р., яка принесла йому визнання, стверджував: навіть «як просте попереднє знання філософія взагалі не є необхідною для юриста», філософія та правознавство є окремими науками, з абсолютно різними підходами[1816]. Також у 1803 р. у праці «Про сучасний стан німецьких університетів» Савіньї запропонував ідею функції позитивної юридичної науки — творення національного правопорядку[1817].

П.Й.А. Фейєрбах в інаугураційній лекції в Університеті Ландсгута «Щодо філософії та емпірії у їх зв'язку з позитивною юридичною наукою» (1804 р.) зробив спробу примирити досвід з теорією, а позитивне право — з природним[1818]. Як зазначав мислитель, «емпіричне знання дає юриспруденції її тіло, філософське знання дає їй її дух»[1819]. Тибо у 1808 р. у праці «Щодо вивчення історії римського права» проголосив повагу до позитивного права, яке сформувалося еволюційним шляхом, та визнання автономії позитивного правознавства[1820]. Знов-таки, вже сама назва праці свідчить про зближення поглядів мислителя з позиціями історико-позитивістської школи. Додамо в цьому контексті, що К.Ф. Мюлленбрух у своїй «Енциклопедії та методології чинного німецького права» (1807 р.) вказував: юридична наука не належить до тих, що засновані на «простих висновках розуму», натомість вона спирається на історію права[1821].

У цьому контексті слід також звернути увагу на ідеї українського вченого І.Ф. Тимковського, висловлені в праці «Про застосування знань до стану і цілі держави» (1808 р.). Він, явно інтерпретуючи Канта, вказував на те, що в основі наукового знання лежать емпіричні спостереження, що у впорядкованому за певним принципом вигляді вже становлять теорію певного типу і можуть розглядатися як самодостатні, а в поєднанні з філософією ведуть до творення теорії більш високого рівня, що передбачає типологію і класифікацію, визначення понять і причин,

[1814] Там само. С. 255, 257.
[1815] *Mollnau K.A.* The Contribution of Savigny to the Theory of Legislation // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. C. 87, 90.
[1816] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 879.
[1817] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2021.
[1818] Про це див. напр.: *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… P. 36.
[1819] Цит. за: *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 851.
[1820] *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 74–75.
[1821] *Mühlenbruch Ch.F.* Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts. Zum Gebrauch academischer Vorlesungen. Rostock, Leipzig: K.C. Stillet, 1807. S. 485.

їх єдності. Будь-яка теоретична система, що відкидає «світоч досвідченості» та історизм, умоглядна чи побудована на уривчастому емпіричному знанні, є ущербною[1822].

Нові теоретико-методологічні засади перетворення юридичного знання на науку, соціальну за своєю сутністю, сформульовані мислителями кінця XVIII — початку XIX ст., насамперед Кантом і Гуго, реалізувалися у формуванні та змаганні двох перших шкіл позитивного правознавства — філософської (або історико-філософської) та історичної. На нашу думку, «моментом істини» для становлення та виявлення потенціалу цих шкіл стала відома дискусія між ними у 1814 р. (так звані «кодифікаційні дебати»), хронологічні межі якої насправді ширші (принаймні 1810–1817 рр.), навколо питання про шляхи розвитку німецького права після звільнення німецьких держав від французької окупації. Дискусію розпочав Фейєрбах, але найбільший вплив на розвиток юридичної науки справили трактати Тибо та Савіньї.

Фейєрбах («Погляд на німецьке правознавство», 1810 р.) не вважав існування правознавства як такого всесвітнім явищем, вказував на відмінні, не-наукові способи організації юридичних знань у Англії та Франції, на причини, що викликають потребу в конституюванні юридичної науки в німецьких державах (великий обсяг законодавства, різноманітність і взаємна суперечливість джерел права, в тому числі джерел іноземного походження). Завданням юридичної науки є спрощення і систематизація права, але так звана «практична юриспруденція», що виходить із знання лише одного (свого) правопорядку, не є науковою[1823]. Ще гірше будувати теорію на основі права давно минулого правопорядку — римського права, адже воно зовсім не пов'язане з потребами суспільства. Позитивна правова наука, на думку Фейєрбаха, має бути узагальненням (насамперед на основі порівняння) позитивного права та практики його застосування у різних правопорядках світу, а не спекулятивним продукуванням ідей[1824].

Фейєрбах засуджував традиційну і кантівську метафізичну філософію природного права — «неміцне плетиво понять, яке ані проливає світло на нові істини, ані закріплює старі», спотворює і обмежує історичне позитивне надбання, завжди залишається відірваною від позитивного права. Він віддавав належне «так званому природному праву» за розрізнення моралі й права, створення «метафізично-правових понять», але водночас вказував, що така понятійна система однобока й «невдала у застосуванні», адже є спекулятивною, відірваною від реальних потреб людини[1825]. Фейєрбах наголошував, що практичний розум не охоплює

[1822] *Тимковский И.* О применении знаний к состоянию и цели государства… С. 13, 19.
[1823] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 10–11.
[1824] Там само. С. 10–12, 14, 19.
[1825] Там само. С. 13, 16–17.

правові закони, не може бути права поза позитивним правом і його застосуванням[1826].

Як зазначав К. Клетцер, Савіньї вважав усю наявну філософію права підвидом теорії природного права, а тому — пустою тратою часу[1827]. В його баченні, викладеному в праці «Про покликання нашого часу до законодавства та юриспруденції» (1814 р.), право має виключно позитивний, але не суто вольовий, а традиційний характер: «Від початку воно породжується завдяки звичаю та народній вірі, згодом завдяки юриспруденції, отже, всюди завдяки внутрішнім, непомітно діючим силам, а не внаслідок сваволі законодавця»[1828].

Савіньї запозичив у Гуго поділ історії національного права на, так би мовити, народну та академічну епохи. Як і Фейєрбах, він вказував на те, що наука є не єдиною формою організації знань про позитивне право: «Прагнення до наукового обгрунтування не належить до національних потреб французів, зате належить до наших, і не можна нехтувати настільки вкоріненою потребою»[1829]. Але водночас його уявлення про академічну епоху в розвитку права поширювалося на всі народи і підкреслювало ексклюзивність ролі саме правової науки в цьому процесі, усуваючи вбік філософів і піднімаючи на рівень власне науки галузеву юридичну догматику, а також визначаючи її практичну функцію — правотворчу. Узагальнення чинного права та його систематизацію Савіньї називав завданням насамперед юридичної науки, а не законодавців[1830] (водночас ми вважаємо недостатньо аргументованим твердження А. Рахматьяна про те, що Савіньї у 1810-х роках (а тим більше у пізніших працях) не визнавав правотворчого елемента в процесі систематизації права)[1831].

Мало хто звертав увагу на особливості назви трактату Савіньї 1814 р. «Про покликання нашого часу до законодавства та юриспруденції», де кожне слово має глибинний зміст. Нагадаємо, що його автор був лютеранином. Слово «покликання» має безумовну конотацію саме з лютерівськими ідеями, відображеними в трактаті «Про світську владу», де вперше висувається ідея можливості світського покликання людини: світ-

[1826] Там само. С. 17.
[1827] *Kletzer C.* Custom and Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy // The Nature of Customary Law: Philsophical, Historical and Legal Perspectives / Ed. by A. Perreau-Saussine, J. Murphy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. P. 3.
[1828] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 131–132, 134. Див. також: *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 282, 284. Щодо сучасного періоду Савіньї вважав формою фіксації звичаю судову практику. Див.: Там само. С. 193–194. Див. також: *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… С. 578.
[1829] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 201, 202, 207.
[1830] Там само. С. 165.
[1831] *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 11.

ська «суєтна» діяльність, не пов'язана із служінням Богу, перестає засуджуватися, а постає у вигляді фаху, здатності створювати матеріальні цінності, надавати ті чи інші професійні послуги людям. У кожної людини своє покликання, свій фах, своє служіння, всі взаємно пов'язані послугами[1832]. Це прямо відображено в Аугсбурзькому лютеранському віросповіданні 1530 р., де вказується на те, що в кожної людини є своя професія, кожне покликання передбачає певні обов'язки, світські професії є гідними, якщо спрямовані на добрі справи[1833].

У контексті цього ми цілком згодні з думкою К.А. Молнау: Савіньї вважав юридичну професію результатом функціонального поділу праці[1834]. Наведемо також думку А.М. Михайлова: історична школа вперше проголосила, що аналіз і творення права мають здійснюватися виключно юристами[1835]. Так, дійсно, «покликання» в назві праці Савіньї можна розуміти саме як заявку на самодостатність певного фаху в суспільному поділі праці. І цим фахом Савіньї обіймає «законодавство і юриспруденцію», тобто проголошує єдність емпіричного знання позитивного права та юридичної доктрини, що раніше обіймалася вченням про природне право і входила до філософії. Дуалізм подоланий, самодостатня і окрема від філософії позитивна юридична наука охоплює і догму, і доктрину.

Як зазначав український вчений Є.В. Спекторський, бачення права Савіньї є виключно соціальним, складається із соціології, теорії права та політики права[1836], у ньому немає місця метафізиці. Погоджуємося з дослідником і в його наголосі на тому, що позитивізм Савіньї не слід плутати і з класичним юридичним позитивізмом, що зародився у першій половині XIX ст.[1837] Позитивізм Савіньї не є імперативною юриспруденцією, це інший позитивізм, який ми ризикнемо назвати історичним, хоча й свідомі недосконалості самого терміна. Його сутність — наукове осмислення позитивного права, яке розвивається еволюційно.

На відміну від своїх попередників, зокрема Канта, який, на нашу думку, більшою мірою визначав позитивне право і позитивну юридичну науку негативним шляхом — через те, чим вони не є (не є природним

[1832] *Лютер М.* О светской власти... Див. також: *Вебер М.* Протестантська етика і дух капіталізму… С. 70, 100–106.
[1833] Виклад за: *Вебер М.* Протестантська етика і дух капіталізму… С. 101–102.
[1834] *Mollnau K.A.* The Contribution of Savigny to the Theory of Legislation… P. 91.
[1835] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 336.
[1836] *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 411.
[1837] *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 414. Ми виходимо при цьому з широкого розуміння терміну «позитивізм» в юридичній науці. Див. напр.: «Позитивізм — філософський рух XIX і XX ст., спрямований на перетворення теологічних і метафізичних доктрин на системи логічно організованих і емпірично верифікованих пропозицій…». *Fuller S.W.* Positivism and legal science // Encyclopedia of law and society. American and global perspectives / Ed. by D.S. Clark. Thousand Oaks, CA; London: Sage, 2007. P. 1154.

правом і філософією), і Гуго, який передбачав поєднання дослідження позитивного права та його раціональної оцінки в межах філософії позитивного права, Савіньї запропонував позитивне бачення суто позитивної юридичної науки (прошу вибачити мені тавтологію). Він розглянув її зсередини, перетворивши з описової догматики та «правової статистики» на структуровану сукупність наукових знань, об'єднаних предметом (правове регулювання суспільних відносин) та методологією (історичний та системний, а згодом і порівняльний методи[1838]).

Савіньї також визначив нову унікальну функцію вчених-юристів — узагальнення та систематизацію права — окрему як від юристів-практиків, так і від філософів. Більше того, позитивна юридична наука (а не метафізичний розум) у баченні Савіньї стала новим та важливим джерелом правотворення[1839]. Позитивна юридична наука стала не просто самостійним феноменом, а й набула суспільного значення. У зв'язку з цим відзначимо думку А. Рахматьяна: сам термін «юридична наука» виник у Німеччині у 1810-х роках[1840].

На нашу думку, умовну перемогу Савіньї в цій дискусії визначив також не лише (а може, не стільки) науковий потенціал його концепцій, а й розвиток політичних обставин — консервація роздробленості Німеччини за Віденським договором 1815 р. Звичайно, в таких умовах не могло бути й мови про загальнонаціональну уніфікацію та кодифікацію права, до чого закликав Тибо. Натомість національне право ставало не позитивною реальністю, а науковою концепцією.

Проте це зовсім не применшує «побічного», але найважливішого результату дискусії Фейєрбаха, Тибо і Савіньї та інших учених[1841] (що мала тривалий ефект і була предметом постійної референції провідних юристів протягом десятиліть) — тріумфального утвердження ідеї соціальності й позитивності права та юридичної науки (у формі вчення про національне право). Саме це, на наше глибоке переконання, стало останньою віхою у відокремленні правознавства від теології, філософії та етики, його перетворенні на самостійну науку про позитивне і соціальне право — сучасну суспільну науку. Предметом цієї науки став правовий устрій конкретного суспільства, локалізованого в просторі, — як індивідуальної/окремої одиниці правового розвитку. І, звичайно, будь-яке право локалізувалося в часі, було стверджено розроблену давнішими мислителями ідею еволюції в праві. А отже, юридична наука мала бути не статистом, а творцем, джерелом права, що означало також

[1838] Це питання розглядається нами окремо.
[1839] *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… P. 107.
[1840] *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 12. Див. також: *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… P. 6.
[1841] Про них див., наприклад: *Ziolkowski T.* German Romanticism and Its Institutions… P. 86; *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції… С. 235–237.

визнання неможливості окремого існування догматики і доктрини в праві, необхідності цілісного позитивного правознавства.

Ця думка знаходить підтвердження у працях багатьох сучасних учених. Як вважав Р. Паркер, саме Савіньї вперше зміг замінити природно-правову філософію працюючою системою правової теорії[1842]. А А.М. Михайлов зазначає, що історична школа розмістила принципи права у підвалинах позитивного права та висунула вимогу системності права, а тому вперше в історії західної юриспруденції подолано розрив між філософією права та юридичною догматикою, статус догматичної юриспруденції значно підвищився, вона перестала розглядатися як суто технічна, здобула високу мету[1843]. А. Рахматьян і Р. Берковіц стверджують, що Савіньї вперше сформулював потребу в розвитку правової науки, яка буде чимось більше, ніж просто догматичними студіями, й у відокремленні правових досліджень від практики судів і адвокатів»[1844]. І хоча наш аналіз демонструє, що такі ідеї висловлювалися й раніше, безумовно, дискусія Савіньї та його опонентів принципово вплинула на утвердження такої ідеї. Можливо, найбільш точно це сформулював Р. Берковіц: «Савіньї називає «наукове життя права» «технічним елементом» права. Роблячи так, він відокремлює наукову природу права від його «політичного елемента»… В той час як політичний елемент права виникає у випадку об'єднання маси людей навколо загального переконання та загального бачення добра, технічний елемент права бере початок у окремості наукового методу»[1845].

Протягом кодифікаційних дебатів було остаточно закріплено домінування емпіричної методології дослідження права. Було в тій чи іншій формі визнано існування об'єктивно конструйованого особливого і загального соціального в правовому розвитку, яке має пізнаватися емпірично. І єдиним можливим методологічним інструментом такого пізнання могло стати порівняння. Опоненти чітко визнали творчу роль юридичної науки у розвитку права. Якщо у баченні історико-філософської школи функцією позитивного правознавства було насамперед пізнання, то для історичної школи юридична наука на сучасному етапі ставала також основним правотворцем (щоправда, санкція держави теж передбачалася). Імпліцитно визнавалася формула нової юридичної науки як системи загальних знань про право, об'єктом якої є позитивні правопорядки різних суспільних утворень, а предметом — пізнання особливостей національного права та визначення шляхів його вдосконалення з метою забезпечення потреб суспільства. Таким чином, юридична наука остаточно здобула окрему ідентичність і водночас була поставлена в

[1842] *Parker R.* Legal Positivism // Notre Dame Law Review. 1956. Vol. 32, Iss. 1. P. 33–34.
[1843] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 275–276, 340.
[1844] *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 13; *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… P. 112, 118–119.
[1845] *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… P. 119.

коло суспільних знань, що в цей час активно інституціоналізувалися у формі соціології та інших суспільних наук.

Починаючи принаймні з 20-х років XIX ст. відбувалося поступове зближення позицій історичної та історико-філософської шкіл і частковий синтез їх ідей, попри маніфестації непримиренності й численні особисті конфлікти їх представників. Це помітно в працях і лідерів шкіл, і нового покоління вчених, і їх послідовників поза Німеччиною. Наприклад, особисті зв'язки та висловлені ідеї Пухти свідчать про його близькість не лише до Савіньї, але й до Гегеля та Шеллінга, на що вже звертали увагу вчені починаючи ще з XIX ст.[1846] А відданий гегельянець Ганс, який був учнем одного з раніших лідерів історико-філософської школи Тибо (одержав під його керівництвом учений ступінь у Гейдельберзькому університеті)[1847], починав писати своє «Спадкове право…» більшою мірою наслідуючи історичну школу права.

Значною подією для розвитку обох шкіл і в цілому мислення юристів у німецькомовних країнах стала поява «Філософії права» Гегеля (1821 р.). Він відкидав «ультрапремудрість» і «марнолюбне всезнайство» філософії права, яка не сприймає дійсності й прагне її звести до запропонованої нею єдиної схеми. Пізнаючи реальну дійсність, вона має осягнути в ній сутність і з нею примиритися, не прагнути безпосередньо її змінювати: «триматись якнайдалі від конструювання держави такою, якою вона має бути... показати, як держава, цей універсум моральності, має бути пізнаною»[1848].

Ю.В. Перов і К.А. Сергеєв наголошують, що згідно із загальною методологією Гегеля, «поняття «загальне» не можна уявляти ніби відокремленим від особливого і одиничного: в такому випадку «загальне» виявилося б лише покладеним поряд «іншим особливим»»[1849]. Тому Гегель виступав проти абстрактного аналітичного методу в філософії, послідовно критикував тих, хто «деградує філософію від пізнання до вгадування», вказував, що сутність пізнається через узагальнення безпосереднього буття, заглиблення в нього, вона не відірвана від світу явищ і доступна людському пізнанню. Водночас він вказував, що метод і предмет у кожній науці нероздільні, а тому філософія не може подолати свій логіко-дедуктивний характер[1850].

[1846] *Hastie W.* Translator's preface // Outlines of the science of jurisprudence. An introduction to the systematic study of law / Trans. and ed. by W. Hastie. Edinburgh: T & T. Clark, 1887. P. XXXVII; *Friedländer A.* Definition and History of Juristic Encyclopaedia // Outlines of the science of jurisprudence. An introduction to the systematic study of law / Trans. and ed. by W. Hastie. Edinburgh: T & T. Clark, 1887. P. 271.

[1847] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 111.

[1848] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство… С. 14–15.

[1849] *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 19.

[1850] *Klenner H.* Savigny's Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin… P. 77–79; *Дворцов А.Т.* Гегель… С. 65, 80–81, 108.

На думку Гегеля, істину, розумність закладено у чинному праві, право є позитивним і національним, сферою осмислення розсудку, а не чистого розуму[1851]. Вихідною точкою для права є воля, що виходить від свідомості, духу людей, людського конкретного людського суспільства, а не філософські конструкції. Кожний правопорядок індивідуальний сам по собі й розвиває свої особливості протягом своєї історії[1852]. Крім того, позитивним є й міжнародне право, засноване на волі держав і відповідно їх суспільств, над позитивним правом немає жодних інших правопорядків[1853].

Гегель піддав критиці вчення про природне право, вказавши, що людина не підкорена необхідності природи, суспільний світ не співпадає з природою, він не осмислений зовні, а самоусвідомлюється і втілюється в конкретному, в тому числі в конкретних правопорядках, закони природи не можуть співпадати з правовими законами[1854]. Дух людей вільний, самоусвідомлений, не метафізичний, а позитивне право він створює для регулювання лише зовнішнього світу людини, відносин між людьми. Тому правові закони не абсолютні — на відміну від законів природи, вони «насаджені людьми і традиційні», а природне право є формою, що суб'єктивно наповнюється мислителями довільним змістом[1855].

Додамо також, що у «Лекціях з філософії історії» (видані посмертно) Гегель уявляв всесвітню історію як наукове завершення сфери об'єктивного духу (що охоплює право, мораль і моральність), а разом з нею — сфери розсудку, за нею слідує перехід до абсолютного духу (разом з тим — розуму); але це була «філософська всесвітня історія», тобто не суто емпірична наука, а філософський синтез загального історичного процесу[1856]. Тут він чітко виокремлював емпіричне і спекулятивне знання: «В історії мислення підкорене даному і наявному, засноване на ньому і керується ним, філософії ж, навпаки, приписуються самостійні думки, які розгляд породжує з самого себе, не беручи до уваги те, що є»; «історія має лише охоплювати те, що є і було, події та діяння, і вона тим ближча до істини, чим більше вона дотримується даного»; щоправда, до історії Гегель привносив презумпцію розумності історичного процесу та ідею свободи як його мету, але ця розумність пізнається апостеріорі[1857]. Також він відокремлював історичне пізнання від етичних оцінок[1858].

[1851] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство… С. 6–7, 19, 212, 185, 216–217, 290.
[1852] Там само. С. 24, 28, 47–49, 172, 186–187, 189, 218, 243, 281–282, 289.
[1853] Там само. С. 286–288, 290–291.
[1854] Там само. С. 7–8, 243.
[1855] Там само. С. 8, 188, 292.
[1856] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 55, 63, 112–113; *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 15.
[1857] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 63–65, 76, 105, 112–113.
[1858] Там само. С. 115, 394.

Н.Н. Фальк у 1821 р. зазначав, що наука — це «комплекс взаємопов'язаних правд, розміщених методично», а юридичною наукою є «сума знання, що стосується суб'єктивного та об'єктивного права»[1859]. Філософію при цьому він визначав також як науку, що «викладає безумовні та вищі принципи всього людського знання», інші ж науки прикладають ці загальні принципи до своїх галузей знань[1860].

У «Енциклопедії права» (1821 р.) Г.Ф. Пухта намагався чітко відокремлювати енциклопедію і методологію права, яку вважав історичною дисципліною, від філософії[1861]. Він заявив, що філософія природного права насправді не мала своїм предметом право (адже воно має вольове походження) і не була філософією, адже «лише те, що має історію, може бути предметом філософії», ідея розуму не може обмежити свободу позитивного права, а відповідна філософія має справу з недійсним[1862]. Тому юриспруденція є наукою, чітко відокремленою від будь-якої метафізичної філософії; юриспруденція сама творить філософію дійсного (позитивного в його розвитку) права, а від метафізичної філософії отримує лише саме поняття про право та його місце в історії людського духу. Правознавство є окремою наукою, яка вивчає право як систему (організм) поза його філософською оцінкою[1863]. Пухта виокремлював появу «науки про право» як етап у розвитку права народу, на якому відбувається усвідомлення єдності національного правопорядку[1864].

Е. Ганс у передмові до своєї праці «Спадкове право у всесвітньо-історичному розвитку. Твір з універсальної історії права» (1823 р.) вказував, що правознавство, як і будь-яка інша справжня наука, несамостійна, є частиною філософії і загальнонаукового знання в цілому, адже спрямована на чисте пізнання поза практичними цілями. Саме поняття права, «виходячи з процесу його виникнення», лежить за межами позитивного знання[1865]. Водночас правознавство має й історичний характер: філософія права узагальнює сучасне позитивне право та ідеї, які лежать в його основі, а історія права узагальнює становлення цього сучасного права та понять[1866]. Принципово важливо в цьому контексті й те, що для Ганса саме зміст надає собі форму, зміст «саморозвивається», певність у оцінці явища з'являється через співставлення і протиставлення з іншими явищами, а поняття є результатом емпіричного дослідження[1867].

[1859] *Falck N.* The Scientific Study of Jurisprudence… P. 161.
[1860] Ibid. P. 170.
[1861] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[1862] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 88.
[1863] Там само. С. 88–90.
[1864] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[1865] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 92.
[1866] Там само.
[1867] Там само. С. 74–75, 96–97.

У праці Ганса філософія ототожнюється з методом, вона стоїть над позитивною наукою, а тому й поза нею, пропонує поняття права, але не претендує на визначення його змісту[1868]. А тому принципово трансформується й уявлення про природне право — це ідеальна конструкція, що твориться на основі критичного переосмислення суми розумності позитивних правопорядків, але саме воно позбавлене конкретного позитивного змісту, «очищене» від нього: позитивне і природне право — різні за сутністю явища[1869].

Додамо також, що у передмові до «Лекцій з філософії історії» Гегеля у 1837 р. Ганс вказував, що лише у працях Віко вперше виявилося прагнення розглядати історію не лише як низку хронологічно послідовних випадкових подій чи Божих діянь, що є «предметом віри, а не пізнання», а як процес, що має внутрішні закономірності («первинні закони», «розум»), але з визнанням і ствердженням свободи людства; але час «не лише для історії філософії, а й для філософії історії», відкриття в ній причинно-наслідкових зв'язків настав ще пізніше[1870]. Важливим при цьому Ганс вважав тлумачити факти, але не змінювати їх і не порушувати їх порядок, відмовитися від апріорного філософствування[1871].

Також Ф.Ю. Сталь у своїй книзі «Філософія права в історичній перспективі» (1830 р.) визначив завдання конструювати положення філософії права, зокрема, щодо підстав нормативності права, на основі історичних даних[1872].

Фейєрбах у праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство» стверджував, що будь-яка філософія, не заснована на загальному (порівняльному) правознавстві, не є власне філософією права[1873]. Він також вказував на «недосконалість», «непотрібність», «беззмістовність», «безплідність» «удаваної науки» «так званого природного права», яке насправді засноване на матеріалах окремого правопорядку в певний час і певних умовах, є пустою формою, що наповнюється довільним позитивним матеріалом і суб'єктивними домислами[1874]. Предметом юридичної науки має бути чинне, позитивне право — «як творіння людської

[1868] Там само. С. 75–76.
[1869] Там само. С. 76–77, 98.
[1870] *Ганс Э.* Предисловие издателя // Гегель Г.В.Ф. Лекции по философии истории / Пер. А.М. Водена. Санкт-Петербург: Наука, 2000. С. 459–461.
[1871] Там само. С. 464.
[1872] *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 163.
[1873] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 13, 20–21.
[1874] Там само. С. 13–20.

спільноти, незалежно від того, де і як воно діє». А природне право є частиною філософії, від якої його штучно від'єднали[1875].

Український вчений П.І. Дегай у своїй праці «Матеріали і правила вивчення російських законів чи матеріали до енциклопедії, методології та історії літератури російського права» (1831 р.) до предмета природного чи філософського права, які він ототожнював, відносив «дослідження головного поняття про право і його загальні засади, засновані на природі людини, і виведення з них прав і обов'язків», наголошуючи, що справжню чинність має національне позитивне право, яке регулює не наміри, а дії людини[1876]. Наука, в тому числі юридична, на його думку, є засобом вдосконалення людського розуму, а не фіксації позалюдської розумності, а тому філософське / природне право твориться, а не пізнається як щось незалежне від людини[1877].

На початку 30-х років XIX ст. учені відчували кризу програм лідерів основних шкіл німецького правознавства. Як зазначає Д. Келлі, у 1830-х роках дискусії щодо соціального питання розщепили як історико-філософську гегельянську, так і історичну школи[1878]. Зокрема, у 1831 р. Ганс писав у некролозі про Гегеля: «Філософія на сьогодні завершила свій цикл»[1879]. У вступі до Філософії права» Гегеля у 1833 р. він же зазначав, що гегелівська філософія належить історії, слід «запропонувати нову інтерпретацію реальності, яка змінилася», що було, на думку У. Брекмана, пов'язане з індустріалізацією, відкриттям соціального питання і усвідомленням того, що історія свободи ще не завершена[1880]. Ф. Енгельс дещо пізніше зазначав: «Гегелем взагалі завершується філософія» — і тому, що його система є її «величним підсумком», і тому, що він вказав, хоча й несвідомо, на вихід з «цього лабіринту систем» до «дійсного позитивного пізнання світу»[1881].

Відзначимо також відображення проаналізованих ідей у розвитку освіти. Наприклад, у всіх німецьких університетах у 20-х роках XIX ст. викладалася дисципліна енциклопедії та методології права (Бреслау, Лейпціг, Марбург, Бонн, Кенігсберг, Кіль); у інших університетах її предмет ще виразніший — енциклопедія чинного права (Геттінген, Галлє, Ландсгут, Берлін, Ерланген, Росток, Тюбінген, Берлін), енциклопедія практичного правознавства та державознавства (Вюрцбург);

[1875] Там само. С. 11, 16, 19–20.
[1876] *Дегай П.И.* Пособия и правила изучения российских законов или материалы к энциклопедии, методологии и истории литературы российского права. Москва: в Типографии А. Семена, 1831. С. 58.
[1877] Там само. С. XI.
[1878] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції… С. 239.
[1879] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 113.
[1880] *Breckman W.* Eduard Gans and the Crisis of Hegelianism // Journal of the History of Ideas. 2001. Vol. 62. No. 3. P. 545–549, 551–552, 562–563.
[1881] *Энгельс Ф.* Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. 2-е изд. Т. 21. Москва: Госполитиздат, 1961. С. 278–279.

або/та енциклопедія та методологія правознавства (Гейдельберг, Тюбінген, Ієнна, Марбург, Росток, Гессен, Лейпціг, Берлін) чи юридична енциклопедія і методологія (Ієнна, Кенігсберг, Гессен, Росток, Гейдельберг, Ієнна, Марбург, Фрейбург). Здебільшого ці дисципліни викладалися на основі підручників ранніх позитивістів Н.Н. Фалька або Г. Гуго.

Аналізуючи «кодифікаційні дебати» в ширшому контексті тривалого суперництва між історичною та історико-філософською школами і враховуючи вплив пізніших праць Гегеля, Савіньї, Пухти та інших учених, Г. Монгаупт зазначає, що сутність суперечки полягала в різному понятті науки про право: перша бачила правознавство практично спрямованим, а друга — вільним від цілеспрямованості[1882]. Відповідно для першої правознавство могло бути виключно національним, для другої національне правознавство було не наукою, а ремеслом, справжня наука мала бути всесвітньою і входити до філософії[1883]. Загалом ми згодні із цим глибоким узагальненням, крім одного: доктрину Савіньї та інших представників історичної школи права тут відображено, так би мовити, станом на 1814 р., а згодом їх уявлення про національне суттєво еволюціонувало, що дало змогу зблизити підходи двох шкіл.

Х. Шепел слідом за М. Вебером зазначає, що перетворення правознавства на науку пов'язане з розвитком ліберального капіталізму: раціональна соціальна дія, яка ним передбачається, зумовлює заміщення сутнісної правової раціональності формальною раціональністю[1884]. А С. Фуллер пов'язує перетворення права на «науковий комплекс знань» з позитивізмом XIX ст., що виразилося у «конверсії теологічних та метафізичних доктрин в системи логічно організованих та емпірично верифікованих тверджень»[1885].

Низка вчених, зокрема Р. Ціммерманн, М. Рейманн, Р. Берковіц та інші вважають, що саме з відкиненням ідеї природного права та сприйняттям позитивістських підходів пов'язане перетворення вчення про право на власне юридичну науку[1886]. Український вчений О.М. Мироненко називає ці зміни «революційним зламом у загальносвітовому вимірі у вченнях про право», переходом юридичної науки «з однієї фундаментальної світоглядної позиції на іншу»[1887]. І.І. Царьков пише про перехід

[1882] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 123, 125–126.
[1883] Там само. С. 123.
[1884] *Schepel H.* The European Brotherhood of Lawers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law // Law and Social Inquiry. 2007. Vol. 32, Iss. 1. P. 3.
[1885] *Fuller S.W.* Positivism and legal science… P. 1154.
[1886] Див. напр.: *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition. P. 6–7; *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… P. 578–580; *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 837–843.
[1887] *Мироненко О.М.* Історична школа права… С. 229, 232.

від ідеологічного та метафізичного правового знання до прагматичної юридичної науки[1888].

Власне, такий погляд йде ще від одного з творців позитивістської філософії О. Конта, який у 1830 р. проголосив позитивізм третьою стадією інтелектуального становлення людства в цілому і кожної галузі знання, на якій останні стають повноцінними спеціальними науками[1889]. Позаяк розгляд цього твердження може спричинитися до написання окремого дослідження, ми його не розвиватимемо, але вкажемо, що позитивізація юридичної науки, безумовно, означала принципову трансформацію її предмета, а отже, її характеру.

Цілком погоджуємося із зазначеними вченими, але також вважаємо, що умови і перебіг процесу становлення юридичної науки в європейських країнах були різними. Умови правового та інтелектуального розвитку німецьких держав початку XIX ст. виявилися сприятливими для трансформації правознавства в сучасну юридичну науку. Ці держави, на нашу думку, слід розглядати як автономні політико-правові утворення, а не в телеологічному чи ідеологічному контексті — як частини єдиної Німеччини. Отже, маємо справу з окремими, хоча й багато у чому подібними, правовими системами. Раціональний чинник — економічні зв'язки, а також ідеологічний — свідомість національної, історичної та культурної єдності, певною мірою прагнення єдності політичної вимагали постійного аналізу правових систем цих країн та конструювання на цій основі загальнонімецького права. Окрім того, з часів Реформації у німецьких державах співіснували як католицькі, так і протестантські громади. Церковне право цих конфесій регулювало суттєве коло правовідносин, для юриста було важливо знати його незалежно від його особистої конфесійної належності.

Недавні реалії французької окупації та запровадження французького Цивільного кодексу (на думку Наполеона, це був крок до уніфікації права західних країн), дискусії щодо можливості наслідування французького досвіду кодифікації викликали безумовний інтерес до французького та іншого зарубіжного права, а також усвідомлення німецького права як цілісного і відмінного від інших феномена, який, знов-таки, міг бути уявлений лише на основі наукових досліджень. Також принципово важливою була наявність у німецьких державах надзвичайно розвиненої науково-освітньої юридичної інфраструктури (значна кількість університетів, система академічної мобільності студентів та викладачів, наукові журнали, товариства та ін.).

Поштовхом до суттєвих змін в юридичній науці та освіті німецьких держав стало поступове формування двох впливових напрямів юридичної думки — історичного та історико-філософського, представлених уні-

[1888] *Царьков И.И.* Развитие правопонимания в европейской традиции права… С. 248.
[1889] *Самардак М.М.* Філософія науки: напрями, теми, концепції. Київ: Вид. ПАРАПАН, 2011. С. 27–28.

верситетськими професорами, а також публічна полеміка між ними. Незважаючи на значні відмінності між поглядами представників цих шкіл, ми переконані, що їх засадничими основами стали позитивізм і пов'язана з ним упевненість у автономному статусі юридичної науки. Це підтверджує поширену ще у XIX ст. думку про те, що сучасна правова наука створена насамперед у Німеччині[1890].

Значна частина вчених другої половини XVIII — першої третини XIX ст. вважала, що порівняння в праві є засобом побудови загального вчення про право, загальнотеоретичної правової дисципліни на не-метафізичних засадах. Сучасні дослідники зазначають, що вчені початку XIX ст. намагалися виявити універсальні принципи права та загалом створити універсальне вчення про право на основі порівняння даних емпіричних досліджень — замість спекулятивного філософствування. При цьому В. Хюн вважає, що йшлося про включення такого вчення до позитивної правової науки, а М. Даббер — про те, що його можна розглядати як формальну теорію природного права, в якій останнє фактично перетворювалось на теорію права[1891].

Пюттер у 1767 р. зазначав, що історія права (яка розумілася ним та його послідовниками як емпірична юридична наука загалом — на відміну від апріорно-філософського пізнання права) має вивчати відмінності, подібності та взаємозв'язки між правовими системами всіх народів і часів, встановлюючи їх причини та наслідки[1892]. Він виокремлював у межах юридичної науки національні правознавства (кожний народ вивчає своє право) і юридичну енциклопедію, що охоплює дані про права всіх народів і часів, щоправда, стверджуючи, що неєвропейські народи менш цивілізовані, а тому їх право менш відоме та менш корисне для юриста[1893]. Зокрема, до сфери юридичної енциклопедії він відносив класифікацію правопорядків, розробку методики порівняльно-правових досліджень, яким присвячував підрозділи своєї книги, у багатьох місцях наголошував на використанні порівняння при вирішенні завдань цієї дисципліни[1894].

Предметом юридичної науки для Г. Гуго має бути, на відміну від філософії, що апріорно пізнає остаточну розумність, емпіричне пізнання правової раціональності: «Реальний правовий стан, як ми говоримо, є емпіричним, залежним від часу і місця, випадковим, факти якого слід вивчати на основі власного і чужого досвіду, в історичному контексті

[1890] *Amos Sh.* A Systematic View of the Science of Jurisprudence. London: Longmans, Green and Co., 1872. P. 505; *Hastie W.* Translator's preface // Outlines of the science of jurisprudence... P. VII.
[1891] *Heun W.* Die Entdeckung der Rechtsvergleichung… S. 13–14; *Dubber M.* Comparative Criminal Law… P. 1293.
[1892] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 302–303; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 35, 38.
[1893] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 23, 28.
[1894] Ibid. S. 28–29, 93, 95–96.

(в повному розумінні цього слова)»[1895]. Зрозуміло, що «місце» і «чужий досвід» тут однозначно вказують саме на порівняльне пізнання, яке Гуго включав до історичного.

І. Кант виокремив у 1795 р., окрім національного та міжнародного, космополітичне право — спільне у правових устроях першого і другого типів, яке формується на основі зв'язків та взаємовпливів між правовими устроями, але не може об'єктивуватися у вигляді самостійного правового устрою (національного, міжнародного чи всесвітнього)[1896]. Цим він одночасно окреслив нову сферу знань, яка не охоплювалася ані метафізичною філософією права, ані догматичним національним чи міжнародним правознанням. Мислитель наголошував неможливість єдиної теорії для національного, міжнародного і космополітичного права, натомість стверджував необхідність постійних емпіричних досліджень «стану речей у світі»[1897]. Таким чином, природне право зникає, раціоналізовано сферу правових взаємодій та обгрунтовано плюралістичність правового розвитку, філософський інструментарій більше не є основним засобом правового пізнання, йдеться про створення методології емпіричного юридичного дослідження наднаціональних змін у праві.

У проекті королівського указу щодо організації народної освіти (1809 р.) за редакцією В. Куоко (Неаполітанське королівство) стверджувалося, що законодавство є окремою наукою, основою якої є знання конкретних суспільств, вона заснована як на загальній ідеї права, так і на «порівнянні законів різних народів», що дає змогу визначати корисність наявного правового досвіду в конкретних умовах[1898].

Міттермайєр у 1812 р. вказував на порівняння як на чи не основний метод конструювання історії права[1899]. А Тибо у 1814 р., як уже зазначалося, виступив проти обмеження юридичної науки й освіти знанням германського та римського права: «наша історія права, щоби стати дійсно прагматичною, має охоплювати законодавства всіх давніх і нових народів», вважаючи, що знання іноземного права дає «істинне юридичне розуміння»[1900].

Н.Н. Фальк у 1821 р. зазначав, що юриспруденція зможе стати практичною наукою тоді, коли її принципи будуть «об'єднані однаковим ставленням до тієї чи іншої держави в її нинішній конституції», враховуватиме відмінності національних правопорядків та зміни в них. Він

[1895] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 274.
[1896] *Кант И.* Вечный мир… С. 12–13, 19, 39–40.
[1897] Там само. С. 49.
[1898] *Progetto* di decreto per l'organizzazione della publica istruzione / Relatore V. Coco. Napoli, 1809. P. 21–22.
[1899] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts... S. 20.
[1900] *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 382.

вказував, що порівняльне вивчення права є принципово важливим для історії права та загального вчення про право[1901].

На думку Пухти (1821 р.) предметом правознавства («окремого правознавства») є виключно право одного народу, а узагальненням права різних народів у межах людства займається філософія права (вона не може бути національною за визначенням, хоча повністю цього уникнути не вдається). Ці науки самостійні, але взаємопов'язані[1902]. Методами правознавства є систематичний та історичний, один обов'язково передбачає інший, і навпаки[1903].

Правознавство є наукою практичною і спрямованою на розвиток права народу («найнаціональніша з усіх наук»); юристи «мають діяти як представники народу, якщо вони хочуть справляти вплив на право»[1904]. Водночас до його предмета входить також зв'язок правопорядків між собою («перехід», «рецепція»), тобто конкретний, а не загальний зв'язок («настільки переступає межі цього народу, наскільки переходить їх саме по собі його право»)[1905]. Зокрема, такий зв'язок історично існує між правопорядками народів германського походження, а також римське право пов'язує «всі європейські нації та їх відгалуження». Тому правознавство сприяє спілкуванню з іншими народами і має «значення, що виходить за межі народу», але противиться змішанню національних правопорядків (окрім рецепції римського права, яке є водночас і національним правопорядком, і «загальним правом цивілізованих народів»)[1906].

Ганс у 1823 р. вказував на те, що порівняльне дослідження правопорядків може являти собою «особливий вид філософії» (філософії позитивного права), якщо стане чимось більшим, ніж простим описом, поклонінням факту. Водночас він вказував, що всі науки про дух (історичні) є позитивними, а «єдино правильним шляхом» у них є порівняння, що веде до вироблення понять: «Найрозумніші мужі висунули до науки вимогу, щоби вона розвивалася в порівняльну науку», стала «розширеною», «універсальною і всеохопною», виникло «універсальне дослідження в правовій науці»[1907]. Знання про право в межах одного правопорядку, що розглядає його як самодостатнє і замкнене з практичною метою («має певну ціль поза себе самого»), є «правоумінням» («правознанням»), «якщо воно називає себе наукою, є наукою практичного розуму», але насправді є лише юридичним ремеслом, яке не слід навантажувати науковими елементами. Ганс зазначав, що порівняння у пра-

[1901] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 196–197.
[1902] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 90–91, 96.
[1903] Там само. С. 92.
[1904] Там само. С. 96, 98; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 143.
[1905] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 90–91, 96.
[1906] Там само. С. 97–98.
[1907] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 77–78, 80–84, 93.

вознавстві є елементом, який перетворює просте «правоуміння» / «правознання» на науку[1908].

П.І. Дегай у праці 1831 р. стверджував, що суттєві відмінності між правопорядками держав, особливо у сфері публічного права, значно обмежують можливості їх теоретичного (очевидно, також філософського) узагальнення[1909]. Більше того, він зазначав, що досвід неможливо відірвати від теорії, остання твориться шляхом узагальнення першого («приведення до порядку, представлення у зв'язку», перехід від спостережень до синтетичних суджень)[1910]. Окремий розділ своєї книги він присвятив «вдосконаленню вивчення вітчизняних законів загальною теорією права та пізнанням іноземного правознавства», запропонувавши в ньому пізнавати право філософськи, історично, емпірично, догматично та літературно (історія юридичного знання)[1911]. При цьому, на його думку, вивчатися мають всі позитивні законодавства — «хоча становить праці незчисленні, ціль недосяжну окремими зусиллями однієї людини, але у сфері, що веде до цього ідеалу, всі окремі успіхи є новим кроком до загального вдосконалення» — тільки так юрист може зрозуміти і вдосконалити своє національне право[1912]. Найважливішими зарубіжними законодавствами, досвід яких особливо корисний, П.І. Дегай вважав римське, англійське, французьке і німецьке, відзначаючи, що всі інші також особливі й заслуговують на увагу[1913].

7.2. Дисциплінарна диференціація юридичного знання і виокремлення порівняльно-правових наукових дисциплін

Ідея диференціації загального вчення про право

Поряд з ідеєю єдності загального позитивного вчення про право поступово розвивалася й ідея його диференціації. Однією з перших загальних юридичних дисциплін (але практично винятково німецькою[1914]) стала енциклопедія права. Зокрема, У. Гунніус вважається першим, хто сформулював цю назву в своїй праці «Універсальна енциклопедія права» (видана посмертно у 1638 р.), хоча за змістом такою була ще праця Лагуса «Методичні розробки традиційного права» 1543 р. (вона поділялася на філософську та історико-теоретичну частини)[1915].

[1908] Там само. С. 90–92.
[1909] *Дегай П.И.* Пособия и правила изучения российских законов или материалы к энциклопедии, методологии и истории литературы российского права… С. XI.
[1910] Там само. С. 114–115.
[1911] Там само. С. 108.
[1912] Там само. С. 108–109, 141.
[1913] Там само. С. 109.
[1914] *Савайда О.І.* Енциклопедія права в системі юридичних наук: Монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. С. 66, 88.
[1915] *Friedländer A.* Definition and History of Juristic Encyclopaedia… P. 253; *Савайда О.І.* Енциклопедія права в системі юридичних наук… С. 65, 67.

О. Савайда пише: «З появою вказаного твору сфера дії галузі правознавства стала своєрідною антитезою традиційного догматизму вивчення права»[1916].

Як зазначав А. Фрідландер, епохальними у цій сфері стали енциклопедії права Сенкенберга (Геттінген, 1735), Мозера (Ієнна, 1743) та Пюттера (Геттінген, 1757), що були зорієнтовані насамперед на пізнання позитивного права[1917]. Пюттер першим відокремив від юридичної енциклопедії методологію права[1918]. На початку XIX ст. енциклопедія права, що мала раніше більшою мірою довідниково-методичний характер, низкою вчених була проголошена окремою юридичною наукою[1919].

Г. Монгаупт стверджує, що диференціація юридичного знання і виокремлення юридичних наукових дисциплін відбувалися протягом XVIII ст. і дістали відображення, зокрема, у структурах юридичних бібліографій та інших публікаціях. На його думку, «внутрішня диференціація окремих дисциплін є вирішальним питанням для поступового розвитку і конституювання спеціалізованих індивідуальних галузей в межах загальної дисципліни більш високого рівня»[1920].

Зокрема, Й.Г. Зедлер у статті «Історія» для «Великого універсального лексикону всіх наук» (1735 р.) виділяв: історію церкви, політичну, інтелектуальну, мистецтв, природи, але не історію права[1921]. Проте Й.К.Ф. Мейстер у бібліографії юридичної літератури 1780 р. уже виокремлює такі юридичні дисципліни, як історія права, юридичні старожитності, історія юридичної літератури[1922]. Тому ми не можемо повною мірою погодитися з М.Є. Асламовим у тому, що «межі між істориками права і філософами права у першій половині XIX ст. тільки виникають»[1923], але згодні в тому, що дисциплінарний поділ ще не був усталений.

Важливим у цьому процесі вважаємо ідею Й.С. Пюттера, який у 1767 р. зазначав, що шляхом синтезу правознавства з іншими науками утворюються нові юридичні наукові дисципліни — юридична герменевтика, юридична математика та ін.[1924] Гуго запропонував свій поділ юридичної науки на ключові дисципліни. На його думку, слід вирізняти насамперед три питання в правознавстві: 1) «що є законним?» (догматичне практичне дослідження); 2) «як це стало законним?» (історія права); 3) «чи розумно те, що це законно?» (філософія права)[1925].

[1916] *Савайда О.І.* Енциклопедія права в системі юридичних наук… С. 65.
[1917] *Friedländer A.* Definition and History of Juristic Encyclopaedia… P. 258–259.
[1918] Ibid. P. 258.
[1919] *Савайда О.І.* Енциклопедія права в системі юридичних наук… С. 75–76.
[1920] *Mohnhaupt H.* "Historia literaria iuris"… S. 1, 6.
[1921] Ibid. S. 4.
[1922] Ibid. S. 16.
[1923] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[1924] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… S. 104–105.
[1925] *Ziolkowski T.* Clio the Romantic Muse: Historicizing the Faculties in Germany… P. 106.

С.Ю. Десницький у 1768 р. недвозначно писав про «частини юриспруденції» як науки, які водночас є окремими науками в єдиному комплексі, а також визначав пізнання зарубіжного права (насамперед римського) як одну з трьох частин юридичних знань (поряд з природним та національним правом)[1926].

Фейєрбах у 1810 р. поділяв правову науку на загальну частину (універсальну юриспруденцію) і «спеціальні галузі» («практичні галузі»). До універсальної юриспруденції входять філософія позитивного права та історія права (правознавство)[1927]. «Практична філософія законів» у баченні Фейєрбаха є вищою за позитивне правознавство. Вона не творить права, а лише узагальнює наявне, «аналізує і коментує закони», а не видає їх, не є «повелителькою правознавства». Свій позитивний зміст має лише правознавство, а філософія права є наукою про негативне — про межі та форми права[1928].

Екстраординарний професор Харківського університету Й. Ланг у праці «Про вивчення юридичних і політичних наук» (1810 р.) до цих наук відніс: природне право чи філософське правознавство; державне господарство; вітчизняне позитивне право; вітчизняну історію і статистику; римське право[1929].

Гегель у своїй праці «Філософія права», заперечивши вчення про природне право, фактично виокремив два вчення про позитивне право — позитивну правову науку, яка є історичною, і філософію права[1930]. Філософія права, на думку Гегеля, не має бути метафізичною, повинна осмислювати позитивне право, точніше, ідеї, які в ньому закладено: «Філософія… — це проникнення в розумне, осягнення наявного й дійсного, але ніяк не зосередження на потойбічній засадії, що існує бозна-де», що відповідало знаменитій формулі мислителя: «що розумне — те дійсне; і що дійсне — те розумне»[1931]. При цьому вона й сама є конкретною, відображає конкретні реалії часу та місця її створення, дійсна лише в теперішньому, в якому, щоправда, відображається й вічне. Завдання філософії — пізнання, а не конструювання дійсності, в тому числі позитивного права; вона осягає дійсність апостеріорі[1932].

У баченні Гегеля філософія права є наукою, причому про позитивне право, але не про норми, а ідеї, на яких вони засновані; вона є вищим

[1926] *Десницкий С.* Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции… С. 194, 199.
[1927] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 14–15, 18–21.
[1928] Там само. С. 13–15, 17–18.
[1929] *Ланг И.* Об изучении юридических и политических наук // Речи, говоренные в торжественном собрании Императорского Харьковского университета, бывшем 30 июня 1810 г. Харьков, 1810.
[1930] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство… С. 187.
[1931] Там само. С. 8, 13–14, 243.
[1932] Там само. С. 13–16.

рівнем пізнання щодо науки позитивного права[1933]. Якщо позитивне правознавство пізнає у праві різноманітність змісту, то філософія права, це різноманіття не відкидаючи, відшуковує для нього загальні форми та поняття, загальність у конкретному, а разом ці науки є двома боками одного інтелектуального пошуку: «Мислення і воля — як теорія і практика одного й того самого, теоретичне міститься в практичному і навпаки, опосередковуються діяльністю»[1934].

Тому ми не можемо погодитися з думкою М.Є. Асламова про те, що Гегель у «Філософії права», дисциплінарно розмежовуючи філософію права та історію права, підтримуючи емансипацію останньої, розглядав історію права і філософію права як науки, що належать до різних сфер і тому між собою не співвідносяться[1935]. Також відзначимо, що Гегель у Берлінському університеті з 1818 по 1831 р. паралельно викладав філософію права та енциклопедію права[1936].

Проблема диференціації і дисциплінарного поділу правознавства цілком свідомо ставиться Н.Н. Фальком. У 1821 р. він зазначав: «Науковий поділ юриспруденції повинен… визначатися відносно принципових концепцій системи, а не з посиланням ані на просто випадкові обставини, ані на зручність академічних лекцій, ані на окремі об'єкти певних авторів, ані навіть на спосіб, у який римляни чи сучасні нації організували свої системи», в її основі має бути кореляція суб'єктивного права із зобов'язанням «на чолі з вищою концепцією права»[1937].

Філософію права Фальк називав «наукою загальної юриспруденції», але вказував, що «справжня», неметафізична філософія права, що відкине нездійсненну ідею природного права, «ще не посіла свого місця»[1938]. Поки цього не сталося і позитивні системи права ще неповні, природне право має сприйматися «в широкому сенсі універсальних юридичних істин», «загально придатних принципів права, що можуть бути прикладені до всіх невизначених випадків», як логічні положення, що випливають з інших визнаних принципів і доктрин позитивного права[1939].

У перспективі ж місце метафізичної філософії права як загальноправової дисципліни посяде «універсальна теорія суб'єктивного права», «створена шляхом аналітичного розвитку певних концепцій і визначення їх логічних зв'язків»[1940]. Причому ці принципи мають бути виведені «з фактів, що присутні в кожному громадянському суспільстві», заснова-

[1933] Там само. С. 6, 8–9.
[1934] Там само. С. 14–15, 17, 25–26, 41.
[1935] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[1936] *Klenner H.* Savigny's Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin… S. 77.
[1937] *Falck N.* The Scientific Study of Jurisprudence… P. 201.
[1938] Ibid. P. 175.
[1939] Ibid. P. 175–177.
[1940] Ibid. P. 177.

ні на аналізі функціонування суспільства і життєвих відносин, і саме тому зможуть бути визначені як універсальні, а також як природне право (свою теорію «юридичного суб'єктивного права» Фальк назвав раціональною)[1941].

Фальк зазначав, що загальна наука права — позаяк охоплює лише універсальні принципи без прив'язки до жодної конкретної цілі, якоїсь користі — є сферою раціонального, обмежується ідеями, не зачіпаючи обставин конкретних правовідносин; її мета — «знати, що насправді існує»[1942]. На його думку, «межі раціонального та історичного в сфері права» дуже складно точно визначити, але їх окремішність не можна ігнорувати, це є відокремленням загальних доктрин від положень позитивного права[1943].

Іншою наукою є наука позитивного права (юриспруденцція, законознавство, *scientia legum*), що пізнає власне об'єктивне право — «систему принципів, актів та норм, за якими люди живуть у державі чи громадянському суспільстві», є соціальною, вольовою, обов'язковою, закріплена авторитетом держави і не має абстрактних обмежень. Але до її предмета входять і доктрини, що «пізнаються через їх зовнішні вияви»[1944]. Юриспруденція як «наукове ціле» є історичною та емпіричною, відокремлена загалом від інших наук, і зокрема від моралі та політики, і навіть контрастує з ними»[1945].

У межах позитивного правознавства виокремлюються «частини» («відділи», «координовані та субординовані секції») згідно із «зверненням до подібності чи відмінності в юридичних відносинах» та особливостями застосовуваної методології, але це не порушує його цілісність[1946].

Зокрема, Фальк виокремлює юридичну енциклопедію, що вивчає принципи системності та дисциплінарного поділу правознавства, а також, згідно з «науковими засобами та знаряддями юридичного дослідження», юридичну філологію, історію права (разом з «правовими старожитностями»), юридичну герменевтику, юридичну критику, юридичну логіку, порівняльне правознавство, юридичну бібліографію та історію юридичних знань і вчень; серед не-юридичних дисциплін, потрібних для правника, вказує на «універсальну історію людства»[1947].

Ф. Блюм у «Нарисі пандектного права: огляд джерел» (1829 р.) зазначав, що концептуальні засади юридичної науки формуються спільно енциклопедією права та порівняльним правознавством[1948].

[1941] Ibid. P. 177–178, 186.
[1942] Ibid. P. 178–179.
[1943] Ibid. P. 178.
[1944] Ibid. P. 180–187.
[1945] Ibid. P. 184–186.
[1946] Ibid. P. 200–201.
[1947] Ibid. P. 170, 202–204, 208, 211, 213, 215, 217.
[1948] *Bluhme F.* Grundriß des Pandectenrechts: mit einem Quellenregister… S. VII.

У праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство» Фейєрбах вказував, що загальноприйнятим є поділ правових знань на вчення про природне право, філософію права та позитивне правознавство[1949]. З них перше і друга є суто спекулятивними (удаваним, ненауковим ученням чистого розуму і спробою його втілити), а третє — внутрішньо не пов'язаною сукупністю національних правознань, що не є науками і мають лише практичну цінність[1950]. Натомість Фейєрбах здійснює вертикальну, ієрархізовану диференціацію юридичної науки (знизу догори): окремі позитивні правознавства, порівняльне (загальне) правознавство (разом з історією права), філософія законодавства (виділяє також метафізику права)[1951].

Порівняльне правознавство

Поряд з ідеєю про порівняння як засіб і платформу для загального вчення про право розвивалася й ідея про інституалізацію порівняльних знань у вигляді окремої наукової дисципліни — порівняльного правознавства.

Ф. Балаш слідом за Куном виділяє до-парадигмальну епоху в розвитку наук, якою для порівняльного правознавства та «порівняльно-правового мислення» вважає період до середини XIX ст. Для цього часу, на думку вченого, характерні «відсутність послідовних теоретичних засад і конкуренція різних теоретичних концепцій», а з появою першої парадигми така плюральність зникає[1952]. У порівняльному правознавстві, на думку Ф. Балаша, це «теоретично орієнтована історико-еволюціоністська парадигма, яка прагнула знати та аналізувати закони правового розвитку» і виникла у другій половині XIX ст.[1953]

На думку А.Х. Саїдова, порівняльне правознавство виникло «після утвердження капіталістичного ладу і виникнення на цій основі національних правових систем, що увібрали в себе історичні особливості розвитку кожної з капіталістичних країн». Учений відносить його появу до другої половини і навіть останньої чверті XIX ст. — на відміну від загальної теорії права чи філософії права, але описує раніші реалії, стверджує, що у першій половині XIX ст. у Німеччині «було зроблено значні кроки в розвитку порівняльного правознавства»[1954].

[1949] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 10, 19.
[1950] Там само. С. 10–12, 19.
[1951] Там само. С. 21, 23.
[1952] *Balazs F.* Paradigms of modern comparative law… P. 6, 8.
[1953] Ibid. P. 8.
[1954] *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 23–24, 29, 41.

Натомість В. Хюн зазначає, що порівняльне право «у строгому, буквальному сенсі» виникло близько 1800 р. як наслідок процесу диференціації наукових знань у другій половині XVIII — на початку XIX ст., і навіть пише про «бум порівняльного права у першій половині XIX ст.»[1955]. Він виділяє три характеристики порівняльного права XIX ст.: зв'язок із загальною тенденцією порівняння в різних науках; концентрація на порівнянні законодавства; історична орієнтація[1956]. На думку Г. Монгаупта, сучасна концепція порівняльного права — як методу чи окремої дисципліни — сформувалася у XIX ст.[1957]

Звичайно, можна навести набагато більше думок сучасних учених. Водночас, поза неоднозначним і не всіма прийнятим терміном «парадигма», загалом ми поділяємо підхід Ф. Балаша у тому, що одним з важливих показників появи науки (наукової дисципліни) можна вважати те, що коло вчених у певній сфері, у певний час і у певному місці починає поділяти спільні теоретико-методологічні засади як платформу для подальших досліджень та дискусій. На нашу думку, такою теоретико-методологічною платформою для компаративістського мислення та його інституалізації у вигляді порівняльного правознавства та інших порівняльно-правових дисциплін стали взаємопов'язані фундаментальні теорії: 1) соціально-вольового характеру права, що реалізується у вигляді національного правопорядку; 2) позитивності права й відокремленості правознавства від спекулятивної філософії, етики, теології, емпіричності знання — можливості визначення окремого, особливого і загального в правовому розвитку насамперед на основі емпіричних досліджень; 3) можливості екстраполяції методологічних засад інших наук у правознавство (зокрема, щодо універсальної єдності науки поряд з різноманітністю дійсності, що виступає предметом науки, щодо порівняння як основного методу узагальнення результатів емпіричних досліджень, яке виступає засадою і загального вчення в науці, і виокремлення порівняльних наукових дисциплін).

На нашу думку, ці теорії в контексті того часу однозначно об'єднували широке коло вчених і при цьому відокремлювали їх погляди від інших теоретико-методологічних підходів. При цьому вони спиралися на: 1) дуже значний масив порівняльно-правових знань, що швидко зростав; 2) ідею диференціації наук за предметно-методологічним та іншими критеріями; 3) інституціоналізацію порівняльних дисциплін у низці суспільних, інших гуманітарних наук та біології. Також тогочасні дослідники були: 1) свідомі в проголошенні автономності порівняльно-правових дисциплін і обгрунтовували цю автономність; 2) частково об'єднані самоорганізацією (наукові школи, періодичні видання) і

[1955] *Heun W.* Die Entdeckung der Rechtsvergleichung… S. 10–11.
[1956] Ibid. S. 13, 15.
[1957] *Mohnhaupt H.* Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode… S. 117.

визнанням з боку суспільств та держав (поява спеціальних навчальних дисциплін та спеціалізованих дослідницьких центрів). Про все це ми пишемо в різних розділах книги. Вважаємо, що немає жодних підстав ігнорувати становлення порівняльно-правових наукових дисциплін у першій третині XIX ст. — як одного з варіантів організації порівняльно-правового знання і реалізації порівняльно-правового мислення.

Першим, хто запропонував концептуалізацію порівняльного правознавства, став Пауль Йоган Анзельм Ріттер фон Фейєрбах — видатний німецький учений у галузях кримінального права, філософії права та порівняльного правознавства. Він народився у 1775 р., навчався у Йєннському університеті (1791–1795 рр.), одержав ступінь доктора філософії, а у 1799 р. — доктора права. У 1801–1802 рр. був екстраординарним професором Йєннського університету, у 1802–1804 рр. — професором Кільського, у 1804–1805 рр. — Ландсгутського університету. З 1805 по 1814 рр. працював у Міністерстві юстиції Баварії, а потім став головою Апеляційного суду в Анспасі. Став автором низки праць з порівняльного кримінального та кримінально-процесуального права та ін.

У праці «Щодо кримінального права Корану» (1800 р.) він чи не вперше використав термін «порівняльне правознавство» *(vergleichende Jurisprudenz)* у значенні засобу знання «реального й наявного, порівняння різних законодавств, знання їх відношення до різних умов народів згідно з часом, кліматом, звичаями і устроєм», який надає історії галузевого права (йшлося про кримінальне право) дух і життя, перетворює просте знання на «джерело плідних міркувань для законодавця, гідний предмет для філософів та історії людства»[1958].

У статті «Погляд на німецьке правознавство» (1810 р.) Фейєрбах підходить до поняття «порівняльне правознавство» *(vergleichende Jurisprudenz)* від потреби пізнання зарубіжного досвіду[1959]. Він ставив його поряд з порівняльною анатомією і «універсальною історією народів», що підкреслювало і автономний дисциплінарний статус, і ключову роль порівняльного правознавства у формуванні юридичної науки загалом, адже знання одного правопорядку самого по собі не можна вважати науково повноцінним: «Так само як на основі порівняння мов формується філософія мови (тобто власне мовознавство), так і на основі порівняння законів та правових звичаїв як найбільш споріднених, так і найбільш культурно віддалених націй усіх часів і держав вибудовується універсальна юриспруденція — наука про закони, без зайвих додатків, яка тільки одна й зможе привнести справжнє, повноцінне життя в кожну зі спеціальних галузей юриспруденції»[1960]. А вже на основі пра-

[1958] *von Feuerbach P.* Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran... S. 164–165.
[1959] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження... С. 15.
[1960] Там само.

вознавства (порівняльного) у межах універсальної юриспруденції формується «всеосяжна і життєва практична філософія законів» — така, як у Монтеск'є[1961]. З огляду на це ми не можемо погодитися з поширеною думкою про те, що Фейєрбах бачив порівняльне правознавство як загальну історію права в сучасному розумінні[1962].

Слід додати, що у 1822 р. цю працю було видано в перекладі польською мовою під назвою «Про правознавство»[1963]. У ній, можливо вперше, термін «порівняльне правознавство *(porównawcza nauka prawa)* з'явився в одній із слов'янських мов; «загальне правознавство» перекладено як *powszechne prawodawstwo*[1964].

«Програма курсу порівняльних законодавств» Вінченцо Куоко, що датується 1805 р., є незавершеною і тривалий час, очевидно, залишалася неопублікованою[1965], не визначає порівняльне законодавство *(legislazione comparata)*, стверджуючи лише, що воно є «експериментальною частиною юриспруденції»[1966]. Але сама по собі поява цієї праці недвузначно свідчить, що порівняльне законодавство сприймалося автором як окремий предмет дослідження. Водночас, у проекті королівського указу щодо організації народної освіти (1809 р.) за редакцією В. Куоко (Неаполітанське королівство) воно не пропонувалося як окрема навчальна дисципліна[1967].

Як уже зазначалося, на противагу скептичному ставленню пізніших дослідників до ролі історичної школи права в розвитку порівняльного правознавства Савіньї писав у 1817 р., що історична школа перейняла ідею порівняння від Фейєрбаха. Але й сучасники віддавали цьому належне. Наприклад, в анонімній рецензії на один з випусків «Журналу історичного правознавства» (видавався Ф. Савіньї), опублікованій 1818 р., вказувалося на порівняльно-правовий характер цього видання і на те, що історична школа перейняла ідею саме порівняльного правознавства від Пюттера, Фейєрбаха і Тибо[1968].

Іншим вченим, який запропонував власну концептуалізацію порівняльного правознавства, став данський юрист і політичний діяч Ніль Ніколаус Фальк. Він народився в 1784 р., вивчав теологію та юриспруденцію, з 1814 р. став професором права і ректором (1819–1820, 1834–1835, 1843–1844, 1847–1848) Кільського університету, де працював до

[1961] Там само. С. 18.
[1962] Див. напр.: *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 40–41.
[1963] *Feuerbach P.* O prawodawstwie // Pamiętnik Warszawski. T. II. 1822. S. 199–209, 301–315.
[1964] Ibid. S. 301, 308.
[1965] Щоправда, Дж. Бентівегна стверджує, що ця праця «була доволі поширена на початку XIX ст.» в Італії. Див.: *Bentivegna G.* Filosofia civile e diritto comparato in Emerico Amari. Napoli: Guida, 2003. P. 102.
[1966] *Cuoco V.* Programma di un "corso di legislazione comparata"... P. 328–329.
[1967] *Progetto* di decreto per l'organizzazione della publica istruzione…
[1968] *Zeitschrift* für geschichtliche Rechtswissenschaft. Band 3. Heft 1 [рецензія] // Heidelberger Jahrbücher der Literatur. 1818. Band 11. Hälfte 1–2. S. 45.

своєї смерті[1969]. У 1838 р. він також очолював Шлезвіг-Гольштейнську асамблею держав.

Вперше Фальк, наскільки нам відомо, розглянув порівняльне правознавство у своїй статті «Загальні роздуми щодо законодавства і юридичної науки» (1818 р.) — як перспективну науку, але таку, котра ще перебуває на стадії свого становлення[1970].

«Енциклопедія права для використання у академічних лекціях» Фалька (1821 р.) була широко відома у Німеччині, продовжувала перевидаватися, в тому числі вп'яте — за редакцією Р. Ієринга (1851 р.)[1971]. У 1841 р. її також було опубліковано в Парижі у французькому перекладі, вона була поширена в Англії[1972]. Р. Ієринг, Дж. Остін, А. Фрідландер із захопленням писали про цю працю[1973]. У цьому підручнику проблематику юридичної компаративістики було інтегровано у вигляді окремого підрозділу «Пізнання зарубіжного права. Порівняльне правознавство» *(vergleichende Jurisprudenz)*[1974]. Автор безпосередньо спирався насамперед на працю Фейєрбаха «Погляд на німецьке правознавство» 1810 р., «Цивілістичні трактати» Тибо 1814 р., статтю Савіньї «Голоса за і проти нової кодифікації» (1817 р.), свою статтю «Загальні роздуми щодо законодавства і юридичної науки» 1818 р., праці Пюттера, Блюнчлі, Варнконіга, Філіпса, Брендела.

В «Енциклопедії права» Фальк визначав порівняльне правознавство як окрему юридичну науку, «наукову... обробку зарубіжного права», що передбачає не просто накопичення інформації про зарубіжне право, а «фундаментальне знання основних принципів зарубіжного права і державних інститутів, Окремого і Особливого в них», спрямоване на визначення «сутнісних правових ідей», «спільних для всіх народів раціональних правових принципів», органічних законів розвитку права, вивчення історичних зв'язків між національними правопорядками, пояснення одних правопорядків за допомогою інших, критичну оцінку національного права, виявлення раціональних правових норм, обгрунтування загального теоретичного бачення права[1975]. Вчений наголошував, що теоретичні конструкції в правознавстві мають створюватися саме на основі узагальнення порівняльним правознавством наднаціональних

[1969] *Hastie W.* Translator's preface // Outlines of the science of jurisprudence… P. XXXI.
[1970] *Falck N.* Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft // Kieler blätter. 1819. Band 1. S. 77, 80, 87.
[1971] *Hastie W.* Translator's preface // Outlines of the science of jurisprudence… P. XXXI.
[1972] *Friedländer A.* Definition and History of Juristic Encyclopaedia… P. 272; *Hastie W.* Translator's preface // Outlines of the science of jurisprudence… P. XXXI.
[1973] *Hastie W.* Translator's preface // Outlines of the science of jurisprudence… P. XXXI; *Friedländer A.* Definition and History of Juristic Encyclopaedia… P. 272.
[1974] *Falck N.* Juristische Encyclopädie auch zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen. 4 aufl. Leipzig: Verlag von L.H. Bösenberg, 1839. S. 292–295.
[1975] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 196–197; *Falck N.* Juristische Encyclopädie auch zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen… S. 292–295.

тенденцій у розвитку права, саме порівняльне правознавство здатне визначити універсальні закони і стадії розвитку права[1976].

Отже, на думку Фалька, увага дослідника має концентруватися на позитивному праві, його пізнання має бути емпіричним, порівняльне правознавство займає одне з центральних місць у системі юридичних дисциплін, узагальнюючи правовий розвиток і заміщуючи будь-які апріорні теоретичні конструкції. Як ми вже згадували, він зазначав, що існує певна кількість досліджень зарубіжного права, але їх обробка майже не здійснюється[1977].

Крістіан Ернст фон Вендт, фахівець з порівняльного кримінального права та історії права, у 1778 р., вивчав філософію, камеральні та юридичні науки в Ерлангенському та Геттінгенському університетах, 1798 р. отримав ступінь магістра філософії, 1824 р. — доктора права в Ерлангенському університеті. З 1819 р. він був екстраординарним професором кримінального права Ерлангенського університету, у 1824 р. заснував у цьому закладі Інститут приватної юридичної практики.

Свою книгу «Нарис порівняльного викладу кримінального права…» (1825 р.) — очевидно, перший у світі посібник з галузевої порівняльно-правової дисципліни — Вендт розпочав так: «Значення порівняльного правознавства вже давно визнане. Це стосується не лише наукових досліджень, а й судової практики і особливо правотворчості»[1978].

Фрідріх Блюм народився у 1797 р., навчався в Геттінгенському, Берлінському, Ієнському університетах. Значний вплив на формування його світогляду як ученого-юриста справили лекції Гуго і Савіньї. Зокрема, Блюм був студентом Савіньї у Берлінському університеті у 1815–1816 навчальному році[1979]. З ним Блюм згодом мав дружні відносини й активне листування, за його порадою зайнявся дослідженням римського права, друкувався в його «Журналі історичного правознавства». У 1820 р. у Ієні він захистив дисертацію доктора права, зайнявся адвокатською діяльністю, але за наполяганням Гуго і Савіньї повернувся до науки — перебував у Італії з метою пошуків пам'яток римського права в бібліотеках (1821–1823 рр.), з 1823 р. став ад'юнкт-професором (з 1825 р. — професором) в Університеті Галле, а з 1831 р. — у Геттінгенському університеті. З 1833 р. — суддя апеляційного суду в Любеку. З 1843 р. повернувся до викладання як професор Рейнського університету (Бонн). Він став першовідкривачем і упорядником низки публікацій пам'яток стародавнього германського і римського права, в тому числі «Колекція канонічного, Мойсеєвого і римського права» (1833 р.).

[1976] *Falck N.* Juristische Encyclopädie auch zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen… S. 292–295.
[1977] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 197.
[1978] *von Wendt C.E.* Grundriss zur vergleichenden Darstellung des Criminalrechts… S. III.
[1979] *Rückert J.* The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900 // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 121.

У «Нарисі пандектного права: огляд джерел» (1829 р.) Блюм зазначав, що римське право має велике значення для формування концептуальних засад юридичної науки, але не може підміняти останні[1980]. Попри впевненість Блюма у занепаді ідеї природного права і новому — не засадничому, а, скажімо, партикулярному, баченні науки римського права, слід зазначити, що такі погляди поділяли не всі тогочасні німецькі вчені. Показовим є відгук на огляд книг з англійського права Блюма анонімного автора під назвою «Щодо природного права» (1831 р.). Автор, зокрема, зазначав: «Зрештою, помилково було б і припустити, що на руїнах природного права могла б вирости якась спільна основа у підході до права — наприклад, якби захотілося дослідити, що саме є спільним та спорідненим для окремих систем права і спробувати об'єднати їх знову, виходячи з більш високих позицій. Кожен, хто уважно стежить за історичним розвитком правознавства, знає, що таке прагнення, яке особливо добре проявляється у зовсім новій науці порівняльного правознавства, є лише плодом наукового осягнення природного права. І тому факту, що до цього плоду природного права, яке поширюється на позитивне право, приєднуються і цивілісти, чи буде хтось дивуватися або не радітиме? — Однак вони не мають права твердити, що це плід їхньої праці»[1981].

У праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство» Фейєрбах вказував, що чисте розуміння права неможливо здобути на матеріалах лише свого правопорядку, це — справа загальної (універсальної) позитивної юридичної науки — порівняльного правознавства, «науки про стан та історію права у людському суспільстві як такому», що включає також загальну історію права[1982]. Воно передбачає виокремлення видових і родових ознак права та дає уявлення про його цілісність як аспект людської природи, що й перетворить юридичне правознання (знання окремих правопорядків) власне на науку[1983]. Ставлячи вище за порівняльне (загальне) правознавство філософію законодавства, Фейєрбах водночас наголошував, що воно здатне пізнавати сутність правових явищ, їх дух — виявляючи причини створення правової норми, а також її «внутрішню взаємозалежність з тим, що стоїть над, під і поряд з нею»[1984]. Одним із зауважених принципів цієї науки мало стати рівне ставлення до кожного правопорядку як унікального[1985].

[1980] *Bluhme F.* Grundriß des Pandectenrechts: mit einem Quellenregister… S. VII.
[1981] *Ueber* das Naturrecht [рецензія] // Blätter für literarische Unterhaltung. 26 April 1831 (Nr. 116). S. 508. Переклад цитати О.А. Шаблій.
[1982] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 11–12, 23.
[1983] Там само. С. 12–13, 21.
[1984] Там само. С. 20–23.
[1985] Там само. С. 22.

Але він писав, що назва і прагнення створити науку порівняльного правознавства постали нещодавно, вона ще не існує і для неї ще немає належного підгрунтя, це справа майбутнього, для якої слід прикладати зусилля вже нині. Водночас він підкреслював, що в чистому вигляді порівняльне (загальне) правознавство та загальну історію права створити ніколи не вдасться через неможливість зібрання і опрацювання (а щодо деяких правопорядків — через відсутність) такого величезного обсягу даних[1986]. При цьому він вказував, що протягом тривалого часу готував таку працю («що повинна і могла би стати головною працею автора»), але не зміг її завершити[1987].

Жан Луї Ежен Лерміньє — французький філософ та історик права, компаративіст, народився у 1803 р. і одержав юридичну освіту в Страсбурзькому, Гейдельберзькому та Берлінському университетах, перебував під впливом Савіньї. З 1831 р. він очолював кафедру загальної та філософської історії права у Коледж де Франс у Парижі, став автором «Загального вступу до історії права» (1829 р.), «Курсу історії порівняльних законодавств» (1836 р.), «Історії легіслатур і конституцій античної Греції» (1852 р.) та ін.

У статті «Про метод історії порівняльних законодавств» (1836 р.) Лерміньє писав про науку порівняльних законодавств, що виникла у XIX ст. і ще перебуває у процесі формування своєї методології[1988]. Вчений пропонував порівняльне правознавство фактично як третій елемент юридичної науки, поряд з історією та філософією права, вперше (наскільки нам відомо) представив методику порівняльно-правового дослідження, синтез порівняльного правознавства з історією права у такій сфері досліджень, як порівняльна історія права[1989].

Англійський вчений Дж. Остін у своїх лекціях у Лондонському університеті в 1827–1832 рр. зазначав: «розвиненіші та зріліші системи більш цивілізованих суспільств пов'язані численними аналогіями, які можна знайти між усіма суспільствами, а також численними аналогіями, які можна знайти лише між ними. Відповідно, різні принципи, спільні для більш зрілих суспільств, є предметом великої науки, яку, на противагу партикулярному правознавству, з одного боку, та законознавству — з іншого, називають загальним (або порівняльним) пра-

[1986] Там само. С. 11, 22–23.
[1987] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження. С. 22; *фон Фейербах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 10. Див. також: *Dubber M.* Comparative Criminal Law… P. 1293.
[1988] *Лерминье Ж.Л.Э.* О методе истории сравнительных законодательств… С. 24.
[1989] Про це докладніше див.: *Кресін О.В.* Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях… С. 118–154.

вознавством[1990], чи філософією позитивного права»[1991]. У 1829 р. один з американських учених, автор анонімної статті, очевидно, вперше в англомовному світі вказав на те, що загальне (порівняльне) правознавство має стати також університетською навчальною дисципліною[1992].

Відображенням поглядів цих учених і водночас їх сприйняття стало становлення порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в університетах німецьких держав. Зокрема, у 1827–1828 і 1828–1829 навчальних роках в Університеті Галле професор Ф. Блюм читав курс «Порівняльне правознавство»[1993], а у 1829–1830 навчальному році — «Філософія права та порівняльне правознавство»[1994]. Для розуміння змісту та статусу цієї дисципліни важливо й те, що, крім порівняльного правознавства, Блюм викладав «Енциклопедію всіх прав» (за підручником Гуго), низку курсів з римського права, церковне право. Відомо також, що у 1847–1848 рр. він у Рейнському університеті ім. Фрідріха-Вільгельма (м. Бонн) читав курс «Вибрані проблеми (дослівно — розділи. — *О.К.*) порівняльного правознавства»[1995]. Також відомо, що у 1827–1828 і 1828–1829 навчальних роках у Ерлангенському університеті К.Е. фон Вендт читав курс «Принципи порівняльного правознавства» латинською мовою[1996].

Зважаючи на те, що викладання порівняльних дисциплін у цей історичний період взагалі в науковій літературі (в тому числі німецькій) не згадується, можемо припустити, що саме Ф. Блюма і К.Е. фон Вендта можна вважати першими в світі викладачами порівняльного правознавства. Можна відзначити два підходи до викладання порівняльного правознавства. Перший представлений Н.Н. Фальком, який у 1810-х роках вважав, що порівняльне право перебуває на етапі становлення, і

[1990] General (or comparative) jurisprudence.

[1991] *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Vol. 1. London: Read books, 2007. P. 211. Ця праця повністю опублікована у 1863 р. На жаль, нам невідомо, чи був включений процитований нами текст у першому виданні лекцій Дж. Остіна 1832 р.

[1992] Стаття в журналі "American Jurist and Law Magazine" у 1829 р. Ми використали виклад ідей автора статті за: *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1068.

[1993] *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827/28… S. 108–109; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1828–1829… S. 100–101, 104.

[1994] *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1829/30… S. 219.

[1995] *№ 1083 Vorlesungen* auf der rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität zu Bonn im Wintersemester 1847/48 // Amts Blatt (Coblenz). 8 September 1847 (№ 58); *Vorlesungen* auf der Rheinischen Friedrich Wilhelms universität zu Bonn im Winterhalbjahr 1847/48. Bonn: Gedruckt bei Carl Georgi, 1847.

[1996] *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827/28… S. 108–109; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1828–1829… S. 100–101, 104.

(вірогідно, саме через це) інтегрував його до дисципліни «енциклопедія права». Припускаємо, що цей підхід був сприйнятий значною частиною викладачів, адже за підручником Фалька енциклопедія права викладалася у великій кількості університетів (на що безпосередньо вказують їх програми). Другий підхід представлено Ф. Блюмом і К. Вендтом, які у 1827 р. перетворили загальну частину порівняльного правознавства на самостійну навчальну дисципліну.

Порівняльна історія права

Іншим варіантом організації порівняльно-правового знання в окрему наукову дисципліну стала порівняльна історія права. Ми вже вказували на значну кількість праць, присвячених універсальній чи загальній історії, що мали суттєвий вплив на становлення правознавства, а також на поступове виокремлення у XVIII ст. історії права як автономної наукової дисципліни. Зазначимо, що К.Ф. Мюлленбрух у своїй «Енциклопедії та методології чинного німецького права» (1807 р.) поряд з німецькою історією права виділяв серед історичних наук, потрібних для юриста, загальну історію «політичних відносин, устроїв, законодавств і культури всіх часів і народів» і європейську політичну історію[1997]. Їх метою було, зокрема, пояснення причин виникнення тих чи інших інститутів права, правових явищ за аналогією, глибше пізнання законодавства[1998]. Цей приклад демонструє, що на той час синтез загальної історії та історії права ще не завершився. Відзначимо також, що підрозділ «Історичні науки» є єдиним у книзі Мюлленбруха, до якого не додано список рекомендованої літератури.

У ході т.зв. «кодифікаційних дебатів» Тибо у 1814 р. виступив з вимогою до історії права стати всеохопною: «Адже не є дійсно живильною історією права та, погляд якої нерухомо прикутий до історії одного народу, де вона прискіпливо вишукує кожну дрібницю, і своєю мікрологією ця історія права подібна до дисертації якогось великого практика про те чи інше. ...наша історія права, щоби зробитися дійсно прагматичною, має охоплювати законодавства всіх інших старих і нових народів»[1999]. Зазначимо, що ця цитата, в якій практичне і ненаукове вивчення національної історії одного правопорядку протиставляється науковому порівняльному дослідженню історії права, ставала предметом уваги, критики або натхнення для багатьох сучасників і пізніших учених. Наприклад, вона була взята «на щит» як епіграф до праці Е. Ганса «Спадкове право у всесвітньо-історичному розвитку. Твір з універсальної історії права» (1824 р.).

[1997] *Muehlenbruch C.F.* Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts. Zum Gebrauch academischen Vorlesungen. Rostock, Leipzig: K.C. Stillet, 1807. S. 485.

[1998] Ibid. S. 485–486.

[1999] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 84.

Натомість основний опонент Тибо — Савіньї у своїй статті «Голоси за і проти нових кодексів» (1817 р.) відкидав ідею такої всеохопної порівняльної історії права (покищо так не названої) — як такої, що може ввести до «жахливої омани»[2000]. Зокрема, він вказував на неможливість точного знання деталей через недостатність джерельного матеріалу, а також на неспівставність автохтонного права народів, яке є частиною їх сутності, неоднакову значущість «для нас» права різних народів[2001]. Ми частково згодні з М.Є. Асламовим у тому, що цим Савіньї заперечував можливість спекулятивної дедукції історичного процесу[2002]. Водночас важливою в цьому випадку вважаємо і загальну настанову Савіньї щодо насамперед практичного характеру юридичної науки. Зокрема, тут же Савіньї пропонував комплексно досліджувати історію права народів, пов'язаних з німецьким — насамперед германських, а також решту європейських християнських народів[2003].

Одним із перших, хто виокремив «загальну історію законодавства» (у тексті ця назва кілька разів наголошується) як сферу досліджень поряд з «історією законодавства народу» став І.Б. Раковецький — у праці «Правда Руська або права великого князя Ярослава Володимировича... з тлумаченням історичних звичаїв Русі, давніх слов'янських та слов'яно-руських народів» (1820 р.)[2004].

Одна з перших концептуалізацій порівняльної історії права належить Е. Гансу. Вона настільки відома, що навіть такі авторитетні дослідники, як Г. Монгаупт, вважають його автором цього поняття[2005]. У зв'язку з цим зазначимо, що Ганса традиційно вважають послідовним гегельянцем. Але, як стверджують дослідники творчості Ганса, він задумав свою працю ще у 1820 р. і зазначив це у «Схоліях до Гая», коли за своїми поглядами був близький до історичної школи права[2006]. Водночас передмова до праці Ганса «Спадкове право у всесвітньо-історичному розвитку. Твір з універсальної історії права» (1823 р.) наповнена різкою полемікою із Савіньї та історичною школою права загалом. Ганс доводив, що історія права може стати наукою лише якщо вона буде порівняльною. Як наголошує Г. Монгаупт, «питання про філософськи обгрунтовану порівняльну історію права стало видатним прикладом фундаментального конфлікту між Савіньї та Гансом і відповідно двох шкіл»[2007].

[2000] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса... С. 112.
[2001] Там само. С. 120; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс.…
[2002] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс...
[2003] Там само.
[2004] *Rakowiecki J.B.* Prawda ruska. T. I... C. 135, 244, 252.
[2005] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса... С. 120.
[2006] Див. напр.: *Waszek N.* Judaïsme et histoire comparée du droit chez Edouard Gans... S. 166.
[2007] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса... С. 120.

Ганс зазначав, що завданням порівняльної історії права[2008] є створення цілісної картини правового розвитку як духовного прогресу, а тому кожний окремий правопорядок для неї не має самоцінного значення, але лише в контексті становлення певних принципів, «понять»[2009]. Принциповими засадами цієї науки у баченні Ганса були однакова важливість кожного правопорядку для загального поступу людства, а також свобода пізнання від утилітарних цілей[2010].

Ганс визначає порівняльну (універсальну) історію права як «порівняльну історичну дисципліну»[2011]. Водночас для нього порівняльна історія права та філософія права є двома ключовими науковими дисциплінами (і одночасно методами) в межах юридичної науки, яким мають бути підпорядковані (й через це стати теж науковими дисциплінами) різноматнітні національні «правознання»[2012]. У пізнішому курсі лекцій «Природне право» (1828–1829 рр.) Ганс зазначав: «Історичне є відображенням у ширину, філософське — злиття за своєю суттю»[2013].

У другому томі своєї праці «Спадкове право у всесвітньо-історичному розвитку» (1825 р.) Ганс зазначав, що кожне право, в тому числі й римське, є лише моментом у всесвітньо-історичному розвитку, не є абсолютом, отримує своє значення лише у порівнянні з іншим правом. Універсальна історія права є мандрівкою і проходженням крізь усі народні духи[2014]. Г. Монгаупт зазначає, що у третьому і четвертому томах «Спадкового права» (1829 і 1835 рр.) Ганс визнав недостатність «філософських формул» і виступив за порівняння без телеології: «Різноманітні особливості… слід зібрати разом і виявити, який дух їм властивий»; він визнав також «надлишок філософської освіти в праві» і проголосив курс на примирення з історичною школою права[2015].

Водночас, як відзначає Г. Монгаупт, «універсальна історія права в такій формі, що була настільки масштабно задумана і передбачала глобальне дослідження, проте, зіткнулася з проблемою непомірних масивів матеріалу, і Ганс це пізніше усвідомив»[2016]. У 1828 р. він зазначав: «Значна складність при пов'язуванні універсальної історії права з філософією полягає… вже в тому, що такий проект має занадто великий обсяг»[2017]. У лекції «Універсальна історія права» Ганс визнав: «Ми не

[2008] Цю науку Ганс також кілька разів називає універсальною історією права. Див.: *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 74, 85, 88, 93, 99.
[2009] Там само. С. 85, 92–93, 96–97, 100.
[2010] Там само. С. 87–89, 91–93, 100.
[2011] Там само. С. 99.
[2012] Там само. С. 93.
[2013] Цит. за: *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 121.
[2014] Там само. С. 122.
[2015] Цит. за: Там само.
[2016] Там само. С. 121.
[2017] Цит. за: Там само.

беремо універсальну історію права у всіх її деталях, і можемо тут лише філософськи підійти до справи і підкреслити значуще»[2018]. Зазначимо, що праця Ганса високо оцінювалася сучасниками, частинами перекладалася французькою, італійською, польською мовами[2019].

Гегель, хоч і не виокремлював загальну чи порівняльну історію права, проте в його «Філософії права» та пізніших працях розглядав насамперед історію держави і права, поєднуючи емпіричний розгляд з раціональними елементами. Як зазначав А.Т. Дворцов, для Гегеля у суспільному житті загальне є «душею», субстанцією конкретних окремих, воно, в своєму розвитку, є вічним, а одиничне і особливе є його моментами. Але судження, умовиводи, логічні категорії послідовно йдуть від емпіричної реальності (від нижчого до вищого): умовивід наявного буття — умовивід рефлексії — умовивід необхідності — поняття[2020]. Так само вибудовані гегелівські ступені об'єктивності: механізм (зовнішнє співвідношення об'єктів), хімізм (внутрішня спорідненість об'єктів та співвіднесення об'єкту самого з собою), телеологізм (досягнення мети як внутрішньої закономірності об'єкта, єдність поняття і предмета, суб'єкта і об'єкта). Телеологізм всесвітньої історії, згідно з Гегелем, є необхідною реалізацією світового духу, що полягає у прогресі свободи, але виключно через діяння окремих народів, народні духи є ступенями світового духу[2021].

Телеологічний елемент у філософії історії Гегеля відкидав В. фон Гумбольдт, вважаючи, що цілісність є, по-перше, результатом історичного розвитку (народи пов'язані органічно як листочки з деревом), по-друге, не передбачає редукування унікального в багатоманітному[2022]. Л. фон Ранке у своїй праці «Історія римського та германського народу» (1824 р.), полемізуючи з гегельянцями, зазначав, що зміст загального історичного процесу відкривається через вивчення емпіричного матеріалу, діяння індивідуальностей (людей і держав), а не через спекулятивну філософію[2023].

Пухта, як зазначає М.Є. Асламов, ставив питання про те, чи має історик право аналізувати всі правові системи і створити «універсальну історію права» *(Universalrechtsgeschichte)*, чи має визначити в ній певний магістральний шлях «світової історії права» *(die Universalrechtsgeschichte)*, на якому можна розташувати будь-яку правову систему[2024]. Це протиставлення було звернене проти Ганса: Пухта критикував можливість універсальної історії права як рівного досвіду всіх народів, а натомість

[2018] Цит. за: Там само.
[2019] *Bertani C.* Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung (1824–1835) von Eduard Gans… S. 110; *Waszek N.* Judaïsme et histoire comparée du droit chez Edouard Gans… S 164.
[2020] *Дворцов А.Т.* Гегель… С. 111.
[2021] Там само. С. 113, 132–133.
[2022] *Bos J.* Nineteenth-Century Historicism and Its Predecessors… P. 141.
[2023] Ibid. P. 141–142.
[2024] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…

пропонував вибірковий підхід, що дає змогу відповісти на визначені магістральні питання (а фактично розглянути історію телеологічно)[2025].

Важливою подією для розвитку порівняльної історії права стала поява книги Ж.Л.Е. Лермінье «Загальний вступ до історії права» (1829 р.) — одна з перших праць такої проблематики. Найважливішими джерелами своєї праці він називав «Історію римського права у Середні віки» Савіньї та «Право на спадкування у всесвітньо-історичному розвитку» Ганса. Лермінье чітко усвідомлював, що ці вчені є представниками двох конкуруючих шкіл, але сукупно писав, що їх праці «становлять останнє слово та найвище вираження цієї частини науки (історії права. — *О.К.*), з яких одна присвячена ексклюзивній культурі філософського догматизму, а друга — дослідженню, так само ексклюзивному, історичної реальності»[2026]. Він вважав, що право є позитивним, але не співпадає із законодавством, оперте одночасно на філософський та історичний елементи. Але філософський елемент тут не є метафізичним, це історія ідей, рефлексії права в людському розумі, що об'єднує національні історії права в єдиний процес, без нього неможливо осягнути загальне в праві[2027]. Але вже у «Філософії права» (1831 р.), як згадувалося вище, Лермінье писав про окремішність філософії кожного народу[2028].

На думку Лермінье («Про метод історії порівняльних законодавств», 1836 р.), історія порівняльних законодавств та історія порівняльних релігій є сферами, які найбільше привертають увагу європейських інтелектуалів, мають спільну методологію і потребують узагальнюючих праць. Їх методологія є поєднанням хронологічного і порівняльного методів, а предметом — факти та ідеї. Щоправда, зазначав він, узагальнюючих праць щодо жодної з цих сфер ще не створено, але справа, безумовно, йде до цього[2029]. Історію порівняльних законодавств він не визначає, окреслює скоріше як сферу досліджень, але надає їй власні методологію і методику, вводить в самостійну і системну взаємодію з філософією, що за тогочасними переконаннями, безумовно, ставило її в ранг окремої науки, і зрештою непрямо називає наукою[2030].

На думку Лермінье, трьома необхідними елементами (частинами) історії порівняльних законодавств є: 1) загальність необхідних елементів людства; 2) специфіка і першість у кожному з історичних проявів; 3) подальший розвиток. І всі вони опосередковуються історизмом — хронологією як «раціональним законом», якої бракувало працям до

[2025] Там само.
[2026] *Lerminier E.* The German historical school of jurisprudence… P. 45.
[2027] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803–1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie... S. 39, 40–41.
[2028] Ibid. S. 47, 49.
[2029] *Лерминье Ж.Л.Э.* О методе истории сравнительных законодательств… С. 25–26.
[2030] Там само. С. 29.

XIX ст.[2031] Учений зазначав, що філософія кладе в основу історії порівняльних законодавств поняття і концепції, остання ж надає філософії узагальнені результати своїх досліджень як матеріал для подальшого осмислення[2032].

Раціоналізм, на думку Лермінье, є лише ступенем формування ідеалізму. Через цю тезу він розкриває сутність порівняльного підходу в історії права. Так, історія законодавств належить до сфери раціоналізму. Але порівняльна історія законодавств спирається на порівняльний аналіз, для якого потрібний певний деномінатор (критерій, зразок для оцінки), що перебуває поза фактами, які порівнюються. Ним є ідея права як справедливості, її розробляє філософія (права). Тобто порівняння передбачає вихід за сферу реальних фактів, раціоналізм передбачає ідеалізм, історія позитивного права, стаючи порівняльною, залучає філософію (права)[2033].

Також слід вказати на публікацію в 1832–1835 рр. чотиритомної праці польського вченого В. Мацеєвського «Історія слов'янських законодавств»[2034], що дала потужний поштовх розвитку регіональної порівняльної історії права.

У випадку з порівняльною історією права можна стверджувати, що перша її концептуалізація ані нам, ані іншим українським та зарубіжним колегам ще невідома. Адже викладання порівняльної історії права розпочалося до появи праці Ганса.

Хронологічно першою, у 1818 р., з'явилася навчальна дисципліна «Загальна порівняльна історія права» *(Vergleichende Rechtsgeschichte, Allgemeine vergleichende Rechtsgeschichte)* — у Вюрцбурзькому університеті. Її викладав професор Себальд Брендел[2035]. Це перша відома нам згадка поняття «порівняльна історія права» не лише в Німеччині, а й світі. У 1820 р. вказувалося, що ця дисципліна викладається без підручника[2036]. Цей курс викладався до 1832 р., коли С. Брендел залишив викладання. С. Брендел народився у 1782 р., у 1812 р. закінчив Ландсгутський університет. З 1817 р. був приват-доцентом Гейдельберзького університету, з 1818 до 1832 р. — професором

[2031] Там само. С. 26.
[2032] Там само. С. 26–29.
[2033] Про це докладніше див.: *Кресін О.В.* Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення... С. 138 та ін.
[2034] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1...
[2035] *Ordnung* der Vorlesungen an der Koniglichen Universitat zu Wurzburg fur das Sommer-Semester 1818 // Intelligenzblatt der Jenaischen Allgemeinen Literatur-Zeitung. Februar 1818. S. 140; *Ordnung* der Vorlesungen an der königlichen Universität Würzburg für das Sommer-Semester 1824 // Intelligenz-Blatt des Rheinkreises. 15 May 1824 (No. 136) S. 590; *Ordnung* der Vorlesungen an der Königlichen Universität Würzburg für das Winter Semester 1825/1826 // Regierungs und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern. 8 October 1825. S. 726; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1831–1832... S. 225.
[2036] *Ordnung* der Vorlesungen an der Königlichen Universität zu Würzburg für das Sommer Semester 1820 // Allgemeines Intelligenz-Blatt für da Königreich Baiern. 22 März 1820. S. 162.

Вюрцбурзького університету, у 1832–1834 рр. — на суддівській роботі. Став автором таких праць, як: «Тези до дискусії про галузі загального і спеціального законознавства» (1812), «Історія змісту і значення національного представництва» (1817), «Підручник з католицького та протестантського церковного права» (1823) та ін.

Принаймні з 1820 р. ця дисципліна стала чергуватися через семестр із дисципліною «Порівняння історичного розвитку правових норм у найвідоміших народів, з особливим наголосом на римському і німецькому праві», яку читав той самий С. Брендел теж без підручника, «за своїми нотатками», п'ять разів (загалом 8–9 годин) на тиждень[2037] (у зимовому півріччі 1822–1823 рр. у назві курсу С. Брендела німецьке право не фігурувало, а також вказувалося, що професор використовує при викладі «Історію римського права та юридичні старожитності» А. Швеппе (Геттінген, 1822 р.)[2038].

Принаймні з 1822 р. у руслі цієї загальної дисципліни поряд з курсом «Загальна порівняльна історія права» свій курс «Право стародавніх [народів], особливо греків і римлян, його вплив на світову історію, природу [юридичної] науки і нинішній стан права» у Вюрцбурзькому університеті читав професор Конрад фон Кукумус — тричі на тиждень[2039]. К. фон Кукумус народився у 1792 р., закінчив юридичний факультет Вюрцбурзького університету 1813 р., а у 1818 р. одержав ступінь доктора права. З 1821 р. був професором, а згодом — ректором Вюрцбурзького університету. Також був депутатом Баварського ландтагу, з 1832 р. — на суддівській роботі. В 1848 р. був заступником голови Національних зборів у Франкфурті-на-Майні.

Відомо також, що курс «Загальна порівняльна історія права» викладався у 1820–1821 рр. у Фрейбурзькому університеті професором Йоганом Петером фон Хорнтхолом — «за власним планом» п'ять разів (8–9 годин) на тиждень. Паралельно він викладав «Історію європейських конституцій»[2040]. Й.П. фон Хорнтхол народився у 1794 р., навчався на юридичних факультетах Ландсгутського, Вюрц-

---

[2037] *Ordnung* der Vorlesungen an der Königlichen Universität Wurzburg für das Winter Semester 1822/23 // Regierungs und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern. 11 September 1822. S. 724.

[2038] *Ordnung* der Vorlesungen an der Königlichen Universität Wurzburg für das Winter Semester 1822/23… S. 926; Zusammenstellung der Verzeichnisse der Juristischen Vorlesungen auf sämmtlichen deutschen Universitäten im Winterhalbjahr 1825/1826…; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827 / 28… S. 120–121; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1831–1832… S. 225.

[2039] *Ordnung* der Vorlesungen an der Königlichen Universität Würzburg für das Sommer-Semester 1822 // Regierungs und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern. 17 April 1822. S. 451; *Ordnung* der Vorlesungen an der königlichen Universität Würzburg für das Sommer-Semester 1824… S. 590.

[2040] *Ankündigung* der Vorlesungen, welche im Winterhalbenjahre 1820–1821 auf der Grossherzoglich–Badischen Albert-Ludwigus Universitat zu Freiburg im Breisgau gehalten werden // Isis von Oken. Jena, 1820. No. 27. S. 209.

бурзького, Геттінгенського університетів. У 1819–1825 рр. був доцентом, професором Фрейбурзького університету, з 1825 р. — адвокатом, з 1836 р. — депутатом Баварського ландтагу.

У 1831 р. королівським ордонансом було засновано кафедру загальної та філософської історії порівняльних законодавств у Коледж де Франс[2041], що стала першою порівняльно-правовою кафедрою у Франції. Відзначимо також, що приблизно в той самий час у цьому закладі почала викладатися загальна історія[2042]. Але титульний для кафедри курс професор Лерміньє розпочав викладати лише у 1834 р.[2043]

Отже, дотичною, теоретично і методологічно близькою до порівняльного правознавства навчальною дисципліною стала порівняльна історія права, яка сформувалася як самостійна починаючи з 1818 р. завдяки зусиллям С. Брендела, Й. Хорнтхола та інших професорів.

Питання про порівняльно-правові галузеві дисципліни

Виокремлення наукових і навчальних дисциплін, присвячених окремим галузям права зарубіжних країн, з наголосом на порівнянні чи без, має тривалу історію. Як і зі загальним вченням про право, тут ішлося або про порівняння як засадничий засіб розвитку галузевої юридичної науки, або про формування в її структурі автономної порівняльно-правової галузевої дисципліни. Ще у «Вибраній юридичній бібліографії» Б.Г. Струве і К.Г. Будера 1703 р. (і в усіх пізніших її виданнях) виокремлювалося *ius publicum aliorum regnorum* — публічне право зарубіжних держав[2044], що може свідчити про поширення як наукових досліджень, так і викладання цієї проблематики. Фейєрбах у праці «Щодо кримінального права Корану» (1800 р.) вказував, що кримінальне право як наукова дисципліна має бути засноване на знанні кримінальних законів різних країн[2045]. Однією з перших узагальнюючих праць з порівняльно-правових галузевих дисциплін можна вважати, зокрема, книгу учня Фейєрбаха[2046] К.Й.А. Міттермайєра «Довідник з кримінального процесу, що містить порівняльний розгляд загального німецького права

[2041] *Ordonnance* du Roi qui crée au collége de France une chaire d'histoire générale et philosophique des législations comparées // Bulletin des lois du Royaume de France. IXe série. Régne de Louis-Philippe Ier, Roi des Français. T. II. Partie II. 1 janvier 1831. Paris: De L-Imprimerie royale, 1831. P. 331.

[2042] *Le Collége* de France. Quelques donnés sur son histoire et son caractere propre // Annuaire du Collége de France. 2005–2006. 106e année. Paris: Collége de France, 2006. [Електронний ресурс] // Сайт "Collége de France". Режим доступу: www.college-de-france.fr/media/cours-et-travaux/UPL4814_Annuaire_introduction.pdf P. 7.

[2043] *Lerminier E.* De l'enseignment des législations comparées… P. 12.

[2044] *Mohnhaupt H.* "Historia literaria iuris"… S. 20.

[2045] *von Feuerbach P.* Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran… S. 164.

[2046] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 111; *Hug W.* The History of Comparative Law… P. 1057.

у співставленні з французьким, австрійським, пруським і баварським кодексами» (1810 р.)[2047].

Насправді узагальнити кількість порівняльних праць, присвячених галузевим правовим дослідженням, складно — через їх значну кількість. Наприклад, це праці: Б. Барретта «Кодекс Наполеона з доданням вступного розгляду цивільного регулювання в іудейському праві, Законах Ману, Та Цин Леу Лі, Зенд Авесті, Законах Солона, Законах Дванадцяти таблиць, варварських правдах, Єрусалимських Ассізах та Корані (1812 р.)[2048]; Г.Г. фон Берга «Порівняльний розгляд організації французького муніципального самоврядування у співставленні з Королівством Вестфалія та іншими німецькими державами» (1808 р.)[2049] та дуже багато інших — що вимагає подальших досліджень.

Прикладом свідомого формування галузевої порівняльно-правової дисципліни на основі порівняльної методології є книга К.Е. фон Вендта «Нарис порівняльного викладу кримінального права…» (1825 р.) — вірогідно, перший у світі посібник з галузевої порівняльно-правової дисципліни і першого формулювання її власне із словом «порівняльна» в назві[2050].

Відомим нам досвідом впровадження викладання галузей зарубіжного права та порівняльно-правових галузевих дисциплін стала передбачена університетським статутом Російської імперії 1804 р. вимога щодо заснування в кожному університеті кафедр права найвидатніших як давніх, так і нових народів[2051]. Ще до цього вона стала єдиним, крім римського права, предметом щодо зарубіжного права, визначеним для викладання на юридичних факультетах Попередніми правилами Міністерства народної освіти в 1803 р.[2052] На практиці виконання цієї вимоги було доволі різним і залежало від наявності кваліфікованих фахівців та позиції різних факультетів. Наприклад, у Московському університеті зарубіжне право (окрім римського права) не викладалося. Натомість у Харківському університеті така кафедра була заснована у

[2047] *Mittermaier C.J.A.* Handbuch des peinlichen Processes: mit beständiger vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Rechts und der Bestimmungen der französischen, österreichischen, preussischen und baierischen Criminalgesetzgebung. B. 1, Abtheilung 1. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1810.

[2048] *Barrett B.* Code Napoleon, verbally translated, to which is prefixed an Introductory Discourse containing a succinct account of the civil regulations, comprised in the Jewish Law, the ordinance of Manu, the Ta Tsing Leu Lee, the Zend Avesta, the Laws of Solon, the Twelve Tables of Rome, the Laws of the Barbarians, the Assizes of Jerusalem, and the Koran: in 2 vols. London: Printed for W. Reed, 1811. Vol. 1, 2.

[2049] *von Berg G.H.* Vergleichende Darstellung der Organisation der französischen Staatsverwaltung in Beziehung auf das Königreich Westphalen und andere deutsche Staaten, Frankfurt und Leipzig 1808.

[2050] *von Wendt C.E.* Grundriss zur vergleichenden Darstellung des Criminalrechts...

[2051] *Очерки* по истории юридических научных учреждений в СССР / Отв. ред. В.М. Курицын, А.Ф. Шебанов. Москва: Наука, 1976. С. 10.

[2052] *Емельянова И.А.* «Всеобщая история права» в русском дореволюционном правоведении (XIX в.). Ч. 1. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1981. С. 11.

1805 р., читалися курси загального державного права (1809 р.), загального публічного права (1810 р.), загального кримінального права (1813, 1815 рр.), «приватного права франків, германців та англо-саксів», але станом на 1824 р. — лише римське право[2053]. Згідно з новим загальноросійським університетським статутом 1835 р. цю кафедру було розформовано й відновлено лише у 1859 р. під назвою «кафедра державного права європейських держав»[2054]. У статуті Імператорського університету Святого Володимира у Києві 1833 р. курси із зарубіжного права (окрім римського права) взагалі не передбачалися. Не було там і відповідної кафедри[2055]. У Львівському університеті в першій третині XIX ст. викладалися такі курси, як право європейських народів, загальне державне право, загальне політичне право[2056]. Також відзначимо викладання О.І. Тургенєвим у Вищому училищі правознавства при Комісії з укладання законів у Санкт-Петербурзі у 1806–1809 рр. т.зв. «еклектичного курсу», спрямованого на пояснення «плану нової книги російського законодавства, порівнюючи його з системами законів інших держав і з тими, що пропонувалися відомими правознавцями»[2057].

На необхідності інтеграції порівняльно-правових підходів у викладанні юридичних дисциплін, спираючись на праці Фейєрбаха, наголошував доктор права Г.В.Е. Генфе у праці «Щодо вивчення римського права» (1814 р.), опублікованій у Швейцарії[2058]. У 1815–1816 рр. до впровадження порівняльно-правових курсів в університетах став закликати

[2053] *Войно-Данчишина О.Л.* Высшее юридическое образование в украинских губерниях Российской империи в первой половине XIX века // Юридична наука та освіта: історія, сучасність, перспективи: матеріали IX історико-правової конференції / Ред. кол. І.Б. Усенко (голова) та ін. Київ, 2004. С. 89; *Проблеми* вищої освіти: тези доповідей та наукових повідомлень науково-методичної конференції / За ред. В.В. Комарова. Харків: Національна юридична академія України, 2002. С. 7; *Томсинов В.А.* Юридический факультет Московского университета в первой трети XIX в. [Електронний ресурс] // Сайт юридичного факультету Московського державного університету ім. М.В. Ломоносова. Режим доступу: http://www.law.msu.ru/history/1755-1917/1st-3-XIX; *Юридический* факультет Харьковского университета за первые сто лет его существования (1805–1905) / Под ред. М.П. Чубинского, Д.И. Багалея. Харьков: Типография «Печатное дело», 1908. С. 8–9 .

[2054] *Юридический* факультет Харьковского университета за первые сто лет его существования (1805–1905)… С. 33–34.

[2055] *Войно-Данчишина О.Л.* Высшее юридическое образование в украинских губерниях Российской империи в первой половине XIX века… С. 90; *Шульгин В.* История Университета св. Владимира. Киев: Лыбидь, 2010. С. 45–46; *Ковальчук О.М.* Теорія права у працях вчених Київського університету (XIX–початок XX ст.): Монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 19.

[2056] *Кахнич В.С.* Кафедра природного права, права народів та інституцій на юридичному факультеті Львівського університету з 1784 року // Часопис Київського університету права. 2015. № 1. С. 31.

[2057] *Корнев А.В., Борисов А.В.* Правовая мысль в дореволюционной России: Учебное пособие. Москва: Эксмо, 2005. С. 201.

[2058] *Henfe H.W.E.* Ueber das Studium des Römischen Rechts. Rede, beym Antritte des Prorektorates am 2ten November 1814 // Litterarisches Archiv der Akademie zu Bern. B. 4, H. 2. Bern, 1814. S. 39–42.

й Савіньї[2059]. Прикладом позиції німецьких учених щодо необхідності впровадження порівняльно-правових галузевих дисциплін є й книга Г.Б. Вебера «Щодо вивчення правознавства і зокрема науки кримінального права» (1825 р.)[2060]. Схвально сприйняті такі ідеї в анонімній рецензії на цю працю в німецькому журналі «Новий архів кримінального права» (1826 р.)[2061].

Відповідні курси були присвячені, зокрема, загальному державному (Марбург, Гейдельберг, Фрейбург) і загальному кримінальному (Кенігсберг) праву та ін.[2062] У межах цих дисциплін з'явилася можливість для пізнання наднаціональних тенденцій у розвитку права та окремих його галузей, розвитку порівняльно-типологічного підходу до вивчення позитивного права. Згадаймо також появу курсів, присвячених порівняльному канонічному праву. Наприклад, у Вюрцбурзькому університеті з 1825 р. читався курс «Церковне право… зокрема його модифікації в різних християнських країнах», а в Університеті Бреслау в різні роки — «Канонічне і німецьке церковне право», «Церковне право християнських конфесій»[2063].

Висновки до сьомого розділу

Отже, для юридичного знання в середині XVIII ст. був характерний дуалізм — паралельний розвиток знання позитивного права та філософського за своєю сутністю вчення про природне право, що не були синтезовані, хоча й могли довільно поєднуватися, і не становили єдиної правознавчої дисципліни. Водночас більш системний, ніж у багатьох інших країнах, розвиток наук у німецьких державах, реформи організації освіти і науки створили основу для прогресу і дисциплінарного становлення суспільних знань у цих країнах.

У другій половині XVIII ст. більш-менш паралельно у часі геттінгенська школа Й. Пюттера і кенігсберзький професор І. Кант розвинули вчення про відокремлення знання про позитивне право від філософії (в тому числі вчення про природне право) і формування на його основі позитивної, суспільної, емпіричної юридичної науки. Вони вказували на: ексклюзивність позитивного права як власне права; нормативність / легальність як його природу, що лежить у площині, відмінній від мора-

[2059] *von Savigny F.K.* Stimmen für und wider neue Gesetzbücher… S. 7–8; *Radbruch G.* Anselme Feuerbach precurseur du droit compare… S. 307; *фон Иеринг Р.* Историческая школа юристов… С. 83.

[2060] *von Weber H.B.* Ueber das Studium der Rechtswissenschaft und insbesondere der Strafrechtswissenschaft. Tübingen: bei Heinrich Laupp, 1825. S. 27–28 та ін.

[2061] *Beurtheilung* der neuesten criminalistischen Schriften [рецензія] // Neues archiv des criminalrechts. Band 8. Halle, 1826. S. 364.

[2062] *Ankündigung* der Vorlesungen, welche im Winterhalbeniahre 1820–1821 auf der Grossherzoglich–Badischen Albert-Ludwigus Universitat zu Freiburg im Breisgau gehalten werden… S. 209.

[2063] Докладніше див.: *Кресін О.В.* Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст… С. 136–153.

лі та моральності, хоча й пов'язаній з ними; правомірність і раціональність позитивного права як вираження суспільних досвіду і волі, його невипадковість і самоцінність як предмета дослідження; емпіричність як засаду пізнання права; систематизацію знання про позитивне право й оформлення його в юридичну науку.

Одним з проявів формування окремої юридичної науки на початку XIX ст. стала поява у німецьких державах журналів, безпосередньо привячених розвитку позитивного правознавства. Іншим проявом стало уточнення засад нової (чи принципово трансформованої) юридичної науки провідними вченими епохи. Для історико-філософського вчення про право Гегеля, Фейєрбаха, Тибо та інших характерне підпорядкування позитивної юридичної науки емпіричній та позитивній філософії, в тому числі філософії права, але з визнанням окремішності обох сфер, неможливості нівелювання їх меж, засудженням формалізму метафізики (включно з теорією природного права). Історичне вчення про право Савіньї проголошувало однозначне відокремлення правознавства від філософії. Спільним для обох учень стало проголошення автономії науки про позитивне право, включно з формуванням власної системи понять на основі емпіричних досліджень, а також заперечення можливості природного права як власне права — через що ці напрями юридичної думки можна визнати різними боками раннього становлення позитивізму.

Принципову роль у становленні юридичної науки відіграли т.зв. «кодифікаційні дебати» — публічна дискусія 1810–1817 рр., що стала ключовою для формування та чіткішого розмежування позицій історико-філософської та історичної шкіл, а також уточнила і збагатила їх спільні засади. Серед них: 1) формування вчення про право на основі емпіричних досліджень позитивного права, єдність емпіричного знання і правової доктрини; 2) визнання професії та покликання вченого-юриста — незалежно від юридичної практики та викладання; 3) визнання плюралізму форм організації юридичних знань — у вигляді як фундаментальної юридичної науки німецького зразка, так і практико-орієнтованих учень англійського чи французького зразка. Саме тому цю дискусію, і зокрема 1814 р. як час її піку, можна вважати останньою віхою на шляху подолання дуалізму юридичного знання і формування позитивної та суспільної юридичної науки (чи відповідного її принципового перетворення).

Подальший розвиток ідей історико-філософської та історичної шкіл щодо юридичної науки до 1833 р. був пов'язаний з розкриттям і взаємовпливом їх програм. Наприклад, Пухта проголосив, що саме по собі поняття права розробляється поза емпіричним позитивним правознавством — філософією права, Ганс наполягав на тому, що основою при цьому виступають дані емпіричних досліджень, філософія ж надає для цього лише свій метод, а не спекулятивні абстракції,

Фейєрбах проголошував творення філософії права на основі порівняльного (загального) правознавства. Конституювання окремого від філософії позитивного правознавства дістало відображення у змісті юридичної освіти, базовою дисципліною для якої стала енциклопедія позитивного права.

Суперечки вчених у цей час стосувалися, зокрема, включеності філософії позитивного права до юридичної науки чи до філософії, а також практичності правознавства, на чому наполягала історична школа, чи його свободі від практичних цілей, що маніфестувала історико-філософська школа. З останнім питанням було пов'язане принципове в контексті нашого дослідження питання — щодо відповідно національного чи універсального характеру предмета юридичної науки. Але вказані суперечки жодним чином не заперечують конвенції обох найбільш впливових німецьких і, значною мірою, загальноєвропейських шкіл щодо автономного характеру юридичної науки, її позитивних і соціальних теоретичних засад.

Окремий статус юридичної науки об'єктивно ставив питання про шляхи і принципи побудови загального вчення про право — окремого від філософії. Крім того, починаючи принаймні з школи Пюттера до предмета юридичної науки відносили осягнення різноманіття правопорядків та їх взаємодії. Засобом вирішення цих проблем учені вважали постійне і масштабне порівняння позитивного права різних народів та його узагальнення.

Як історична, так і історико-філософська школи визнавали, що догматики галузей національного права недостатньо для побудови нової юридичної науки. Ізольоване національне правознання проголошувалося ненауковим, своє право мало пізнаватися у контексті інших правопорядків, а загальне вчення про позитивне право мало охоплювати, в ідеалі, всі правопорядки. При цьому обидві школи за своїм характером були позитивістськими й соціальними, а тому при спробах побудови універсальної юридичної науки дистанціювалися від апріорної раціоналістичної чи ідеалістичної філософії права. Тому основним інструментом конструювання правової картини світу та нової юридичної науки для її пізнання став порівняльний підхід. Нова юридична наука, в єдності її об'єкта, предмета та методології, зародилася як виразно компаративістська, що значною мірою було також концентрованим і сутнісним вираженням її соціального та позитивістського характеру.

Поряд з ідеєю про цілісність юридичної науки, особливо в контексті її окремішності від теології, філософії, етики, комплексних дисциплін (камералістика), розвивалося вчення про її диференціацію. Ідеї про поділ на ті чи інші галузі відповідно до поділу права, а також чисто методичні побудови у сфері освіти в середині XVIII ст. почали переростати в обгрунтування системи юридичних наук. Насамперед тогочасні вчені пропонували диференціацію вчення про право між галузевою

догматикою, загальним позитивним правознавством (юриспруденцією, історією права) та так само позитивною філософією права (наукою про форми і поняття в праві). Частина вчених наголошувала на порівняльному характері знання в межах загального правознавства або безпосередньо ототожнювала останнє з порівняльним правознавством. Також пропонувалося віднесення до загального правознавства дисциплін, що мають міждисциплінарний чи спеціальний характер — таких, як юридична герменевтика, юридична лінгвістика, порівняльне правознавство та ін.

Перша концептуалізація порівняльного правознавства сягає принаймні 1800 р., була здійснена німецьким ученим П.Й.А. фон Фейєрбахом, який розглядав її як власне нововведення в юридичних науках — спочатку як теоретико-методологічний підхід, а принаймні з 1810 р. — як наукову дисципліну, що одночасно належить до юридичних наук і міждисциплінарного комплексу порівняльних дисциплін. Нині нам відомі п'ять концептуалізацій порівняльного правознавства у першій третині XIX ст., що належать німецьким (Фейєрбах, Вендт, Блюм), данському (Фальк) та французькому (Лерміньє) вченим, але всі вони були безпосередньо пов'язані саме з німецькими юридичними школами. Також можна твердити про сприйняття ідеї порівняльного правознавства (як схвальне, так і критичне) іншими тогочасними вченими, як у німецьких державах, так і за їх межами, його інституалізацію в системі німецької юридичної освіти.

Порівняльне правознавство розглядалося як одна з основних загальноправових дисциплін (поряд з історією (та/чи енциклопедією) і філософією права), завданням якої є наукове пізнання національних правопорядків, їх розвитку та взаємодії, їх критична оцінка, визначення окремого, особливого і загального в їх елементах, що є основою для формування загального вчення про право, понять і концепцій, створення теоретико-методологічних засад для галузевих юридичних наук, «національних правознавств» (право-країнознавчих дисциплін) і філософії права.

Невизнання багатьма ученими минулого і сучасності формування порівняльного правознавства як науки у першій третині XIX ст., ідеї щодо його «ембріонального» чи «допарадигмального» періоду засновуються, на нашу думку, на оперуванні вузьким колом джерел та презумпції раннього формування інших юридичних наук, від яких воно та інші порівняльно-правові дисципліни могли чи не могли відокремитися. У цьому та інших розділах ми аналізуємо значно ширше коло джерел, ніж те, яким користувалися до цього вчені, що дає змогу стверджувати існування, попри тривалі уточнюючі дискусії, єдиних теоретичних засад порівняльно-правового мислення, його опору на значний масив порівняльно-правових досліджень, логіку і мотивацію вчених щодо

організації порівняльно-правового знання у низку порівняльно-правових дисциплін, і насамперед у порівняльне правознавство.

Проаналізовані матеріали свідчать, що питання про формування порівняльного правознавства відбувалося практично одночасно з становленням таких дисциплін, як історія права, філософія права, а також принциповою трансформацією енциклопедії права, причому частково тими ж самими вченими, що формували засади цих наукових проектів, а тому усвідомлювали межі й кореляцію цих дисциплін і порівняльного правознавства. Принципи виокремлення, одночасно функціонального і дисциплінарного, порівняльного правознавства були подібними до інших порівняльних дисциплін, таких як порівняльна анатомія, порівняльне мовознавство та ін., які посіли й посідають досі значне місце в організаційній структурі наукового знання.

З порівняльним правознавством не слід ототожнювати порівняльну історію права, попри їх взаємний зв'язок. Плутанина у працях істориків порівняльного правознавства часто виникає через принципову трансформацію поняття «історія права». У другій половині XVIII — першій третині XIX ст. цим словосполученням позначали і позитивну та емпіричну правову науку загалом (на відміну від позаісторичного та спекулятивного вчення про природне право), і науку історії права, що перебувала у стадії формування.

Перша концептуалізація порівняльної (загальної) історії права досі залишається невідомою, але поштовхом до її оформлення стала вимога Тибо, висловлена у 1814 р. до історії права: вона стане наукою, лише якщо охопить історії всіх народів. Але можна стверджувати, що порівняльна історія права вже до цього поступово виокремлювалася у рамках загальної історії, що набувала поступово політико-правового характеру і розглядалася як сфера знань, оволодіння якими є обов'язковим для юриста. Свою назву і визнання порівняльна історія права здобула, починаючи з 1818 р., як навчальна дисципліна у німецьких (згодом — і у паризькому Коледж де Франс) університетах, а невдовзі була концептуалізована у працях Ганса і Лермінье. Ними вона визначалася насамперед як окрема юридична (а також порівняльна та історична) наука, що формується на стику історії права, філософії права, порівняльного правознавства, має здобувати і узагальнювати, насамперед на основі порівняльного та хронологічного аналізу, знання про історію і сучасний стан права та правової думки різних народів, що є підставою для вироблення та уточнення понять, пізнання сутності правових явищ. Принциповим положенням концептуалізаторів порівняльного правознавства стала свобода цієї науки від утилітарних цілей, її спрямованість на чисте пізнання і формування загального вчення про право. Їх опоненти, не заперечуючи плідності порівняльного підходу в історії права, вказували на неможливість осягнення складних завдань порівняльної

історії права і прагнули спрямувати зусилля на досягнення практичних цілей, пропонуючи вибірковість і телеологізм у дослідженнях.

Порівняльний підхід у галузевих юридичних дослідженнях та відповідних наукових і навчальних дисциплінах формувався протягом тривалого часу і чітко виокремлюється принаймні з початку XVIII ст. Питання про порівняльні засади формування галузевих юридичних наук було концептуалізовано Фейєрбахом у 1800 р. на прикладі кримінального права, а також іншими вченими. Невдовзі побачила світ обширна література, де було реалізовано відповідну вимогу, а також у різних країнах, у тому числі на території України, з'явилася широка номенклатура порівняльно-правових галузевих навчальних дисциплін. Вищим рівнем концептуалізації цієї проблематики протягом досліджуваного періоду, на нашу думку, може вважатися поява у 1825 р. такого підручника, як «Нарис порівняльного викладу кримінального права...» Вендта. Водночас із впевненісю можна говорити про інституціоналізацію навчальних галузевих порівняльно-правових дисциплін, свідоме ж формування відповідних наукових дисциплін у межах галузевих юридичних наук можна припустити, але це питання потребує додаткового спеціального розгляду.

ЧАСТИНА IV
ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА НАУКОВА КАРТИНА СВІТУ

Вступ
Теоретичні та історичні аспекти формування спеціальнонаукової картини світу на основі порівняльно-правових досліджень

Концепт «наукова картина світу» належить до давно визнаних, широко використовується і досліджується у низці наук[2064]. В.С. Стьопін визначає наукову картину світу як «цілісний образ предмета наукового дослідження в його головних системно-структурних характеристиках, що формується за допомогою фундаментальних понять, уявлень і принципів науки на кожному етапі її історичного розвитку»[2065]. О.В. Петришин відносить наукову картину світу до типів сприйняття навколишнього середовища, що формуються на кожному етапі розвитку суспільства і науки. Вона визначає розвиток методології як «поступ пізнавальних можливостей людини та суспільства»[2066].

При цьому виокремлюють загальнонаукову, соціально-історичну, природнонаукову, спеціальні (дисциплінарні, окремонаукові) картини світу[2067]. Наявність такої спеціальної картини свідчить про узагальнене бачення предмета дослідження, конституювання певної галузі науково-

[2064] Див. напр.: *Басалаева О.Г.* Функция понимания в частнонаучной картине мира // Вестник Кемеровского государственного университета культуры и искусств. 2012. № 18. С. 215; *Нуруллин Р.А.* Метафизические основания научной картины мира // Вестник Оренбургского государственного университета. 2011. № 7 (126). С. 186, 191.

[2065] *Степин В.С.* Научная картина мира // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 581. Див. також: *Кубанова Т.А.* Картина мира как философское понятие и мировоззренческая система взглядов: история и перспективы изучения // Общество. Среда. Развитие. 2011. № 1. С. 190; *Чернова С.А.* Научная картина мира как форма развития знания о реальности // Вестник Вятского государственного гуманитарного университета. 2010. Т. 4. № 4. С. 27; *Сорока М.Ю., Булычёв И.И.* Проблема структуры научной картины мира // Вестник Пермского университета. Философия. Психология. Социология. 2015. Вып. 3 (23). С. 33.

[2066] *Петришин О.В.* Проблеми соціалізації права та соціологізації правової науки… С. 135.

[2067] *Степин В.С.* Научная картина мира… С. 581; *Хижняк С.П.* Национальная культура как фактор формирования языковой и концептуальной картин мира (на примере науч-

го знання у вигляді окремої науки[2068]. Водночас, деякі автори піддають сумніву можливість загальнонаукової картини світу, адже спостерігати світ загалом неможливо, тут є місце для філософської (світоглядної) картини світу[2069].

До наукової картини світу входять уявлення про «фундаментальні об'єкти, з яких припускаються побудованими всі інші об'єкти, що вивчаються відповідною наукою», типологію об'єктів, особливості їх взаємодії, просторово-часову структуру реальності[2070]. При цьому наукова картина світу може бути як цілісною, так і виражатися у формі конкуруючих уявлень, що, тим не менш, мають єдині теоретичні засади, конвенційні за своїм характером[2071].

Кожна наукова картина світу є конкретно-історичною і з часом змінюється іншою. Крім того, можливість універсальних наукових картин світу, зокрема, в соціо-історичній сфері, є сумнівною — через вплив на них культури[2072]. Деякі вчені вказують на обов'язкову присутність у науковій картині світу ціннісних соціо-культурних орієнтацій, певного ставлення до явищ і процесів дійсності[2073]. Отже, наукова картина світу має локалізацію в просторі й часі, а також виходить за чисто наукові межі.

Наукова картина світу є типом теоретичного знання, найбільш загальною теоретичною моделлю реальності, функціонально ж виступає, зокрема, як дослідницька програма, основа визначення стратегії досліджень і побудови теорій у межах наукової дисципліни, «висунення

ной картины мира юриспруденции) // Известия Саратовского ун-та. Новая серия. Серия: Филология. Журналистика. 2016. Т. 16. Вып. 2. С. 130.

[2068] *Степин В.С.* Научная картина мира… С. 581; *Шаров Н.Ф.* Природа научной конвенциональности: когнитивно-языковой аспект // Вектор науки. Тольяттинский государственный университет. 2013. № 1 (23). С. 270; *Чернова С.А.* Научная картина мира как форма развития знания о реальности… С. 27.

[2069] *Копнин П.В.* Гносеологические и логические основы науки. Москва: Мысль, 1974. С. 384–388 (викл. за: *Дышлевый П.С., Яценко Л.В.* Научная картина мира и мир культуры // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 8); *Сорока М.Ю., Булычёв И.И.* Проблема структуры научной картины мира… С. 33; *Кизима В.В.* Научная картина мира в культурно-историческом контексте // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 78.

[2070] *Степин В.С.* Научная картина мира… С. 581; *Булдаков С.К.* Научные, философские и методологические основания классической науки // Вестник Костромского государственного университета им. Н.А. Некрасова. 2013. № 2. С. 69.

[2071] *Микешина Л.А.* Научная картина мира как мировоззренческая форма знания // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 63.

[2072] *Хижняк С.П.* Национальная культура как фактор формирования языковой и концептуальной картин мира (на примере научной картины мира юриспруденции)… С. 130–132; *Чернова С.А.* Научная картина мира как форма развития знания о реальности… С. 27–28.

[2073] *Кубанова Т.А.* Картина мира как философское понятие и мировоззренческая система взглядов: история и перспективы изучения… С. 190; *Сорока М.Ю., Булычёв И.И.* Проблема структуры научной картины мира… С. 33.

гіпотез про природу явищ, виявлених у досвіді» (зв'язок з культурою і світоглядом)[2074]. При цьому щодо вже здобутого знання наукова картина світу виступає як його теорія, а щодо отримання нового знання виконує методологічну функцію[2075].

Водночас, сама наукова картина світу є системою теорій і тому змінюється, коли значна частина останніх перестає відповідати накопиченим емпіричним знанням, змінам у світогляді чи досліджуваній реальності[2076]. Як зазначає С.О. Чернова, «Історія науки в результаті постає як безперервно-перервний процес, а перехід від однієї картини світу до іншої виступає як якісне перетворення теоретичних принципів науки, тобто як наукова революція. Нова картина світу спочатку висувається як гіпотеза, що проходить етап обгрунтування і може тривалий час співіснувати поруч з попередньою картиною. Частіше за все вона ствердджується в результаті перевірки досвідом принципів і використання цих принципів для нових теорій»[2077].

Появі наукових картин світу передували міфологічні, релігійні, філософські[2078]. У XVI–XVII ст. поступово формується натурфілософська картина світу, пов'язана одночасно з розвитком релігійних учень і філософії та прогресом природничих і технічних наук, становленням нової культурно-історичної картини світу. Дослідники стверджують наявність у наукових дослідженнях поняття картини світу з початку XVIII ст.[2079], але саму її в природничих науках було вперше створено у XVII ст. Декартом та іншими вченими, завершено і названо Ньютоном «синтезом системи світу» у другій половині XVII ст., що часом визначається як дата остаточного становлення наукового природознавства і появи науки як автономної соціальної системи[2080].

[2074] *Степин В.С.* Научная картина мира… С. 581–583; *Горковенко И.А., Стрельченко В.И.* Идея научной картины мира: постнеклассическая рациональность // Вестник Ленинградского государственного университета им. А.С. Пушкина. 2010. № 2. С. 133; *Кубанова Т.А.* Картина мира как философское понятие и мировоззренческая система взглядов: история и перспективы изучения… С. 189; *Чернова С.А.* Научная картина мира как форма развития знания о реальности… С. 29; *Пурынычева Г.М., Кульков Ю.П.* Научная картина мира как мировоззренчески информационный концепт // Вестник Чувашского университета. 2006. № 1. С. 10.

[2075] *Кудряшев А.Ф., Елхова О.И.* Общенаучная картина мира: старое в новом одеянии // Вестник Башкирского университета. 2013. Т. 18. № 4. С. 1255–1256; *Джулай Ю.В.* Научная картина мира и условия познания // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 59–61.

[2076] *Шаров Н.Ф.* Природа научной конвенциональности: когнитивно-языковой аспект… С. 270–271; *Соколова Е.Е., Гурина Р.В.* О соотношении языковой и научной картин мира // Знание. Понимание. Умение. 2010. № 3. С. 83–84.

[2077] *Чернова С.А.* Научная картина мира как форма развития знания о реальности… С. 29.

[2078] *Кубанова Т.А.* Картина мира как философское понятие и мировоззренческая система взглядов: история и перспективы изучения… С. 189.

[2079] Там само.

[2080] *Булдаков С.К.* Научные, философские и методологические основания классической науки… С. 69–70; *Шуталева А.В.* Классическая естественно-научная картина мира: осо-

Дослідники визначають таку наукову картину світу як класичну (і відповідну класичному типу раціональності) й виокремлюють такі її принципи і положення: 1) детермінізм (однозначні причинно-наслідкові зв'язки між явищами природи); 2) чиста об'єктивність та абсолютна істинність наукового знання; 3) універсальність наукового метода; 4) єдність істини та існування одної концепції щодо одного предмета; 5) прогресивний, безперервний, поступовий розвиток науки[2081]. Така універсалістська, позаісторична, об'єктивістська (тотожність мислення і буття), механіко-математична і поза-ціннісна картина світу могла бути і була виключно природничо-технічною, не враховувала особливості соціально-гуманітарного світу.

Як зазначає А.В. Шутальова, «природа розглядалася як речовий універсум, як єдина істинна реальність, з якої було еліміновано духовний компонент»[2082]. Останнє було закономірним, адже ця картина світу відображала прагнення природничих наук вийти з-під панування теології та філософії, але таким чином вона ставала однобокою, хоч і претендувала на загальнонауковий характер[2083].

Появу спеціально-наукових картин світу дослідники пов'язують із становленням дисциплінарно організованої науки наприкінці XVIII — у першій половині XIX ст.[2084] Теоретично це було осмислене щодо біології та порівняльного мовознавства братами О. і В. Гумбольдтами, а Кант емансипував і виокремив не-механічну сферу наук про дух (гуманітарних і суспільних) від природознавства[2085].

О. Гумбольдт у надзвичайно впливовій у свій час праці «Ідеї про географію рослин» (1805 р., опублікована у 1807 р., назва першого, французькомовного, видання — «Досвід географії рослин») на основі геогра-

---

бенности формирования новоевропейской науки и трансформация принципов античной рациональности // Вестник Ленинградского государственного университета им. А.С. Пушкина. 2011. Т. 2. Вып. 2. С. 128; *Степин В.С.* Научная картина мира… С. 583; *Дышлевый П.С., Яценко Л.В.* Научная картина мира и мир культуры… С. 36; *Рубанец А.М.* О категориальной структуре научной картины мира // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 57; *Кизима В.В.* Научная картина мира в культурно-историческом контексте… С. 75–76.

[2081] *Шуталева А.В.* Классическая естественно-научная картина мира: особенности формирования новоевропейской науки и трансформация принципов античной рациональности… С. 122–123, 128; *Булдаков С.К.* Научные, философские и методологические основания классической науки… С. 70.

[2082] *Шуталева А.В.* Классическая естественно-научная картина мира: особенности формирования новоевропейской науки и трансформация принципов античной рациональности… С. 125.

[2083] *Булдаков С.К.* Научные, философские и методологические основания классической науки… С. 69.

[2084] *Степин В.С.* Научная картина мира… С. 583; *Булдаков С.К.* Научные, философские и методологические основания классической науки… С. 70.

[2085] *Соколова Е.Е., Гурина Р.В.* О соотношении языковой и научной картин мира… С. 83; *Погорский Э.К.* Картина мира // Знание. Понимание. Умение. 2012. № 4. С. 322; *Булдаков С.К.* Научные, философские и методологические основания классической науки… С. 71.

фічного підходу до ботаніки — послідовного вивчення поширення рослин у світі (наука географії рослин) — запропонував поняття емпіричної наукової картини світу і конкретно картину природи[2086]. Методами її побудови він називав фіксацію, перевірку, ідентифікацію, кількісне вимірювання, локалізацію, кореляцію і зіставлення всіх спостережених явищ у межах предмета дослідження, визначення їх взаємного зв'язку, типологію — суто емпірично і без «заглиблення у природу речей» (категоризація наша)[2087]. Водночас, він стверджував можливість формування на цій основі натурфілософської картини світу «набагато вищого порядку», зокрема на основі філософії Шеллінга, але зазначав, що обидві картини світу самодостатні й мають різний характер[2088].

Як зазначав Є.В. Вульф, у працях О. Гумбольдта «червоною ниткою проходить думка про пов'язаність усіх фізико-географічних явищ з живою природою в один нерозривний ланцюг»; автор намагається «обійняти рослинний світ землі не з погляду описової ботаніки, що прагне лише до виявлення його видового складу, а у всьому багатоманітті його прояву», на основі цього виявляється «пов'язаність географії рослин не лише з простором, а і з часом»[2089].

В. Гумбольдт у своїй першій значній праці «Про порівняльне вивчення мов стосовно до різних епох їх розвитку» (1820 р.), що стала публікацією його доповіді в Прусській академії наук, запропонував не до кінця розмежовані вчення про мовну картину світу і наукову картину світу мовознавства[2090]. У цьому теоретичному комплексі можна чітко виокремити ідеї щодо: національності мов (і неможливості загальносвітової мови), історичності та обумовленості їх розвитку духовно-соціальними чинниками, процесів взаємодії мов (диференціації, змішання та ін.), класифікації мов (ідея мовних сімей — за аналогією з сімействами рослин — як особливого у мовному розвитку, між індивідуальним та загальним), загальносвітового мовного розвитку як суми еволюції та взаємодії всіх мов, порівняння як методу побудови не лише порівняльного, а й історичного мовознавства[2091].

[2086] *Гумбольдт А.* Идеи о географии растений // Гумбольдт А. География растений / Под ред. Е.В. Вульфа. Москва, Ленинград: ОГИЗ-СЕЛЬХОЗГИЗ, 1936. С. 51–52, 55.
[2087] Там само. С. 51–52, 56.
[2088] Там само. С. 52.
[2089] *Вульф Е.В.* Значение работ Гумбольдта для географии растений // Гумбольдт А. География растений / Под ред. Е.В. Вульфа. Москва, Ленинград: ОГИЗ–СЕЛЬХОЗГИЗ, 1936. С. 8.
[2090] *Гумбольдт В.* О сравнительном изучении языков применительно к различным эпохам их развития // Звегинцев В.А. История языкознания XIX–XX веков в очерках и извлечениях. Изд. 3-е, доп. Ч. I. Москва: Просвещение, 1964. С. 91, 101; *Звегинцев В.А.* История языкознания XIX–XX веков в очерках и извлечениях. Изд. 3-е, доп. Ч. I. Москва: Просвещение, 1964. С. 69–70; *Погорский Э.К.* Картина мира… С. 322.
[2091] *Гумбольдт В.* О сравнительном изучении языков применительно к различным эпохам их развития… С. 75–79, 81, 83, 87, 91, 94–95.

Щодо мовної сім'ї В. Гумбольдт зазначав: «Форма окремих генетично споріднених мов має перебувати у відповідності з формою всього сімейства. У них не може бути того, що було б незгідно із загальною формою; більше того, кожна їх особливість, як правило, тим чи іншим чином обумовлюється цією загальною формою. У кожному сімействі існують мови, які чистіше і повніше за інші зберегли первинну форму»[2092]. Пізніше згадані ідеї було розвинено у праці В. Гумбольдта «Про відмінності побудови людських мов та її вплив на духовний розвиток людського роду» (теоретичний вступ до праці «Про мову каві на острові Ява», опубліковано посмертно у 1836 р.)[2093].

Вчення про наукову картину світу як про цілісне уявлення щодо предмета було актуалізоване в середині XX ст. фізиками М. Планком, А. Ейнштейном та ін.[2094], а пізніше розвинене також філософами, представниками гуманітарних і суспільних наук, у тому числі й українськими вченими[2095].

У порівняльно-правових дослідженнях питання про концептуалізацію спеціальної картини світу було актуалізоване, зокрема, П.Ф. Мартиненком[2096]. Ю.О. Тихомиров до такої «картини загального правового розвитку в світовому співтоваристві» відніс: природу правового різноманіття і відмінностей у праві, характер і особливості «правових утворень» або правових комплексів (національних правових систем, правових сімей, галузей права, правових масивів міждержавних об'єднань, міжнародного права), їх взаємодію, загальні й регіональні тенденції розвитку права[2097].

І.С. Кривцова пропонує розглядати правову карту світу як спеціальну наукову картину світу порівняльного правознавства[2098]. Водночас формування правової карти світу, на думку дослідниці, виступає науково-дослідницькою програмою порівняльного правознавства[2099]. Ми не можемо погодитись з І.С. Кривцовою і вважаємо, що вона змішує взаєм-

---

[2092] Там само. С. 95.
[2093] *Звегинцев В.А.* История языкознания XIX–XX веков в очерках и извлечениях… С. 70.
[2094] *Сорока М.Ю., Булычёв И.И.* Проблема структуры научной картины мира… С. 33; *Кубанова Т.А.* Картина мира как философское понятие и мировоззренческая система взглядов: история и перспективы изучения… С. 189.
[2095] *Кузнецов Б.Г.* Эволюция картины мира. Москва: Изд-во АН СССР, 1958; *Кримський С.Б.* Зміст та функції природничо-наукової картини світу // Філософська думка. 1976. № 2; *Дышлевый П.С., Яценко Л.В.* Научная картина мира и мир культуры… С. 7; *Басалаева О.Г.* Функция понимания в частнонаучной картине мира… С. 215; *Погорский Э.К.* Картина мира… С. 322.
[2096] *Мартыненко П.Ф.* Целостность мира и сравнительное правоведение // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2008. С. 282.
[2097] *Тихомиров Ю.А.* Курс сравнительного правоведения. Москва: НОРМА, 1996. С. 2, 6–14, 16, 19–20, 247–248.
[2098] *Крывцова И.С.* Научная картина мира, картина мира правовых наук, правовая карта мира (юридическая география мира): от общего к частному (некоторые размышления) // Правова держава. 2016. Вип. 27. С. 439, 442–443.
[2099] Там само. С. 442.

но пов'язані, але відмінні явища: об'єктивне формування правової карти світу, вчення про правову карту світу, вчення про фундаментальні об'єкти і процеси у сфері права як основу правової картини світу.

На нашу думку, проаналізовані нами матеріали дають змогу стверджувати, що: 1) спеціальна наукова картина світу є вкоріненою категорією, що охоплює узагальнене конкретно-історичне теоретичне уявлення про основні явища і процеси в певній предметній сфері, тобто значною мірою охоплює теоретичні засади певної сфери знань та відображає її самоосмислення; 2) немає жодних застережень щодо використання категорії «спеціальна наукова картина світу» щодо юридичних наук; 3) формування спеціальної наукової картини світу юридичних наук у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. може припускатися як закономірне явище у контексті становлення інших спеціальних наукових картин світу того часу; 4) використання терміна «наукова картина світу» щодо цього часу виправдане, адже саме тоді він був концептуалізований щодо різних предметних сфер наукового пошуку; 5) екстраполяція теоретико-методологічних підходів різних наук на правознавство мала орієнтувати останнє на конструювання наукової картини світу, заснованої на узагальненні емпіричних знань науковими засобами, провідним з яких на той час вважалося порівняння.

Розділ 8
Окреме в праві та його своєрідність

8.1. Соціально-вольова теорія національно-державного права

Філософське та історичне обгрунтування національного права як об'єкта юридичного дослідження, засноване ще на традиціях *mos gallicus ma usus modernus*, було завершене насамперед геттінгенською школою юристів, заснованою в середині XVIII ст. Й.С. Пюттером та А.Ф. Шоттом і натхненною ідеями Монтескьє. У працях та лекціях з енциклопедії права геттінгенців Г.Х. Сенкенберга та Й.С. Пюттера, ієнського викладача Ф.К. фон Мозера ще у першій половині XVIII ст. було запропоновано відхід від апріорності та довільності філософствування, а натомість осмислення чинного права, засади якого є глибоко національними[2100]; закладено засади філософії позитивного права.

Цьому сприяв вільний дух Геттінгенського університету, що перебував у складі Ганноверського курфюрства, пов'язаного персональною унією з Англією. Як відзначав Д. Келлі, Геттінгенський університет був особливим навчальним закладом, на розвиток юридичних досліджень у якому значний вплив справили праці англійських і французьких мислителів, це ще з кінця XVII ст. дістало відображення в критичному ставленні геттінгенців до юснатуралізму та схоластицизму[2101]. Зазначимо, що один із засновників цієї школи Й.С. Пюттер був професором Геттінгенського університету надзвичайно довго — з 1746 по 1807 рр., а його лекції та праці справили принципово важливий вплив на розвиток учення про право в німецьких державах.

У праці «Новий розгляд юридичної енциклопедії та методології» (1767 р.) Пюттер проголошував, що основною одиницею в розвитку права є народ, і саме національне право є окремим у праві[2102]. При цьому національне право у праці фактично співпадає чи має співпадати з правовою системою держави *(Staatsrecht)*; сутнісне неспівпадіння дер-

---

[2100] *Friedländer A.* Definition and History of Juristic Encyclopaedia… P. 258–259.
[2101] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції… С. 232. Див. також: *Lee R.* Social science knowledge: A report on institutionalization… P. 13.
[2102] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 22–23; *Тарановский Ф. В.* Учебник энциклопедии права… С. 302–303; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 35, 38.

жавного права з національним ним засуджувалося як «право сили» *(Faustrecht)*[2103]. У «Нарисі державного та монаршого права Німеччини» (1779 р.) Пюттер сформулював презумпцію національного права Німеччини, незважаючи на відмінності у позитивному праві німецьких держав[2104]. Інший геттінгенський професор, К.Г. Бінер, став автором кількатомного видання «Коментарі щодо походження та розвитку германського права» (1787–1795).

Ідеї щодо зв'язку права і суспільства, національно-державного характеру права було розвинено у праці «Наука законодавства» італійського юриста князя Г. Філанджієрі, перші томи якої з'явилися у 1782 р. Слід зазначити, що книга мала надзвичайне поширення і вплив наприкінці XVIII ст. Уже 1782 р. її було передруковано шість разів у Італії (Неаполь, Флоренція, Катанія, Мілан), а протягом 80-х — початку 90-х років XVIII ст. видано ще принаймні шість разів у перекладах іспанською, німецькою (два видання), французькою (два видання), англійською. З автором консультувалися батьки-засновники США при написанні Конституції, книгу було заборонено інквізицією, похорон Філанджієрі перетворився на подію міжнародного масштабу[2105].

Філанджієрі стверджував, що право є конкретно-соціальним явищем, належить громадянському суспільству; через необхідність забезпечення безпеки і соціального спілкування «суспільство виникло одночасно з людиною»; людина може реалізувати свої потреби і бажання лише в суспільстві[2106]. Але коли людина передала частину своєї суверенної влади, суб'єктивного права і моралі державі (суверенному суспільству, «політичному тілу»), суспільство перетворилося з примітивного на громадянське і стало «моральною особистістю»[2107]. Лише таке одержавлене суспільство (щодо нього Філанджієрі як синонім використовує слово «нація») може бути гарантом права, перетворюючи його із суб'єктивного на об'єктивне — законодавство, спрямовуючи на служіння колективним та індивідуальним інтересам[2108]. Філанджієрі наполягає, що право при цьому не стає довільним інструментом у руках влади («мовою тиранії та деспотизму»[2109]), а продовжує зберігати зв'язок із суспільством[2110]. Будь-

[2103] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie... S. 28–29; *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції … С. 232–233.
[2104] *Hamza G.* Comparative law and Antiquity… C. 30–31.
[2105] *Clayton R.* Preface // Filangieri G. The science of legislation. Vol. I. London, Bristol: Emeri and Adams, 1806. P. IX, XI, XVI–XVII.
[2106] *Filangieri G.* The science of legislation. Vol. I… P. 1–2, 4–5.
[2107] Ibid. P. 5–8, 21, 44.
[2108] Ibid. P. 9, 11, 13–14.
[2109] Щоправда, анархію він вважає гіршою і більш руйнівною для народу, ніж деспотія. Див.: Ibid. P. 85.
[2110] Ibid. P. 12–14.

яка суттєва зміна в праві повинна спиратися на суспільну підтримку, держава має вести діалог з громадянами[2111].

Найбільш послідовно ідеї національного права наприкінці XVIII ст. було обгрунтовано Г. Гуго. Він наголошував на конкретно-національному та історичному бутті права[2112], необхідності створення нової системи германського цивільного права[2113] — як національної правової підсистеми. Він одночасно трансформував концепт *ius civile*, означивши ним не римську, а кожну національну систему права, та вказав на вимогу державності для оформлення національного права: «Кожне таке співтовариство (національне. — *О.К.*) має власні правові норми і повинно їх мати хоча б тому, що співтовариства ці суверенні. Чинне право кожного такого народу називається *jus civile*»[2114].

І. Кант, відвертий послідовник Руссо, у своїй праці «Вічний мир» (1795 р.) остаточно ствердив соціальність права та окреме в праві через ідею національно-державного права (яке назвав *jus civitatis*), слідом за Г. Філанджієрі проголосив державу «моральною особистістю»[2115], стверджував, що «народи, у формі держав, можуть розглядатися як окремі особи», й на основі ідеї суспільного договору ввів нове поняття «громадянсько-правовий стан»[2116]. Він також засудив поширення права однієї держави на іншу як порушення її суспільного договору[2117].

Кант запровадив чітку типологію соціального права («правового устрою»), в якій базовим було національно-державне («устрій людей в одному народі за державним правом», «правове законодавство народу», *jus civitatis*) — поряд із міжнародним і «космополітичним» правом. Все право, таким чином, є соціальним, побудованим відповідно на практичній реалізації та осягненні волі націй та держав як суспільних інститутів. При цьому нація є незнищенним соціальним феноменом, завжди матиме право на своє національне право (реалізоване як державне право) як свій унікальний суспільний договір[2118].

У праці «Метафізика моральності» (1797) Кант розвинув учення про право, накреслене у «Вічному мирі». Зокрема, він зняв суперечність між мінливою суспільною (народною) волею та вимогою стабільності й обов'язковості права, а також звернувся до теорії суверенітету — як спо-

---

[2111] Ibid. P. 50, 55–57.
[2112] *Лысенко О.Л.* Густав Гуго… С. 271; *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 273–274; *Дерюжинский В.Ф.* Гуго…
[2113] *Лысенко О.Л.* Густав Гуго... С. 271–272.
[2114] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики... С. 273.
[2115] *Filangieri G.* The science of legislation. Vol. I… P. 8. Працю Г. Філанджієрі вперше було опубліковано 1782 р. італійською мовою, два перші її видання в німецькому перекладі з'явилися у 1789 р. «Моральною особистістю» він називає громадянське суспільство, яке однозначно пов'язує з державою.
[2116] *Кант И.* Вечный мир… С. 3, 9, 12, 13, 19, 59. Див. також: *Камаровский Л.А.* От редактора // Кант И. Вечный мир… С. XIX.
[2117] *Кант И.* Вечный мир… С. 3, 7.
[2118] Там само. С. 19, 39–40.

лучної ланки між волею та правом. У баченні Канта народна воля через оволодіння владою перетворюється на суверенну волю. Суверенна держава породжена народною волею, але має певний ступінь автономії від неї. І саме держава, а не безпосередньо народна воля, породжує право, обов'язкове і священне для всіх. Кант проголосив можливість існування національно-державного позитивного права: «Можна уявити собі законодавство, що складається з одних позитивних законів (тобто встановлених волею законодавця, таких, що не випливають з природного права)»; «суворе право (*strikte recht* можна перекласти точніше як «власне право», «суто право», «право саме по собі». — *О.К.*), тобто таке, до якого не домішується нічого етичного»[2119].

Отже, Кант у своїх працях 90-х років XVIII ст. запропонував основи універсального філософського вчення про соціальне право, в тому числі виокремив договірну й соціальну сутність соціальних правопорядків, сконструював їх типологію, обгрунтував національно-державний правопорядок як окреме в праві, базову та неминущу модель правового розвитку. В цілому вчення Канта останнього періоду його життя можна визначити як філософію національних держави і права. Кант систематизував та завершив злиття ідей національного та соціального права у формі національно-державного правового устрою, завершив ідеї соціального (між-національного) характеру міжнародного права. Так було визначено і локалізовано окреме в праві. Звичайно, все відзначене повною мірою стосується лише пізнього Канта. Щоправда, до цього періоду право й не було предметом його спеціальної уваги.

Утвердження ідеї національного права як окремого в правовому розвитку було суттєво підтримане загальним розвитком та популяризацією вчення про націю, національну мову і культуру в німецьких державах та поза ними. Зокрема, це відбувалося в руслі такого філософського напряму, як романтизм.

Учень і друг Канта Й.Г. Гердер ще у 1770-х роках вказував на те, що інтелектуальний прогрес обов'язково має конкретне та індивідуальне втілення у розвитку окремих націй; нація як соціальне окреме значною мірою знімає в собі особистість і сама стає цілим, індивідуальністю[2120].

[2119] *Кант И.* Метафизика нравов… С. 141. Див. також: *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 123–124, 136–137, 153.

[2120] «Людська природа, навіть у її найкращих рисах, не є незалежним божеством: вона має вивчати все, розвиватися через прогрес, вдосконалюватися через поступову боротьбу. Природно вона буде розвиватися здебільшого чи виключно в тих напрямах, які ведуть її до доброчесності, боротьби, чи до прогресу. Кожна форма людського вдосконалення, отже, є по суті національною та обмеженою часом, і, розглянута максимально конкретно, індивідуальною. Нічого не розвивається, не будучи обумовленим часом, кліматом, необхідністю, світовими подіями чи примхами долі» (Гердер Й.Г. «Ще одна філософія історії», 1774 р.). Цит. у нашому перекладі за: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2006. Див. також: *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 10; *Нарский Н.С.* Гердер… С. 55; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 403–404.

Такі погляди привели Гердера не лише до вчення про плюральність розвитку світу, а й до радикальної ідеї щодо неспівставності націй[2121].

Водночас Гердер проголосив вольове творення нації з відокремленого в силу тих чи інших обставин суспільства, що згодом підтримується традицією та звичкою, хоча й не заперечував впливу об'єктивних причин на цей процес[2122]. На нашу думку, відокремленість суспільства та чинник волі можуть вказувати на визнання мислителем ролі держави у національному будівництві.

Визнаючи цілісність розвитку світу, Гердер і людство в цілому, і кожну націю розглядав як системи, що не знімають одна одної. Нація виступає в «Ідеях до філософії історії людства» як основний суб'єкт суспільного та культурного розвитку, що обіймає й право, неспівмірна з іншими модель, яка має стійку форму[2123]. Як зазначали Ю. Перов та К. Сергєєв, «головною рисою гердерівського історизму став акцент на плюралізмі та багатоманітності історії, на варіативності історичного процесу, а також ствердження самоцінності та самоцілісності всіх минулих та нині існуючих національних та історичних форм культури, суспільного життя, кожного з історичних станів»[2124].

Й.Г. Фіхте у «Листах до німецької нації» (1806 р.) однозначно приписував нації прагнення до державотворення — як утворення політичного союзу для здійснення свого особливого етичного ідеалу; більше того, він вважав, що державотворення може бути лише національним[2125]. Вже у своїй ранній праці «Основи природного права згідно з принципами науковчення» (1796 р.) Фіхте проголошував, що право є виключно соціальним явищем, мораль є похідною від права, а не навпаки[2126].

Важливу підтримку розвитку ідеї національного права надало становлення самостійного вчення про суспільство, що викликало надзвичайне захоплення в освічених колах і невдовзі інституціоналізувалося у формі науки соціології. Провісник соціології, автор концепції «соціальної фізіології», нового бачення «науки політики», типологічної періодизації розвитку знання та позитивізму як сучасної форми перетворення знання на науку французький вчений К.А. Сен-Сімон у «Нарисі науки про людину» (1813 р.) визначив суспільство — «об'єк-

[2121] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. С. 2007, 2009. Див. також: *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 440–441.
[2122] *Гердер Й.Г.* Мова і національна індивідуальність // Націоналізм: Антологія / Упор. О. Проценко, В. Лісовий. Київ: Смолоскип, 2000. С. 37, 39, 41–44.
[2123] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 440–441.
[2124] *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 34.
[2125] *Фіхте Й.Г.* Що таке народ у вищому розумінні цього слова і що таке любов до Батьківщини… С. 48–49; *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 69–71; *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 75–80; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 408–410.
[2126] *Жоль К.К.* Философия и социология права… С. 292–293.

тивну умову колективного буття» людини — як самостійну сферу наукових досліджень[2127].

Велика Французька революція справила принципово важливий вплив на творчість таких великих німецьких мислителів, як Кант, Гегель, П. Фейербах, Савіньї та інших. Можна стверджувати, що вона створила порядок денний німецької, як і загалом європейської, правової думки. Значення поставлених нею питань не ставилося під сумнів, і лише їх рішення були різними. Як зазначав К. Клетцер щодо Гегеля і Савіньї, «обидва безумовно були консерваторами, але об'єкт консервації не міг бути більш різним: якщо Гегель прагнув захистити статус, досягнутий Французькою революцією, матеріально виражений у наполеонівських кодифікаціях приватного права, то Савіньї прагнув захистити старе римське право (придатність якого була заснована на звичаєвому праві) проти революційних іновацій, таких, як наполеонівські кодекси. Якщо Гегель хотів консервації революції, то Савіньї — консервативної революції, реставрації дореволюційного порядку»[2128]. Гегель протягом усього життя вважав Французьку революцію найважливішою всесвітньо-історичною подією, і зокрема значущою для становлення ідеї свободи у германських народів[2129].

Як зазначав Фейербах щодо Великої Французької революції, «почалася нова велика епоха. Все старе лежить у руїнах. Могильники занепаду знищені й на зміну повільним і спокійним дням прийшов час дій. Там, де багато зруйновано, треба багато збудувати, а там, де зародилася нова сила, там розворушиться навіть дуже інертна стара». «На початку нової епохи усе має ще такі розмиті форми, що важко уявити собі якісь майбутні обриси. Ще не сформувався стійкий дух нової епохи, тож шлях, залежно від того, який напрям буде обрано, може спрямувати або до добра, або до зла. Тому в таку епоху творчість освіченої людини має значно більшу силу й вагоміші наслідки»[2130].

Дж. Бос зазначав: «Всі історики XIX ст. без винятку вважали Французьку революцію великим розривом в лінії історії… Політичний вплив, який Французька революція справила на Німеччину, зазвичай вважається важливим чинником у появі історицизму»[2131]. Революція з розривом еволюційної лінії розвитку і терором та постреволюційні війни фактично зруйнували універсалістські ідеали Просвітництва і

[2127] Цит. за: *Социология*: наука об обществе… С. 94. Див. також: *Жоль К.К.* Философия и социология права… С. 371; *Барулин В.* Социальная философия…
[2128] *Kletzer C.* Custom and Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy… C. 21.
[2129] *Дворцов А.Т.* Гегель… С. 7, 10, 133.
[2130] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльне правознавство… С. 290–291, 292.
[2131] *Bos J.* Nineteenth-Century Historicism and Its Predecessors... P. 139–140.

трансформували розпливчастий культуроцентричний націоналізм у політичний і державницький[2132].

Французька революція за своєю сутністю була, з одного боку, індивідуалістичною, радикально зрівнявши усе доросле чоловіче населення, позбавивши його соціальних зв'язків із станами, корпораціями, етнічними та конфесійними громадами, а також законодавчо ослабивши залежність людини від сім'ї й територіальної громади, а з іншого боку — вона була всезагальною, проголосивши позбавлені будь-якої локалізації права людини як принцип будь-якого законодавства та поширюючи власні кодекси скрізь, де ступала нога французького солдата. Наголос на національності як суспільній прив'язці права в цих умовах став нормальною реакцією більш традиціоналістських суспільств. Національна, тобто загальна у межах держави, форма французького права разом з ідеєю народного суверенітету стали обгрунтуванням і зразком власне форми для організації права інших народів.

Т. Чацький у праці «Про литовські й польські права та їх дух, джерела, зв'язок…» (1800, у двох томах) зазначав, що право може бути лише національним[2133]. Народ має самодостатню історію, але його становлення та занепад безумовно пов'язуються з державою: «Коли якийсь народ перестає бути самоврядним, проходить лише кілька поколінь поки презирство до нещастя, байдужість до неіснуючої країни віддають його до забуття і створюють ненависть до стертих з числа держав, не пробачаючи слабкості та колишнього опору»; «Вже Польща стерта з числа народів»[2134].

У праці «Про наукові способи дослідження природного права, його місце у практичній філософії та його стосунок до науки про позитивне право» (1802 р.) Гегель вказував, що окремим у правовому розвитку виступає будь-яка реальна «правова визначеність». Кожна така визначеність є якісною, має емпіричну необхідність і при цьому співвідноситься з іншими лише як множина, набір відносних протилежностей[2135]. «Правова визначеність», правопорядок, окреме в праві однозначно пов'язуються Гегелем з державою, яка, в свою чергу, обумовлена волею суспільства. Але останню держава в собі здебільшого знімає (окрім контролю за владою). І саме народ, інституціоналізований у державі, є джерелом і суб'єктом творення правопорядку[2136]. В праці «Конституція

[2132] Ibid. P. 140, 144.
[2133] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. VII, 7, 11, 16, 18, 19, 22, 29, 43–45, 49, 51–54, 56; *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym. T. II… S. 292, 293.
[2134] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. III, VI, 10, 49.
[2135] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве… С. 194, 196–199.
[2136] Там само. С. 222, 228–229, 251, 254–255, 267, 269–271, 274–275.

Німеччини» Гегель стверджував національний розвиток державності та права, вказував на двобічний зв'язок між еволюцією держави і нації, засобом якого є представницьке правління[2137].

В «Ієнській реальній філософії» (1805–1806 рр.) та «Феноменології духу» (1807 р.) Гегель абсолютний дух уже приписує державі й з ним ототожнює дух народу. Тепер уже воля держави як «дійсності царства небесного» та дійсного індивіда здобуває субстанційність щодо воль людей[2138]. Але, як відзначав В.С. Нерсесянц, навіть у 1817 р. у першому виданні «Енциклопедії філософських наук» Гегель ще робив акцент на моральнісній цілісності не держави, а народу, а виразний державоцентризм у його працях з'являється вже у 20-х роках[2139].

К.Й.А. Міттемайєр у працях «Теорія доказів у кримінальному процесі: загальні позитивні закони та положення французького кримінального законодавства» (1809 р.) і «Вступ до вивчення історії германського права» (1812 р.) стверджував національність права, неможливість подолання його національно-державної форми: позитивне право завжди є конкретно-національним та державним, нації є «головними дійовими особами, які продукують різноманітні варіації позитивних законів»[2140].

Теоретико-методологічні засади перетворення юридичного знання на нову науку, соціальну за своєю сутністю, сформульовані мислителями кінця XVIII — початку XIX ст., насамперед Кантом і Гуго, реалізувалися у формуванні та змаганні двох перших шкіл позитивного правознавства — філософської (або історико-філософської) та історичної. На нашу думку, «моментом істини» для становлення та виявлення потенціалу цих шкіл стала дискусія між ними у 1810–1817 рр. навколо питання про шляхи розвитку німецького права після звільнення німецьких держав від французької окупації. Дискусію розпочав Фейєрбах, але найбільший вплив на розвиток юридичної науки справили трактати, видані в 1814 р. Тибо та Савіньї. На нашу думку, саме виникнення, змагання та частковий синтез ідей філософської та історичної шкіл у Німеччині стали підсумковими у багатостолітньому розвитку ідеї соціального окремого в праві, надавши останньому форми конкретного і тотального за своїми охопленням і функціями національно-державного права, унікального і водночас рівного й співставного з іншими за своєю сутністю[2141].

[2137] *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля... С. 18 - 20.
[2138] Там само. С. 22–24.
[2139] Там само. С. 30.
[2140] *Mittermaier C.J.A.* Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse: nach den gemeinen positiven Gesetzen und den Bestimmungen der französischen Criminalgesetzgebung. Th. I. Mannheim: bei Ferdinand Kaufmann, 1809. S. 13–14, 16–17; *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts... S. 3, 5, 6, 10, 12–14, 57, 59–60, 65, 66, 68, 70–75, 77–78.
[2141] Тут ми не розглядаємо докладно суттєві відмінності між нацією як співтовариством і власне суспільством (політичним суспільством). Для наших цілей важливе об'єктивне і суб'єктивне співпадіння обсягу цих понять у вченні про соціальне право обох розглянутих

Ідея національного права була розвинена Фейєрбахом у праці 1810 р. «Погляд на німецьке правознавство», що мала неабиякий вплив на розвиток тогочасної європейської правової думки. Він стверджував, що суб'єктом правового розвитку є лише народ[2142]. Водночас національне право цілком однозначно втілювалося у правовій системі держави[2143]. Ці ідеї розвинено у працях Фейєрбаха «Феміда, чи внесок до законодавства» (1812 р.) й «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство»: основними суб'єктами позитивного правового розвитку є народи[2144].

Гейдельберзький професор Тибо у публіцистичній праці «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» (1814 р.) запропонував створити єдиний кодекс приватного, кримінального та кримінально-процесуального права для всіх німецьких держав[2145]. Значна частина праці Тибо присвячена засудженню партикуляризму в праві й перевагам загальнонаціональної уніфікації останнього, яку він називає майбутнім «тріумфальним Творінням», «Святинею»[2146]. Важливо також, що, за Тибо, розробити німецькі кодекси мав загальнонаціональний з'їзд юристів — як практиків, так і вчених[2147]. Запозичивши у Гуго ідеї про традицію в праві та про право як частину культури, Тибо віддав належне свідомій суспільній/національній волі як джерелу правотворення з метою модернізації права. Це давало змогу розглядати право як волевстановлений акт — відповідно у формі закону, кодексу.

Савіньї, професор Берлінського університету, який навчався у Геттінгені й перебував під безпосереднім впливом Гуго[2148], у 1814 р. опублікував розлогу працю «Про покликання нашого часу до законодавства і юриспруденції». Він виступив як безумовний прихильник

тогочасних шкіл. Це можна розглянути також з точки зору «колективної індивідуалізації» «історично визначених спільнот», «політичного персонажу сучасності–народу» в рамках ідеї суверенітету в формі «політичної територіальності держав» за допомогою позитивного права. «Як би там не було, а народ виходить на перший план, і, як бачимо, віднині існує лише одне-єдине питання: що таке народ? …І не філософія відігравала в цьому головну роль, — вона довела свою неспроможність, оскільки в ній зазнало краху мистецтво дефініцій, — а сам народ у процесі революції намагався утвердити власну ідентичність». Див.: *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 8–9, 31–32, 34, 86–87.

[2142] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльне правознавство… С. 282–286, 288.

[2143] Там само. С. 288.

[2144] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльне правознавство… С. 329, 338–339.

[2145] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 105, 106. Див. також: *Reimann M.* The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 97.

[2146] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 124.

[2147] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 15.

[2148] *Kutner L.* Legal Philosophers: Savigny: German Lawgiver // Marquette Law Review. 1972. Vol. 55, Iss. 2. P. 280, 283.

націоналізму та ідеї національного права, заперечував можливість права, придатного для всіх народів у всі часи[2149]. При цьому своїх опонентів (у праці названий лише Тибо) він, очевидно спрощуючи та змінюючи смисли, визначив як прихильників апріорного філософського права[2150].

Носієм права для Савіньї є соціальна традиція[2151]. Але вона не має власного голосу, а залежить від суб'єктивної інтерпретації юристів. Тому вона — в її розумінні та застосуванні — не може вважатися повною мірою об'єктивним відображенням суспільних інтересів та сподівань. Зокрема, важливо зазначити, що Савіньї вважав судову практику сучасною формою звичаю, таким чином професіоналізуючи і динамізуючи національне право.

Але при цьому Савіньї висловив хоча й не абсолютно нову (вона присутня й у працях Гуго, Канта, Фіхте та ін.), але точніше сформульовану важливу ідею щодо ролі держави у розвитку права: так, право творить-ся нацією, але без держави воно не локалізоване в просторі: «Германські племена переселялися, підкоряли [інших] собі й самі підкорялися, так що право було розподілене між усіма, але ніде не було сталої локалізації, тим більше єдиного центру»[2152]. Отже, попри те, що національне право у Савіньї безпосередньо не прив'язане до держави, він визнавав, що без інституціоналізації нації в державу та систематизаційних зусиль

[2149] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 131–132, 133; див. також: *фон Савиньи Ф.К.* О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции»... С. 211–212.

[2150] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 128–130. Див. також: *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 8.

[2151] Г. Радбрух визначав ідеї історичної школи як «романтичний історичний формалізм», що, власне, вказує на соціологізм та позитивізм. Див.: *Радбрух Г.* Філософія права. Київ: Тандем, 2006. С. 203. Див. також: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 84. Сучасні дослідники абсолютно виправдано пишуть про «культурно-історичний об'єктивізм» історичної школи права. При цьому ми вважаємо недостатньо аргументованим твердження про те, що цей об'єктивізм не був за своєю сутністю також соціологічним. Див.: *Філософія* права… С. 34. Натомість є підстави вважати більш зваженим погляд П. Новгородцева: «соціологічний підхід у правознавстві виник як продовження і розвиток історичного підходу» (див.: *Новгородцев П.И.* Нравственный идеализм в философии права (К вопросу о возрождении естественного права) // Проблемы идеализма. Москва: Московское психологическое общество, 1902. С. 280), який поділяли такі вчені як С. Кечекьян, Р. Лукич, В. Графський, А. Поляков, О. Сердюк (див. огляд у: *Михайлов А.М.* Немецкая историческая школа права–разновидность «социологизма» как типа правопонимания? // Правоведение. 2009. № 4. С. 202–226; *Сердюк О.В.* Соціологічний підхід у сучасному правознавстві: пізнання соціальності права: Монографія. Харків: Яшма, 2007. С. 156). А Л. Кутнер прямо зазначав, що Савіньї став «засновником дослідження відносин між соціальним і правовим розвитком» і «створив основи для юридичної соціології», але все ж відвів йому роль автора базових гіпотез майбутніх соціологічної та соціо-психологічної шкіл. Див.: *Kutner L.* Legal Philosophers: Savigny: German Lawgiver... P. 280, 283, 287, 294.

[2152] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 146.

останньої (чи уніфікаційних тенденцій в її стабільних межах?) повноцінний розвиток права неможливий.

При аналізі праці Савіньї 1814 р. слід мати на увазі, що єдина для німців держава — Священна Римська імперія Германської Нації — на той час уже припинила своє існування, а її частини були визнані державами й утворили конфедерацію лише в 1815 р.: «Савіньї відстоює значення цивільного права для всієї Німеччини в той час, коли немає власне німецької держави, яка б відстоювала інтереси всієї нації»[2153]. Бачення цього питання щодо німців було запропоноване Савіньї у 1815 р. у першому томі «Історії римського права у Середніх віках»: німці вже мали свою державу протягом століть — це Священна Римська імперія германської нації[2154].

З погляду становлення ідеї окремого в праві, яка реалізувалася наприкінці XVIII — на початку XIX ст. у формі, так би мовити, національно-державного, або просто національного права, відмінності між позиціями Фейєрбаха, Тибо, Гегеля і Савіньї несуттєві. Всі вони стали найбільш впливовими інтерпретаторами та популяризаторами цієї ідеї. Характерно, що це визнавав і сам Савіньї, він стверджував, що одностайний з Тибо в бажанні міцніше згуртувати націю й завершити формування національного права[2155]. Принципово відрізнялося лише бачення цими мислителями шляхів досягнення поставленої мети: вольовий і законодавчий (на основі критичного переосмислення, модернізації та кодифікації) чи еволюційний і академічний (через усвідомлення історичності, тяглості, органічності національного права, поступове відновлення чистоти його духу, часткову інкорпорацію судової практики та освіту)[2156].

Як зазначав К. Клетцер щодо поглядів Тибо і Савіньї, «чи не зміст їх праць щодо юридичних питань вартий уваги? Обидва опуси демонструють поворот до історії, обидва приписують важливу роль тому, що називають народним духом, обидва відкидають негативну оцінку звичаю та звички, що виникла від кантівської моральної філософії автономної суб'єктивності, і обидва виявляють негативне ставлення до природного

[2153] *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny // Annuaire de l'Institut Michel Villey. 2009. Vol. 1. P. 10–12, 28.

[2154] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?... P. 2027.

[2155] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 203–204, 207.

[2156] Про це див. також: *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière... C. 10–15, 26; *Mollnau K.A.* The Contribution of Savigny to the Theory of Legislation… P. 86; *Reimann M.* The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code… P. 97–98; *Kletzer C.* Custom And Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy… P. 5, 8, 12, 15–17.

права, хоча, безумовно, їх власна позиція не може позбутися певної подоби природного права»[2157].

Є підстави припустити, що гостроти дискусії Фейєрбаха, Тибо і Савіньї надали не науковий, а політичний та практичний її потенціали: загостреність національних почуттів та нагальна необхідність вибору шляхів і засобів розвитку державності (об'єднання німецьких держав у тій чи іншій формі чи збереження їх незалежності) та права. На нашу думку, умовну перемогу Савіньї в цій дискусії визначив також не лише (а може, не стільки) науковий потенціал його концепцій, а й розвиток політичних обставин — консервація роздробленості Німеччини за Віденським договором 1815 р. Звичайно, в таких умовах не могло бути й мови про загальнонаціональну уніфікацію та кодифікацію права. Натомість національне право ставало не єдиною позитивною реальністю, а науковою концепцією. Проте це зовсім не применшує «побічного», але найважливішого результату цієї дискусії — тріумфального утвердження ідеї національного права як індивідуальної/окремої одиниці правового розвитку. І, звичайно, будь-яке право локалізувалося в часі, було стверджено розроблену давнішими мислителями ідею еволюції в праві.

Зазначимо, що учасники дискусії 1810–1817 рр. запропонували власне бачення феномена права. Але обидві школи визнавали джерелом виникнення та сферою функціонування автономного чи неавтономного (від суспільного і культурного розвитку) права виключно конкретне суспільство (державно організоване чи ні), при цьому визнаючи його відносну автономію від сфер релігії та етики. Основним суб'єктом правового розвитку в баченні обох шкіл ставала нація. Тим самим чітко визнавалася соціальність права та соціальне окреме в праві. Для історичної школи право було національним і за формою, і за змістом. Історико-філософська школа наполягала на національній формі права, але ставила під сумнів його національний зміст. Історична школа бачила право національно-культурним, зводячи роль держави (на тому етапі, коли вона з'являється) фактично до технічної — визнання і захисту встановленого нацією правопорядку. Історико-філософська школа вказувала на національно-державний характер права, невід'ємну й ексклюзивну роль держави. Але принаймні щодо національної форми існування права обидві школи висловлювали цілковиту згоду.

Є підстави стверджувати виразне пізніше зближення позицій історичної та історико-філософської шкіл. Їх представники зійшлися в твердженні про абсолютну самостійність і самодостатність соціальної природи права. Обидві школи визнали ексклюзивність ролі держави у творенні соціального за своєю сутністю національного права, так би мовити, тотальність національно-державного права як соціального окремого.

[2157] *Kletzer C.* Custom and Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy...–P. 5.

Г.Ф. Пухта, учень Савіньї й водночас Гегеля (вивчав право у Нюрнберзькій гімназії під його керівництвом, називав себе гегельянцем)[2158], у своїй «Енциклопедії права» (1821 р.) наголошував, що право є волею конкретного народу як групи осіб, а також волею окремої людини, якщо вона відповідає волі народу як справжнього індивідуума; справжньою свободою володіє народ[2159]. І хоча право має походження у Божій волі, воно поступово стає вираженням і регулятором суто конкретних суспільних правовідносин. Виникнення народів є явищем не напередвизначеним, а історичним (поступове розширення та об'єднання сімей), означало перехід від природного до громадянського (правового) стану, і лише з виникненням народів виникло власне право, почалася його історія. Право походить від народу, але лише наявність держави дає змогу втілити національну волю, в тому числі щодо відмежування права від неправа[2160]. Законодавство визнається Пухтою рівноцінним джерелом права — поряд із звичаєвим правом (до якого віднесено й прецедентне право) і доктриною. При цьому всі три джерела в своєму походженні прямо зумовлені свідомістю і волею нації, але реалізація закону вже не має зв'язку з останніми[2161] — що, на нашу думку, все ж виокремлює і вивищує державу.

Про подальшу еволюцію поглядів Пухти свідчить те, що в «Підручнику пандектів» (1838 р.) він вказував: у випадку, коли, незважаючи на діяльність органів, покликаних узгоджувати закони з народними переконаннями, якийсь закон таким переконанням не відповідає, все ж він зберігає силу права[2162].

В «Юридичній енциклопедії» (1821 р.[2163]) Н.Н. Фалька вказувалося: зважаючи на те, що позитивне право має бути обов'язковим для людей і породжується їх волею, воно локалізується у конкретній державі чи громадянському суспільстві: «Позитивне право передбачає існування соціальних об'єднань, що визнають приписи такого роду, на які посилаються і які гарантують їх дотримання»[2164]. Державу Фальк визначав як громадянське суспільство — соціальне об'єднання, обмежене певними географічними межами, незалежне від інших подібних об'єднань і кероване згідно з порядком, визначеним власним позитивним правом[2165].

[2158] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[2159] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 11, 16, 18, 20, 62, 90.
[2160] Там само. С. 15–16, 18, 19, 22, 24, 56–58.
[2161] Там само. С. 30, 35, 41–42, 57. Див. також: *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[2162] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения... С. 281.
[2163] Ми користувалися другим виданням 1825 р.
[2164] *Falck N.* The Scientific Study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances... P. 180–181; *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение... С. 196.
[2165] *Falck N.* The Scientific Study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances... P. 180–181.

Фальк чітко стверджує системність, позитивність, соціальний і вольовий характер національно-державного права; воно не підлягає жодним абстрактним обмеженням і здатне здійснювати зворотний вплив на суспільство[2166]. Саме національно-державну позитивну правову систему він вважав базовою одиницею правового розвитку (поряд із партикулярним правом): без держави не лише немає національного права, а й неможливий розвиток суспільства. Водночас право, встановлюване державою, має «сприйматися висловленою волею її членів як соціального тіла». Окремий наголос зроблено на територіальності національно-державного права, що в сучасних умовах витісняє персональне право, а також на його поступовій внутрішній уніформізації[2167]. Звичаєве право Фальк також визначає як позитивне і загальносуспільне, не підпорядковане державі, але їй підконтрольне (вона може скасувати чи обмежити застосування звичаю) і все ж вище за статусом, адже воно спирається на безпосередню волю народу[2168].

У праці «Основи філософії права, або Природне право і державознавство» 1821 р. (відома за посмертною публікацією 1833 р. за редакцією і з доповненнями Е. Ганса) Гегель стверджував, що право є соціальним явищем, правова істина закладена у позитивному праві, «суспільний світ самоусвідомлюється і втілюється через державу»[2169], тобто в правовому окремому. «Вже сама різноманітність цих законів вказує на те, що вони не є абсолютні. Правові закони насаджені людьми й традиційні»[2170], — стверджував Гегель, — вони є волею суспільства та влади у конкретній державі, й тому світ громадянських суспільств / націй / держав і породженого ними права був, є і залишатиметься різноманітним, складатиметься з індивідуальних феноменів: «Я — це так само перехід від позбавленої відмінностей невизначеності до розрізнення, визначення й встановлення визначеності змісту або предмета. …Шляхом такого встановлення самого себе як визначеного Я вступає в буття взагалі; це абсолютний момент скінченності або відособлення Я»[2171]. У «Енциклопедії філософських наук» (вперше видана у 1817 р., але суттєво перероблена пізніше, востаннє прижиттєво видана у 1830 р. і доповнена після смерті автора) Гегель зробив акцент на територіальності та суверенітеті національної держави, що підкреслюють її тотальність[2172].

[2166] Ibid. P. 181–183.
[2167] Ibid. P. 183, 191–195; *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение... С. 196.
[2168] *Falck N.* The Scientific Study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances... P. 184–186, 188.
[2169] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або Природне право і державознавство… С. 6–7, 185, 187. Див. також: «патріотизм як упевненість, що міститься в істині». Там само, с. 223.
[2170] Там само. С. 8.
[2171] Там само. С. 28, 14.
[2172] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа / Отв. ред. Е.П. Ситковский. Москва: Мысль, 1977. С. 365.

Отже, суб'єктом правового розвитку для Гегеля є національна держава, що поглинає індивіда. Але не слід на основі цього констатувати його етатизм[2173]. Його ідеалом однозначно виступає модерна, станово-представницька і пізніша буржуазна держави, в яких воля правителя відповідає волі й сподіванням суспільства, потребує згоди останнього і є йому підконтрольною: «Отже, влада володаря вже не може бути лише довільною. Він потребує вияву згоди з боку станів і корпорацій, і якщо володар хоче її отримати, його бажання безумовно мають бути справедливі та розважливі. Тепер ми бачимо, що починається утворення держав, у той час як феодалізм не визнає жодних держав»[2174].

Творчий спадок Гегеля, який справив фундаментальний вплив на розвиток юридичних наук, різнобічний і формувався протягом тривалого часу. Виокремити цілісну суто юридичну частину в його вченні достатньо складно, а встановити основні етапи еволюції його ідей про право — взагалі справа малореальна; для цього слід докладно порівняти різні прижиттєві видання одних і тих самих праць між собою, а також з його рукописами та конспектами його слухачів, а також очистити його посмертні видання від редакторського втручання та додатків упорядників, виявити в них фрагменти, написані в різний час, звільнити гегелівську думку від нав'язливих штампів, у тому числі від розгляду його ідей крізь призму гегельянців і марксизму. Виключно в межах нашої проблематики ми можемо визначити основні ідеї Гегеля про окреме і трансцендентне загальне в правовому розвитку, а також припустити напрям їх еволюції у цих рамках.

Проаналізовані праці Гегеля дають підстави стверджувати, що основним і практично виключним суб'єктом правового розвитку він вважав національну державу, яку визначав як правового індивіда, органічне і моральнісне ціле. Можна сказати, що між суб'єктивним і абсолютним у критичного Канта Гегель поставив об'єктивне — націю-державу. Гегелівське пост-критичне кантіанство при цьому з'явилося паралельно з пост-критичними ідеями великого кенігсбержця[2175].

[2173] Див. напр.: *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности... С. 50.

[2174] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 410.

[2175] Гегель розвинув ідеї «критичного» Канта, подолавши його суб'єктивізм. Він запропонував механізм переходу суб'єктивного в об'єктивне та одиничного в колективне (субстанційне) у сферах моралі, свідомості, держави і права (Див. напр.: *Пилянкевич Н.И.* История философии права… С. 279, 288–289, 297–303; *Алексеев Н.Н.* Науки общественные и естественные в историческом взаимоотношении их методов... С. 116.). Однією з ключових тез при цьому стала несуперечність свободи та її самообмеження, внутрішньої самозаконності та її зовнішнього вираження: поряд з індивідуальною мораллю ставиться соціальна за сутністю моральність, поряд із суб'єктивним правом–об'єктивне право суспільства (Див. напр.: «З суб'єктивної волі однаково випливають як моральні, так і антиморальні дії. У цій сфері самовизначення є пошуком і діяльністю, які не можуть прийти ні до чого певного. Лише в своєму суспільному здійсненні моральнісна воля стає тотожною із своєю розумною основою. Те, що має бути з точки зору особистої моралі, тут є досягнутим (у вигляді установ і моральності, в яких втілюється моральнісний дух)». Цит.

У нашому розгляді ми проігнорували надзвичайно важливе вчення Гегеля про взаємовідносини індивідуальної моралі та колективної моральності (критичний кантівський моральний імператив стає моральнісним, об'єктивним національним духом), роль сім'ї та станово-професійних корпорацій у формуванні суспільства, а також загалом про громадянське суспільство. Крім того, визнаючи вічний характер суспільних, націє- і державотворчих процесів, Гегель водночас, принаймні з 1820-х років, чітко виокремлює їх сучасний етап, коли форма і зміст більше не вступають у суперечність, повною мірою співпадають, перетворюючись на гармонійне ціле, ідеальне стає тотожним реальному[2176].

Тут для нас важливий сам висновок: національна держава стає цілісною одиницею, а її послідовно постульований зв'язок з волею суспільства в цілому, окремих груп і осіб цікавий з точки зору формування її суті, але не може поставити останню під сумнів. Нація-держава знімає в собі все окреме й особливе і сама перетворюється із загального на окреме, індивідуальне, одиничне серед інших таких же одиничних.

Еволюція акцентів Гегеля у межах цієї проблематики суттєва — від наголосу переважно на народі (починаючи з 1790-х рр.) до однозначного наголосу на державі (щонайпізніше з 1820-х років), але обидва елементи в його працях весь час присутні, залишаються нерозривно пов'язаними і взаємно обумовленими. І якщо теза про етатизм Гегеля[2177] викли-

---

за: *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве... С. 220. Див. також с. 214–216.). Цілісність та органічність суспільства, народу, держави завдяки його вченню здобули нове позаметафізичне пояснення через вивчення об'єктивних зв'язків з людиною.

Вважаючи дух об'єктивним і первинним щодо реальності, в тому числі соціальної, Гегель у зв'язку з цим об'єктивував ідею національного духу в праві, заклав основи вчення про суспільну правосвідомість, проголосив ідеї історизму й еволюції права та держави (як наслідок спіритичної еволюції).

Поєднавши в своєму вченні індивіда і соціальне, у будь-якій формі його існування, Гегель, на нашу думку, значною мірою подолав суперечність між індивідуалістичною (в тому числі суб'єктивним ідеалізмом) та соціальною (в тому числі націоналістичною), метафізичною та позитивістською філософією. Вчення Гегеля про право, зокрема, виростає з опозиції та змагання Канта і Гуго (а пізніше й Савіньї), опосередкованих, умовно кажучи, націоналізмом Гердера та французькими Конституцією і Цивільним кодексом, і є однією з найбільш розроблених спроб синтезу цих основ. Щоправда, при цьому поєднанні суб'єктивність і метафізика одночасно як визнавалися, ідентифікувалися, так і долалися. Див. також: *Пилянкевич Н.И.* История философии права… С. 288–289; *Кечекьян С.* О понятии естественного права у Канта и Гегеля… С. 448; *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 224–225; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 313; *Klenner H.* Savigny's Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin… P. 76; *Kletzer C.* Custom and Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy… P. 12–16, 19, 21; *Дворцов А.Т.* Гегель... С. 8, 59, 81.

[2176] На це також звертав увагу К. Клетцер, називаючи таку модерну націю Гегеля цивілізованою або пост-історичною. Див.: *Kletzer C.* Custom and Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy… P. 20.

[2177] Наприклад, Г. Гурвич вважав, що крайній етатизм Гегеля був кроком назад у розвитку суспільствознавчого знання. Див.: *Гурвич Г.Д.* Социология права… С. 627. Див. також: *Социология*: наука об обществе… С. 87, 89; *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і прак-

кає суттєві й обгрунтовані заперечення, то, умовно кажучи, державоцентризм його вчення про право виглядає загальноприйнятим.

Гегель запропонував своє бачення нової держави як соціально-політичного і правового феномена, сутнісно відмінного від «старого порядку» патримоніальної держави. Зокрема, в його ідеї субстанційної єдності правителя і народу — на відміну від старих приватних угод монарха із станами[2178] — держава здобуває замість антропологічного і приватно-правового інституціональний і соціальний характер та власну й автономну ідентичність, публічно-правову суб'єктність, суверенність.

Держава як творіння суми воль громадян і моральних настанов суспільства ставала у баченні Гегеля найбільш тотальним суспільним і правовим феноменом, який є одночасно вищим виявом самоусвідомлення нацією і суспільством себе як цілого, і тому мала бути основним предметом суспільних, у тому числі юридичних, досліджень. Принципово знижувалася і можливість будь-якого позасоціального, позапозитивного критерію оцінки держави — вона є вираженням розуму, свідомості, волі, об'єктивним і унікальним духом конкретної нації, індивідуальним втіленням ідей добра та свободи суспільством для самого себе. Отже, належне і дійсне перестали бути опозицією, вони злилися в ідеї національної держави та національно-державного права[2179].

Вважаємо за доцільне коротко розглянути також розвиток позицій Савіньї. Адже, на думку багатьох учених, вони суттєво еволюціонували[2180]. У праці «Система сучасного римського права» (1840–1849 рр.) Савіньї дещо скоригував свої позиції та акценти. Зокрема, він зробив виразний наголос на ролі держави у завершенні становлення нації та національного права. Савіньї назвав її «видимою і органічною фор-

---

тики… С. 72. Так само часто негативно оцінюється ідея Гегеля про те, що суспільство нової якості–громадянське суспільство–виникає в державі й завдяки державі (Див. напр.: *Социология*: наука об обществе… С. 87). І навпаки, напр., К. Клетцер відзначав, що, слідуючи законам раціональної держави, людина є вільною в кантіанському сенсі, адже слідує нормам, які не лише її власні, але також повністю зрозумілі їй (як їх було створено і чому їм треба слідувати–на відміну від додержавного звичаю), нічого не приховано, людина абсолютно самосвідома. Див.: *Kletzer C.* Custom and Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy… P. 21. Доволі нейтральну позицію щодо цього займав В.С. Нерсесянц: «У всій гегелівській політичній діалектиці домінує аспект підпорядкованості особистості державі, що божественно вивищується над нею. Парадокс полягає в тому, що право, яке Гегель називає свободою, постає як система підкорення. Свобода виявляється знанням і усвідомленням цього підкорення». Див.: *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля… С. 47.

[2178] *Тарановский Ф.В.* Юридический метод в государственной науке… С. 314–316.

[2179] Див. також: *Кечекьян С.* О понятии естественного права у Канта и Гегеля… С. 455; *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 210; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 63; *Пилянкевич Н.И.* История философии права… С. 299; *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля… С. 40–41, 44–45; *Булатов М.А.* Немецкая классическая философия. Ч. II… С. 138-139, 141–142, 328–329.

[2180] Див. напр.: *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 145; *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції... С. 237.

мою… невидимої Єдності» нації, без якої й національне право не набуває остаточних і зримих форм, яка задає необхідні географічні та суспільні межі для творення індивідуального. З'являється навіть категоричне твердження, що ставить під сумнів низку більш ранніх постулатів ученого: «Створення держави — це вид творення права, навіть вищий ступінь творення права взагалі»[2181]. Так само важливим моментом, який зближує ідеї, викладені у цій праці Савіньї, з філософською школою Канта, Тибо, Фейєрбаха, Гегеля, є наголос на тому, що саме в державі нація «набуває здатності діяти». Більше того, він став стверджувати, що законодавець концентрує в собі дух нації, і виступав за розвиток законодавства для модернізації права[2182].

Отже, з традиції акцент зміщується на волю, а ідеї національного та державного права таким чином міцніше поєднуються. Національне право Савіньї остаточно перестало бути розпливчастим компонентом національної культури (слідом за Гердером і Гете), а здобуває більш виразне окреме, загальносуспільне і позитивне існування[2183]. З такими позиціями корелює й укладення ним у 1845 р. проекту загальнонімецького кримінального уложення, а також суттєвий вплив на створення проекту вексельного уложення[2184]. Загалом можна стверджувати, що Савіньї у 1840-х роках представив оновлене бачення соціального права, засноване на поєднанні та розвитку ідей Гуго та Канта. При цьому дуже вірогідна й рецепція ним окремих важливих ідей Гегеля або Ф.Ю. Сталя[2185]. Але, на нашу думку, запропоноване ним учення щодо

[2181] *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 286–287.

[2182] Там само. С. 287, 296–298. Останнє твердження можна розглядати як припущення можливості третього, законодавчого періоду в розвитку права (після народного та академічного). Ми не можемо погодитися з думкою, висловленою з цього приводу видатним українським ученим Є.В. Спекторським: «Таке розуміння, очевидно, повністю жертвувало етичною та соціологічною природою юридичних норм заради їх політичної природи». Див.: *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 415. Беручи до уваги ідеї Руссо, Канта та інших мислителів, вважаємо, що концепція соціальної волі, відтворена в аналізованій праці Савіньї, є як соціальною, так і політичною, і не бачимо тут жодної суперечності. Щодо визначення законодавчого права у Савіньї як соціального див., зокрема, праці Ф.В. Тарановського, А. Рахматьяна, Р. Берковіца: *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права... С. 308; *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… С. 10–13; *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… С. 112, 115–116, 136.

[2183] З цього приводу див. також думку У. Евальда: «Значна частина його (Савіньї. – *О.К.*) значення полягає в тому, що він бачив, свідомо чи несвідомо, як філософія права Канта може бути використана для вирішення проблем, з якими він зіткнувся, намагаючись імпортувати спосіб мислення Гердера в право». При цьому дослідник наголошує саме на використанні, а не відтворенні ідей Канта та Гердера. *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. С. 2036–2037, 2043. Див. також: *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 147–148.

[2184] *Кёниг И.* Савиньи и его отношение к современной юриспруденции… С. 359.

[2185] Книгу Ф.Ю. Сталя «Філософія права в історичній перспективі» 1830 р. проаналізував Дж. Товс. Він же припустив, що саме ідеї Сталя щодо незавершеності картини світу «істориків», відсутності у ній бачення підстав нормативної сили права, стали підставою для Савіньї ревізувати свої ідеї. Важливо також, що у 1840 р. Сталь став професором

соціальних феноменів є послідовнішим, ніж гегелівське: соціальне окреме у нього поєднується з державою, а не поглинається нею.

Паризький професор Е. Лермінье у «Філософії права» (1831 р.) визнав політику чинником творення національного позитивного права, який у конкретних умовах може виявитися вирішальним і посунути вбік історичний і філософський елементи процесу його розвитку. Держава стала для нього мірилом цінності чи принаймні корелятом правових ідей, адже є «сферою прикладення зусиль людського розуму для вирішення власної долі»[2186].

12 березня 1831 р. ордонансом короля Луї-Філіппа № 1419 було засновано кафедру загальної та філософської історії порівняльних законодавств у Колеж де Франс, а «адвоката та доктора права» Е. Лермінье затверджено її завідувачем[2187]. Це перша відома порівняльно-правова кафедра у Франції. До цього зарубіжне право (окрім римського) у французьких вищих навчальних закладах не викладалося. Наприклад, у 1819 р. на юридичному факультеті Паризького університету викладалися: політична економія, філософська історія римського права, французьке право, позитивне право та адміністративне право[2188]. Безумовно, сама по собі назва кафедри свідчила про визнання національного позитивного права основною одиницею правового розвитку. Немає підстав сумніватися в тому, що назву кафедри запропонував сав Лермінье.

Ідеї про позитивний і національний характер права, націю як суб'єкт правового розвитку дістали відображення і в номенклатурі навчальних дисциплін німецьких університетів. Так, наші дослідження[2189] демонструють, що у всіх університетах німецьких держав на юридичних факультетах у першій третині XIX ст. було запроваджено викладання загальних і галузевих курсів із загальнонімецького права (незважаючи на існування автономних правових систем у кожній німецькій державі), побудованих на порівняльно-правовій основі.

Зокрема, у всіх університетах німецьких держав у 1820-х роках викладався курс німецького приватного права, у переважній більшості — курс історії німецької держави і права (у Галлє, Гейдельберзі, Ієні, Ростоку, Фрейбурзі, Гессені, Берліні, Бонні, Бреслау та ін.). Поширеними були також курси з німецького державного (Кенігсберг, Фрейбург, Галлє, Марбург, Берлін, Бонн, Росток, Тюбінген, Гейдельберг, Вюрцбург)

Берлінського університету. Див.: *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 163–167.

[2186] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803-1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie... P. 51.

[2187] *Ordonnance* du Roi qui crée au collége de France une chaire d'histoire générale et philosophique des législations comparées… P. 331.

[2188] *Audren F., Navet G.* Note sur la carrière d'Eugène Lerminier au Collège de France (1831–1849)… P. 59.

[2189] Див. зокрема: *Кресін О.В.* Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст… С. 136–153.

і конституційного (Геттінген), ленного (Тюбінген, Фрейбург, Ландсгут, Лейпціг, Бонн, Ерланген, Ієнна, Геттінген), кримінального (Галлє, Тюбінген, Гессен, Берлін, Бонн, Ерланген, Ієнна), цивільно-процесуального (Тюбінген, Вюрцбург, Бонн), кримінально-процесуального (Тюбінген, Ладсгут, Ерланген, Гейдельберг) права. Трапляються курси з німецького публічного (Тюбінген, Гессен), земельного (Геттінген, Кенігсберг), торгового і валютного (Тюбінген), сімейного (Лейпціг), заставного (Лейпціг, Тюбінген) права. У деяких університетах з'явилися узагальнюючі курси з позитивного права німецьких держав (Бреслау, Марбург), а також німецького звичаєвого права (Росток)[2190].

Натомість інша порівняльно-правова дисципліна, присутня (з певними відмінностями в назві) у програмах всіх юридичних факультетів, очевидно, не мала такого інтегративного характеру. Йдеться про курс чинного в німецьких державах католицького та протестантського церковного права. Але цілком очевидно, що це — лише інший спосіб об'єктивації ідеї національного права як єдиного і одиниці правового розвитку, що передбачає не уніфікацію, а плюралістичну єдність, яка відокремлюється від інших.

Слід принаймні побіжно вказати й на те, що знання догматики чинного права німецьких держав було узагальнено й трансформовано в систему знань і дисципліну «енциклопедія (чинного) права», яка стала також «яслами» для нових юридичних наукових дисциплін у процесі поступової диференціації правознавства[2191].

Отже, концепт національного права, запропонований у першій третині XIX ст. німецькими мислителями, втілився у цілому комплексі порівняльно-правових інтегративних юридичних дисциплін, які зробили його наочним і всеохопним.

Іншим виявом вчення про національне право як одиницю правового розвитку та сутність загального у ньому є проблематика наукових жур-

---

[2190] Наш аналіз щодо навчальних програм (а також частково щодо використовуваних посібників та ін.) тут і далі заснований насамперед на загальних зведеннях даних (*Zusammenstellung* der Verzeichnisse der Juristischen Vorlesungen auf sämmtlichen deutschen Universitäten im Winterhalbjahr 1825/1826…; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf sämmtlichen deutschen Universitäten im Sommerhalb jahr 1826…; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827 / 28…; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1828–1829…; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1829/30…; *Zusammenstellung* der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1831–1832… та ін.) і програмах окремих університетів (див. зокрема: *Ordnung* der Vorlesungen an der Koniglichen Universitat zu Wurzburg fur das Sommer-Semester 1818…; *Ankundigung* der Vorlesungen, welche im Winterhalbeniahre 1820–1821 auf der Grossherzoglich–Badischen Albert-Ludwigus Universitat zu Freiburg im Breisgau gehalten werden… та ін.).

[2191] Докладніше див.: *Кресін О.В.* Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст… С. 136–153.

налів, що виявляється вже в самих їх назвах[2192]. Зокрема, у 1714 р. видавався журнал «Der Raisonnierende Juriste, welcher seine raisonnements aus denen Regeln der Klugheit und dem vernünfftigen Rechte, wie auch denen römischen und teutschen Antiquitäten über die Stücke der Rechtsgelehrsamkeit ergehen lässet» («Раціональний юрист…»), назва якого засвідчує, що він присвячений, зокрема, римському і німецькому праву, у 1725 р. — «Der patriotische Juriste welcher seine vernünfftige Gedancken uber einige Lehr-Sätze aus den Jure naturali, gentium, publico, civili canonico et feudali eröffnet» («Патріотичний юрист…»), у 1745–1747 рр. — «Neue Sammlung von Staats-Schriften zur Erläuterung der neuesten Welt- und teutschen Reichs-Geschichten, nach Ableben Kayser Carl des Siebenden» («Нова колекція…»), присвячений світовій та німецькій історії права, у 1750–1758 рр. — «Unpartheyische Critik über juristische Schriften inn- und ausserhalb Deutschland» («Безстороння критика…»), присвячений німецькій та зарубіжній юридичній літературі, у 1775–1777 рр. — «Sammlung der neuesten Merkwürdigkeiten welche in das deutsche sowohl allgemeine als besondere Staatsrecht einschlagen» («Колекція нових цікавих праць…»), присвячений німецькому загальному і партикулярному державному праву.

Але особливий поштовх цьому дала Французька революція, що, знов-таки, простежується за назвами журналів, безпосередньо присвячених французькому праву: у 1789 р. — «Beyträge zum neuesten französischen Staatsrechte bey Gelegenheit der allgemeinen Reichsversammlung» («Огляд найновішого французького державного права з огляду на спільну правову спадщину», у 1808–1813 рр. — «Хроніки законодавства Наполеона» («Annalen der Gesetzgebung Napoleons»), у 1808–1809 рр. — «Архів кодексу Наполеона» («Archiv für den Code Napoléon»; інша назва — «Materialien zur Geschichte, Literatur, Beurtheilung, Erklärung und Anwendung des Code Napoléon, hauptsächlich zum Gebrauch der praktischen Rechtsgelehrten in Deutschland»), у 1812 р. — «Magazin für das Civil- und Criminal-Recht des Kayserreichs Frankreich» («Журнал цивільного і кримінального права Франції»). Низку журналів було присвячено розгляду німецького права як цілого, паралельно чи у порівнянні із зарубіжними правовими системами (це нами розглянуто окремо).

8.2. Органічна теорія національного права

Гердер у своїй праці «Ще одна філософія історії» 1774 р. запропонував нову філософію нації, яка домінує, з одного боку, над людиною, надаючи їй мову, культуру, цінності та національний дух, а з іншого — саме сума розвитку націй визначає загальний розвиток цілого людства,

[2192] Ми проаналізували зведені таблиці німецьких юридичних журналів 1703–1830 рр. Див.: *Digitalisierungsprojekt* «Juristische Zeitschriften 1703–1830»…

нації є провідниками Божої волі[2193]. У цій філософії нації (Гердер назвав її націоналізмом) одночасно як традиції та природного організму її єдність і функціонування не залежали від власної державності[2194]. У праці «Дослідження про походження мови», виданій у тому ж році, як відзначає В.М. Нічик, він висловив ідею про єдність мови і мислення народу[2195]. У своїй впливовій праці «Ідеї до філософії історії людства» (1784–1791 рр.) він вказував на органічний розвиток націй як природних систем і соціально-психологічних єдностей, а також на рівність народів у своїй індивідуальності та неспівставності з іншими[2196]. Гердер відкинув ідею єдності природи та її універсальних закономірностей[2197].

Е. Берк у праці «Роздуми про революцію у Франції» (1790 р.) зазначав, що суспільство як громадянське суспільство і нація як така, що передбачає звичаєву політичну конституцію, частково знімаються в ідеї національної держави. Держава виступає як хранитель ідеалів та інтересів громадянського суспільства і нації, їх інституційним втіленням, і бачиться мислителем як щось священне, суспільний договір не людей, а минулих, сучасного і майбутніх поколінь, і саме таким є національно-державне право. Сутність політичного та правового розвитку задає саме національне суспільство, його вплив на державу і право є визначальним, а не навпаки. З цього випливають, з одного боку, історичність і сталість національних суспільств, а з іншого — поступовість та еволюційність розвитку права, збереження ним національних форми та змісту: «Законодавці … розуміли, що повинні мати справу з людьми і тому зобов'язані вивчати людську природу. Їх взаємовідносини з громадянами вимагали знання тих звичаїв, що створюються в суспільстві під впливом життєвих обставин», — зазначав Берк. Більше того, існування національних держав виступає у праці Берка як Божа воля[2198].

Й.Г. Фіхте у «Листах до німецької нації» (1806 р.) проголосив націю провідником Божої волі, неминущою природною і духовною спільністю[2199]. На відміну від Канта Фіхте не вважав, що створена волею національного суспільства держава здобуває до певної міри суверенний щодо нього статус. У його баченні держава постійно залишається слугою

[2193] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2006, 2009; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 403. Див. також: *Хобсбаум Э.* Нации и национализм после 1780 года. Санкт-Петербург: Алетейя, 1998. С. 122.

[2194] *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 405.

[2195] *Нічик В.М.* Києво-Могилянська академія і німецька культура… С. 164.

[2196] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 140, 440–442, 466, 543–544. Див. також: *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 39.

[2197] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 9, 10.

[2198] *Берк Э.* Размышления о революции во Франции... Див. також: *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 371–372.

[2199] *Фіхте Й.Г.* Що таке народ у вищому розумінні цього слова і що таке любов до Батьківщини… С. 48–49; *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики… С. 69–71; *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 75–80; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 408–410.

нації[2200]. У своїх працях він стверджував: «Народ і батьківщина… вище, ніж держава у звичайному сенсі слова, вище за суспільний порядок…»[2201]. Як зазначав Г.Д. Гурвич, ця ідея Фіхте означала неможливість редукувати соціальне до державного: «Правовий порядок «суспільства» є безкінечно багатшим, ніж правовий порядок держави, як за духовним змістом, так і за його спонтанною життєвою силою»[2202].

Цю ідею розвинув учень Фіхте К.Х.Ф. Краузе, який у праці «Прообраз людства» (1811 р.) сформулював типологію суспільних груп у межах «комплексного суспільства» і проголосив право спонтанним витвором кожної із цих груп, які об'єднує служіння певному ідеалу, через що весь цей правовий масив може бути узгоджений на рівні всього суспільства і держави як загальносуспільного інституту. Сама ж держава створити право безсила і лише визнає чинність суспільного права[2203].

Одним з проявів романтизму та націоналізму в ученнях про суспільство, на появу якого суттєво вплинула Велика Французька революція, став історицизм. Ф. Мейнеке зазначав, що поява історицизму як виду історичної свідомості стала одним з визначальних моментів західної інтелектуальної традиції, адже згідно з ним суспільство і культура не мають позачасової сутності, а набувають цю сутність у процесі свого розвитку, мають розумітися в рамках своєї історії. Теоретики історицизму стверджували, що історичний процес формується індивідуальностями з їх унікальними принципами, а такими можуть бути визнані й такі високорганізовані феномени, як нації та держави. Відповідно, історицистська перспектива була насамперед індивідуалізуючою, а не узагальнюючою[2204].

Французька революція чітко й наочно відокремила минуле від сучасності, грандіозні політичні зміни та реалії нового державотворення вимагали від інтелектуалів з колишньої Священної Римської Імперії Германської Нації нового конструювання і привласнення історії — й остання мала стати національною і державною за формою та націоналістичною за сутністю, з великим скепсисом щодо універсалістських побудов і узагальнень.

При цьому щодо змісту німецького права виникла гостра дискусія: рецепція принципів французького права з метою подолання феодалізму (в тому числі фрагментованого права — питання, що поєднує в даному випадку форму і зміст) чи виліплення з наявних фрагментів свого особливого, національного за характером права.

[2200] *Жоль К.К.* Философия и социология права… С. 292–293.
[2201] Цит. за: *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 410. Див. також: *Андрущенко В.* Історія соціальної філософії (західноєвропейський контекст). Київ: Тандем, 2000. С. 250.
[2202] *Гурвич Г.Д.* Социология права… С. 626.
[2203] Там же. С. 626–627.
[2204] *Bos J.* Nineteenth-Century Historicism and Its Predecessors… P. 132.

Зазначимо, є ілюзією, що ідея національного за своєю суттю, а не лише за формою, права є більш архаїчною. Навпаки, це інструмент долання феодалізму і заміни характерних для нього суспільних зв'язків іншими, загальнодержавними чи загальнонародними. А французька революційна ідея лише замінила загальність римського, канонічного, торгового, феодального права та доктрин природного права на нове загальне, апріорне і денаціоналізоване право. Національним (у розумінні: загальнодержавним у одній конкретній державі) воно стало вимушено — через поразку Франції, закріплену Віденським договором.

Як зазначав Д. Келлі, основні школи німецької правової науки за своєю суттю були післяреволюційними феноменами і могли бути або про-революційними, або антиреволюційними[2205]. Савіньї в середині XIX ст. вказував, що призначенням історичної школи було зупинити поширення ідеї права Французької революції, в основі якої був спекулятивний і денаціоналізований раціоналізм природного права[2206].

У німецьких державах виявилися суттєві особливості розвитку концепту соціального права в контексті Французької революції та наполеонівських воєн. Неможливість досягнення реальної, а згодом і формальної політичної єдності, а також виклик революції у Франції, яка у свідомості німців виступала як постійний суперник, конкурент, а відповідно невід'ємна негативна частина німецької ідентичності, вимагали формулювання власної відповіді, своєї стратегії розвитку суспільства, держави, права.

Сутність німецьких учень про національне право кінця XVIII — початку XIX ст. не була унікальною, ідеї органічного та вольового розвитку права можна умовно назвати, наприклад, моделями Монтеск'є і Руссо. Так само не були виключно німецьким винаходом або нововведенням епохи Романтизму ідеї щодо нації, національного характеру, колективного ірраціонального тощо. Але саме в німецьких державах через особливу роль ученого-юриста (а не як, наприклад, у Франції, законодавця і реформатора) у створенні концепту і простору національного права вчення про нього набуло особливого розвитку, наслідком чого, власне, і було народження сучасної юридичної науки. Одним із перших принципових критиків правової програми Французької революції у Німеччині став Ф. фон Гентц, який у 1793 р. переклав німецькою «Думки про революцію у Франції» Е. Берка з доданням власних праць схожого змісту[2207].

[2205] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції... С. 232.

[2206] *фон Савиньи Ф.К.* Обязательственное право / Пер. и предисл. В. Фукса, Н. Мандро. Москва: Типография А.В. Кудрявцевой, 1876. С. XXXI. На це ж вказували Ф. Віакер, О.В. Тимошина. Цит. за: *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 156.

[2207] *Klenner H.* Savigny's Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin… P. 74.

Т. Чацький у праці «Про литовські й польські права та їх дух, джерела, зв'язок…» (1800, у двох томах) проголосив цінність збереження національного права, що має з часом переходити із звичаєво-правової форми у законодавство: «заслуга із збереження, обміркування або встановлення прав є плодом вищого осяяння і глибокого розуму»[2208].

У одній з своїх перших праць, «Народній релігії та християнстві» (1792–1795 рр.) Гегель послідовно формулює тезу щодо національності релігії. Вона розглядається насамперед з точки зору суспільної ідеології, відповідає конкретній нації. Народ тут проголошується моральнісним цілим, колективним індивідом, що знімає в собі мораль окремої людини; саме народ є основним суб'єктом державного і правового життя[2209].

У праці 1802 р. «Про наукові способи дослідження природного права, його місце у практичній філософії та його стосунок до науки про позитивне право» Гегель вказував, що суспільство «у позитивному аспекті» дорівнює народу як «абсолютній моральнісній цілісності» та колективному індивіду[2210]. Ці думки було розвинуто ним у роботі «Система моральності» того ж періоду його творчості. У ній народ визначається як органічна тотальність, містилище моральності, що знімає в собі інтереси особи[2211].

А.Ф.Ю. Тибо у праці «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» (1814 р.) зазначав, що однією з цілей кодифікації є звільнення права від запозичених елементів (римського та канонічного права), які не відповідають потребам та духу німецької нації[2212]. Право для Тибо, як уже зазначалося, має зворотній вплив на суспільство: «Вже сама Єдність (кодексу для всієї Німеччини. — *О.К.*) була б безцінною. … Адже однакові закони породжують однакові моральність і звичаї, і ця однаковість завжди справляла чарівний вплив на любов і відданість народу»[2213].

Савіньї в його передмові до «Журналу історичного правознавства» у 1815 р. писав, що раціоналізм «ігнорує життя та самостійний розвиток цілого», що виразно вказувало на органіцизм і соціологізм ідей цього мислителя, що набув форми вчення про національне право[2214]. Тому він

[2208] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym. T. II… S. 290.
[2209] *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля… С. 8–9.
[2210] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве... С. 274–275, 222, 228, 229, 251, 254, 269, 270.
[2211] *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля... С. 22.
[2212] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 105, 106. Див. також: *Reimann M.* The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code… P. 97.
[2213] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 113.
[2214] Цит. виклад цієї праці у: *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 310.

проголошував раціоналістські вчення неісторичними і протиставляв їм історичний підхід[2215].

Це дало підстави Ф.В. Тарановському зробити висновок про те, що вчення Савіньї та історична школа права загалом на перший план «висунула національність, як середовище і чинник утворення суспільних форм»[2216], а Г. Канторовичу і Е. Трельчу — визначити історичну школу як романтичну[2217]. Можемо повною мірою погодитися з М.І. Карєєвим, Ю.С. Гамбаровим, І.І. Царьковим, І.Л. Честновим, О.В. Тимошиною і А.М. Михайловим у тому, що базовим суб'єктом соціального і правового розвитку для історичної школи, і зокрема для Савіньї, стала нація[2218]. А.М. Михайлов, зокрема, стверджує: «В уявленнях історичної школи граничним, що далі аналітично не розкладається без втрати есенційних якостей, суб'єктом права є нація, народність, єдність якої конституює унікальний дух»[2219].

[2215] Зважаючи на те, що термін «історичний» (підхід) принципово змінив своє значення у XIX ст., зазначимо, що у розумінні Савіньї, як і більш давніх мислителів, він пов'язувався з емпіричним пізнанням національного позитивного права–на противагу апріорному конструюванню філософського, природного права.

[2216] *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 311. Очевидно, такі ж міркування дали підтстави Є.В. Спекторському стверджувати щодо вчення Савіньї: «Його філософія–виключно соціальна». Див.: *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 411.

[2217] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс... М.Є. Асламов також звертає увагу на інтенсивні особисті зв'язки Савіньї з гейдельберзькою романтичною школою філософії та романтичну проблематику в його працях (очевидно змішуючи позиції мислителя у 1810-х та 1840-х рр.). Див.: Там само. А Л. Кутнер однозначно зазначав: «вся перспектива історичної юриспруденції була частиною романтичного руху». Див.: *Kutner L.* Legal Philosophers: Savigny: German Lawgiver... P. 284. Водночас, зважаючи на викладені думки самого Савіньї та аргументовані позиції низки вчених, ми не можемо погодитися з А. Рахматьяном, який висловлює досить поширену думку, побудовану на аналізі «Покликання…» у відриві від інших праць Савіньї того ж періоду: «для нього «народ» не обов'язково є дійсними окремими нацією або суспільством, але ідеалістичним культурним концептом, ідеалізованою інтелектуальною та культурною спільнотою, пов'язаною спільною освітою, а також літературою, в розумінні, дуже близькому до Гердера і Гете». Див.: *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… C. 9.

[2218] «Абстрактному індивідууму просвітницької філософії, «людині взагалі», історична школа протиставила уявлення про суб'єкта виключно як про члена ієрархічно організованих соціальних союзів. Історична школа виходила, таким чином, з припущення про пріоритетне існування цілого, структурні елементи якого здатні існувати лише у відношенні до системи, членами якої вони слугують». Див.: *Тимошина Е.В.* Историческая школа права // Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В. История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 315–316. Див. також: *Честнов И.Л.* Критерии современности правопонимания // Философия права в России: история и современность. Материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2009. С. 260–261. Цит. за: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 65. «Індивід «вплетений» в соціальну практику свого народу, що передує його індивідуальному досвіду, й змінити її за власною волею він не може». *Царьков И.И.* Развитие правопонимания в европейской традиции права… С. 262.

[2219] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 65.

У праці 1814 р. Савіньї акцентував на національній традиції, фактично вказував на повне розчинення права в культурі й неприродність його самостійного існування. Тому право змінюється дуже повільно й еволюційно, разом із зміною суспільства, що поступово трансформує свою традицію: «відкинення Даного, строго кажучи, взагалі неможливе — воно неминуче панує над нами, і ми можемо лише помилятися щодо нього, але не можемо його змінити»[2220]. Це виключало волю і робило основним джерелом права звичай[2221].

Крім того, Савіньї запозичив у Гуго поділ історії національного права на, так би мовити, народну та академічну епохи. Національне право в його баченні й надалі може залишатися недержавним, а єдність нації може підкріплюватися юридичною наукою: шляхом порівняльного осягнення німецького права пропонується «зробити цивільне право спільною справою нації та досягнути тим самим нового зміцнення її єдності»[2222].

У 1814 р. Савіньї безпосередньо закликав до запровадження в університетах курсів із загальнонімецького права на порівняльній основі: «По-перше, тому, що більшу частину прав земель можна зрозуміти лише шляхом порівняння й зведення їх до давніх національних коренів; по-друге, тому, що вже все історичне окремих німецьких земель викликає природний інтерес усієї нації». Він наголошував на особливій ролі університетської освіти і науки у становленні національного права: «Прагнення до наукового обгрунтування не належить до національних потреб французів, зате належить до наших, і не можна нехтувати настільки вкоріненою потребою»[2223].

Як зазначав щодо цього О. Бео, «університети є, отже, політичним ерзацем, так само як і римське право — юридичним ерзацем для

[2220] *фон Савиньи Ф.К.* О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции»… С. 211. Див. також: *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 285; *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 853; *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 412; *Rodes R.E.* On the Historical school of jurisprudence… P. 169–170. Див. також: «слово «нація» у Німеччині означало культурну спільноту, в той час як у Франції воно означало територіальну одиницю, що є не лише лінгвістичною й культурною, але й політичною та правовою спільнотою, параметри якої задаються державою». *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière... P. 13.

[2221] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 131–132, 134. Див. також: *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 282, 284. Щодо сучасного періоду Савіньї вважав формою фіксації звичаю судову практику. Див.: Там само. С. 193–194. Див. також: *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science... P. 578.

[2222] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 202. Див. також: *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière... P. 14–15, 26.

[2223] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 201, 202, 207.

німецької нації»[2224]. Отже, право, що створюється юристами-практиками і юристами-вченими, здобуває певну автономію від суспільного / національного життя, навіть якщо воно не-державне. Достатньо категоричною є думка М.Є. Асламова: «Савіньї, по суті, заперечує наявність у держави правотворчих функцій, точніше, відособлює законодавство і право; в цьому випадку політична і правова історія виявляються цілковито незалежними одна від одної сферами»[2225]. Можна погодитися з тим, що Савіньї послідовно розмежовує законодавство і право як поняття, але думка щодо усунення держави від правотворчої функції не знаходить свого підтвердження. Законодавство як явище Савіньї не заперечувалося, але сутнісно воно сприймалося скоріше не як самостійне джерело права, а як простий запис звичаєвого права, хоча й «із змінами та поліпшеннями, які можуть бути необхідні з політичних причин»[2226].

Важливу в плані розуміння зв'язку органіцизму з соціологізмом у Савіньї посилку він дав ще у 1803 р.: «Характеристичне право народу не може більше бути зведене до стабільної концепції, як мова, адже його сутнісна природа полягає скоріше в постійному зростанні та розвитку»[2227]. Органіцизм і соціологізм Савіньї, на відміну від механіцизму і соціальної фізики юснатуралістів, об'єктивно перетворювали саме націю як організм на цілісну систему, основний елемент світового розвитку[2228].

І.Б. Раковецький у працях «Про цивільний стан давніх слов'ян» 1820 р. та «Правда Руська або права великого князя Ярослава Володимировича» 1820–1822 рр. вказував на те, що суб'єктом правового розвитку є народ, а право є частиною його культури і виражає його характер, національний дух — у їх розвитку[2229]. При цьому право створює зворотній вплив на суспільні зв'язки і також виступає націєтворчим чинником[2230].

[2224] *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière... S. 31. Див. також: *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 147.

[2225] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…

[2226] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 136. Див. також: *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 424; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 15–16.

[2227] Цит. за: *Ziolkowski T.* German Romanticism and Its Institutions… P. 84.

[2228] Про це див. напр.: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 50–54; *Михайлов А.М.* Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права… С. 155; *Тимошина Е.В.* «Органицизм» как методологическая ориентация консервативной правовой философии // Право и политика. 2000. № 10.

[2229] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 2–3, 15; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. I, VIII, 81–82, 139, 198, 227–228, 242–243, 245, 253; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 315.

[2230] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 156.

Н.Н. Фальк в «Юридичній енциклопедії» писав про «народ» як про вираз спільності походження людей, об'єднаних у громадянське суспільство чи державу, але наділяв водночас окремими характеристиками («розумність та характер народу»), вказував, що «кожна система права відповідає курсу розвитку народу, до якого вона належить»[2231]. На його думку, право може змінюватися органічно разом з розвитком народу навіть без втручання законодавця[2232].

У праці «Основи філософії права, або Природне право і державознавство» Гегель проголосив державу і державне (воно ж — національне) право «універсумом моральності», «моральною субстанцією», автономною правовою тотальністю, органічними та історичними, окремим у праві (що значною мірою знімає в собі окремішність та індивідуальність людини, волю суспільства), заснованим на волі та моральності конкретного суспільства, безумовною цінністю: «Оскільки дух дійсний лише як те, чим він себе знає, і держава як дух народу — це водночас закон, який проникає у всі її відносини, звичаї й свідомість індивідів, то державний устрій певного народу залежить від характеру й розвиненості його самосвідомості взагалі; в цьому полягає його суб'єктивна свобода, а отже, й дійсність державного устрою. Намір дати народові *a priori* хай навіть певною мірою розумний за своїм змістом державний устрій не враховує саме того моменту, завдяки якому він щось більше, ніж породження думки. Тому кожен народ має той державний устрій, який йому відповідає й пасує… Державний устрій — це не щось створене: він становить працю багатьох століть, ідею й свідомість розумного тією мірою, якою вона розвинута в даному народі… Народ має відчувати, що його державний устрій відповідає його праву і його стану, інакше він може, звичайно, бути зовні наявним, але не матиме ні значення, ні вартості»[2233].

У «Енциклопедії філософських наук» Гегель стверджував, що позитивний політичний і правовий розвиток об'єктивується лише у формі

[2231] *Falck N.* The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances... P. 181–182, 204, 207.

[2232] Ibid. P. 183, 191–195; *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение... С. 196.

[2233] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство... С. 243, 14, 19, 24, 47–49, 172, 186, 187, 189, 212, 216–218, 224–225, 237, 281–283, 286–291, 298. Пор.: «Якщо, як це видно з результатів гегелівського дослідження, особа, сім'я, суспільство абстрактніші за державу, то ясно, що Гегелем «конкретизуються» не вони, а саме державне начало. Гегель так спрямовує рух поняття, щоб в якості конкретної реальності постало не одиничне, яке випадкове та скінченне, а загальне–істина одиничного. Цим загальним у гегелівській філософії права є конкретна держава–царство реалізованої свободи і права»; «Найбільш конкретним правом є держава. Вона є тією дійсністю свободи, в рамках і контексті якої інші, більш абстрактні права та свободи досягають своєї мети і розумного задоволення. Гегелівська держава як моральнісне ціле не лише має абсолютне право щодо моментів, які її складають, але й сама є правом в його розвиненій цілісності; вона, відповідно, є правовою державою–не як побажання чи ідеал, а як ідея, дійсність». *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля... С. 46, 53. Див. також с. 54, 59, 61–66, 70–72.

окремих національних держав та їх національного права, що виступають як індивідууми і окремі в праві, «живі тотальності», «органічні тотальності», «народні індивідууми», «конкретні»[2234]. Але національні держава і право є не лише формою, а й єдністю форми і змісту («субстанції»), яким є моральність і дух; народ без держави фактично не має окремого розвитку, не виступає як окреме в праві, а окрема особа взагалі не є суб'єктом історії[2235].

У «Лекціях з філософії історії» Гегель проголосив народи (з їх «духами народів», але без акценту на етнічності) колективними індивідуумами і основними суб'єктами історичного процесу. Кожний з них розглядається як організм, має власну історію, згадується «правова система народу». Водночас у цій праці народ і держава безпосередньо пов'язуються: «у всесвітній історії ми маємо справу з такими індивідуумами, які є народами, з такими цілими, які є державами»; «форма, що є повною реалізацією духу в наявному бутті, — держава»; державний устрій народу та його право перебувають у субстанційній єдності з його духом, культурою, релігією, географічними і кліматичними умовами його розвитку; лише держава остаточно перетворює народ на ціле; дух народу стає також духом держави, адже держава — це об'єктивація духу народу; з утворенням народом своєї держави зникають усі суперечності, дух стає собою (що стає вищим ступенем його розвитку і одночасно початком його занепаду чи навіть загибелі)[2236]. Попри те, що існування народів у праці Гегеля видається одвічним, сам він пов'язував створення саме новочасних держав з формуванням націй[2237].

Нація-держава виступає як органічна тотальність, «індивідуальне ціле», «моральнісне ціле», що знімає в собі «приватні інтереси та пристрасті», «тупі відчуття та дикі потяги», «прояви сваволі», дисциплінує людей і об'єднує їх у духовне ціле, створює єдину моральність: «право, моральність, держава і лише вони є позитивною дійсністю та забезпеченням свободи», «держава є наявне, дійсно моральнісне життя», «вся цінність людини, вся її духовна дійсність існує виключно завдяки державі», «суспільство і держава є такими станами, в яких здійснюється свобода»[2238]. Більше того, моральнісна нація-держава є не просто похідною від моралі, свідомості, волі громадян, а й формує останні. Зокрема, через виховання та освіту: індивідуум «засвоює собі це субстанційне буття, таким стає його спосіб мислення, і його здатності розвиваються

[2234] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 355–356, 350–351, 357, 359–365, 368, 371, 373. Див. також: *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля... С. 35–36, 38.
[2235] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 368, 373.
[2236] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 57–59, 68, 70, 77, 90, 93, 96–99, 102, 108, 111, 115, 121–122, 126, 139, 142, 256–258, 262, 265, 303, 353, 383, 426–427, 454.
[2237] Там само. С. 410–411.
[2238] Там само. С. 77, 81, 84, 89–94, 96–99, 101–102, 108, 110, 148, 211, 385, 388, 394, 407, 429, 442, 446–448.

так, щоби він являв собою щось. Адже він знаходить перед собою буття народу як уже готовий, міцний світ, до якого він має доєднатися»[2239].

Г.Ф. Пухта у своїй «Енциклопедії права» 1821 р. зазначав, що народи об'єднують як об'єктивні чинники (мова, спільне походження, тривале спілкування), так і суб'єктивні (взаємна емпатія, патріотизм, спільна правосвідомість). Причому історично не держава встановлює право, а національний правопорядок як продукт волі суспільства визначає державу, держава зберігає постійний зв'язок з національною волею: «Народ і держава пов'язані між собою найтіснішим чином. Національний зв'язок є фундаментом, на якому будується політичний союз; він — душа і життя, що просякає державний організм»[2240]. Більше того, держава виховує громадян, прищеплюючи їм спільний правовий дух, але й її вплив на народ і людину не безмежний[2241]. Стабільна держава є або мононаціональною, або передбачає домінування одного народу над іншими й асиміляцію останніх для досягнення однорідності, розвиток народу і держави нерозривно пов'язаний з певною територією[2242].

Е. Ганс у першому томі «Спадкового права у всесвітньо-історичному розвитку» 1823 р. і у своєму виступі 1822 р. припускав наявність загального і трансцендентного чистого розуму, але лише як творця народів, який не визначає мету та шлях розвитку їх права: «кожний дух народу від чистого розуму одержує свою правоздатність, яка є його принципом», — народи у своїй еволюції протягом історії самі розвивають цей розум, і те, що є розумним, стає багатоманітною дійсністю[2243]. Як наголошував К. Бертані, цей принцип народу не слід прямо ототожнювати з гегелівською ідеєю запрограмованої долі народу, його функціональності у світовій історії. Навпаки, для Ганса кожний народ виступає як самостійний чинник, що формує свій «принцип» протягом своєї історії[2244].

Основною одиницею правового розвитку, окремим, відповідно, є народ, право є продуктом його волі та національного духу, сутності

[2239] Там само. С. 121, 148, 355–356, 384–385, 448–449, 455.
[2240] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 19, 22, 24, 26–27, 57, 62, 84. Див. також: *Дьячек Т.И.* Теория духа народа Георга Фридриха Пухты как синтез учения исторической школы права и философии права Гегеля // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2008. № 73-1. С. 185–186; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения... С. 79–80.
[2241] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 66–67.
[2242] Там само. С. 24–25, 68.
[2243] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 80; *Gans E.* A Society to further Jewish integration (1822) // The Jew in the modern world: A documentary history / Ed. by P. Mendes-Flohr, J. Reinharz. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1995. P. 215. Див. також: *Эмих В.В.* Эдуард Ганс о праве, его происхождении и развитии… С. 317.
[2244] *Bertani C.* Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung (1824–1835) von Eduard Gans Das erste Zeugnis vom Einfluss Hegels auf die Privatrechtsgeschichtsschreibung… S. 118–119.

нації: «Позаяк право, з свого боку, не є абсолютом, і як таке знов привело б до найвищою мірою абстрактного розгляду, позаяк воно передає скоріше лише один момент у цілісності якогось народу, то історія права має оберігати і виявляти постійний живий зв'язок права з історичним принципом народу»[2245]. При цьому Ганс синонімічно вживав поняття національного права і права держави[2246]. К.С. Цахаріа у статті «Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»» 1829 р. вказував на національність будь-якого сучасного права, сформовану як результат дорослішання народів та становлення національної державності[2247].

У 1830 р. польський вчений Р.М. Губе у своїй дисертації «Спадкування за законом у римському, германському та слов'янському праві», захищеній у Варшавському університеті, вказував, що право завжди мало і має суспільний, національний характер (поряд з інтерсуб'єктивним правотворенням). Народ, на його думку, є природним союзом, що виникає шляхом об'єднання сімей та родів, він зростає, дорослішає, занепадає, а згодом зникає; збереження нації та її права є безумовною цінністю[2248]. Народ є органічним цілим, він домінує над особою, і так само національне право домінує над інтерсуб'єктивним і партикулярним[2249]. Але остаточно народ та його право оформляються як результат національного державотворення (переходу від сімейного до громадянського устрою). При цьому право, не втрачаючи своєї національної сутності, суттєво трансформується і справляє зворотний вплив на свого творця — народ, згуртовуючи і розвиваючи його[2250]. Поняття про загальне в праві у праці Губе присутнє — як про загальні епохи правового розвитку. Але вони жодним чином не об'єктивовані як щось ціле, а є іманентними і випливають з органіцистського бачення нації: сімейний устрій як дитинство і юність народу, громадянський устрій — його доросле життя як самодостатньої особистості[2251].

У першому томі "Історії слов'янських законодавств" В.А. Мацеєвський зазначав, що поштовхом до його дослідження стали ідеї та праці Гердера, Шафарика, Е. Ганса, Й.Х. Майєра (автор праць з порівняльної історії права германських народів), І.Б. Раковецького, Блюма, П.Й.А. фон Фейєрбаха («Погляд на німецьке правознавство» у поль-

[2245] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 79–80, 83, 88, 93, 95.
[2246] Там само. С. 77.
[2247] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 198.
[2248] *Губе Р.М.* История древнего наследственного права у славян // Сборник исторических и статистических сведений о России и народах ей единоверных и единоплеменных. Т. 1. Москва: Типография Августа Семена, 1845. С. 61–63, 73, 76–77, 80, 82–83.
[2249] Там само. С. 61–64, 77.
[2250] Там само. С. 64, 92, 100, 104.
[2251] Там само. С. 100, 104.

ському перекладі 1823 р.)[2252]. Задум цієї праці виник у В.А. Мацеєвського ще у 1820 р., але робота над його втіленням зайняла дванадцять років[2253].

Суб'єктом правового розвитку в праці виступає виключно народ, щоправда, у зв'язку з правовою сім'єю, до якої він належить (це буде розглянуто окремо)[2254]. Попри стверджувану Мацеєвським можливість існування національного права до держави, він постійно наголошує на тому, що національна держава та національно-державне право є єдиним можливим шляхом правового розвитку, а законодавча позитивація права — це природна функція («Природним є давати право не лише собі, а й іншим»). Тому історія права, що є породженням духу народу, на думку автора, починається саме з його кодифікації та ухвалення державою; це лише поглиблює його національний характер: без санкції держави право безсиле. Загальне і визнане законодавство в межах цілого народу позитивно впливає на його подальший розвиток, а суди його не просто застосовують, але виявляють у ньому недоліки для подальшого виправлення законодавцем, а також виконують просвітницьку функцію. Саме по собі послідовне використання автором термінів *«prawodawstwo»* та *«ustawodawstwo»* (обидва перекладаємо як законодавство) замість *«prawo»* та визначення національного права як крайового недвозначно вказує на його позитивний, територіальний і державний, а не лише етнічний і звичаєвий характер[2255]. Поєднання позитивності й «народності» права Мацеєвський визначав так: пам'ятники права «не є справою сваволі праводавця, але випливають з правових образів і [рівня розвитку] освіти народу»[2256].

У статті Лермінье «Викладання порівняльних законодавств» 1834 р. наголошувалося, що звичаї є елементом формування права, поряд з ідеями. Тому повністю уніфікувати право неможливо — маючи єдину сутність, воно завжди зберігатиме національні форми: «Нація є єдиним актором, який зберігає ідеї і не довіряє Божому розуму свою долю, й відчуває, що немає єдиного права, адже немає єдиної істини»[2257]. А в «Курсі історії порівняльних законодавств» (1836 р.). стверджувалася історична спадкоємність у розвитку права кожної країни[2258].

Вважаємо за доцільне для уточнення деяких ідей Лермінье також звернутися до однієї з його пізніших праць — статті «Гебраїзм та хрис-

---

[2252] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. VI, 1, 4, 7, 34, 57.
[2253] Ibid. S. III; *Обозрение* русских газет и журналов за первую треть 1858 года // Журнал министерства народного просвещения. 1858. Июль (Ч. 49). С. 23–24.
[2254] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. III, VI та ін.
[2255] Ibid. S. VI, VII, VIII, 6, 36–37, 43.
[2256] Ibid. S. 51.
[2257] *Lerminier E.* De l'enseignement des législations comparées... P. 92.
[2258] *Lerminier E.* Cours d'histoire des législations comparées, professé au Collége de France. Paris: G. Ange et C°, [1836]. P. 220, 264, 267, 464.

тиянство» 1846 р.[2259]. Зовсім не стверджуючи, що аналізована праця всебічно відображає еволюцію його поглядів, відзначимо ідею, яка принципово важлива для розуміння його підходу до пізнання правової дійсності: це виразне ставлення до національних відмінностей у суспільному розвитку, в тому числі в праві, як до безумовної цінності. Національне в праві вчений розглядав як результат формування нації як окремої особистості, якій притаманний особливий національний дух — усвідомлення свого унікального шляху розвитку, а також відмінний спосіб мислення, філософствування, правотворення.

8.3 Питання про своєрідні елементи національного права

Геттінгенські вчені у середині — другій половині XVIII ст. сформулювали ідею саморозвитку національного права, що робило історичний досвід (та історичну традицію) ключовим елементом у його ідентифікації, припускало домінування унікальних елементів у ньому і можливість виокремлення його чистої історичної форми. Як зазначав Д. Келлі, для геттінгенців був характерний постійний пошук індивідуального в німецькій правовій традиції[2260]. У працях та лекціях з енциклопедії права геттінгенців Г.Х. Сенкенберга та Й.С. Пюттера, ієнського викладача Ф.К. фон Мозера ще у першій половині XVIII ст. стверджувалися національні засади права, що походять з свідомості народу[2261].

Пюттер шукав індивідуальне у «місцевому розумі» *(Lokalvernunft),* що пов'язаний з фізичними умовами території і відображається у звичаєвому праві *(Gewohnheitsrecht),* яке не слід кодифікувати[2262]. У своєму «Новому досліді юридичної енциклопедії та методології» (1767 р.) він, посилаючись на Монтеск'є, вказував, що існування індивідуальних елементів у праві народів («автохтонне» або «корінне» право) викликане відмінностями в кліматі, релігії та моралі[2263].

Г. Гуго у «Підручнику природного права як філософії позитивного права» (1789 р.) та пізніших працях стверджував, що позитивне право кожного народу розвивається у зв'язку з його мовою і змінюється саме по собі, як і мова. Юридичний побут визначається зовнішніми умовами, унікальними в кожного народу[2264]. При цьому народ для Гуго не є

[2259] *Lerminier E.* L'hébraïsme et le christianisme // Сайт «Wikisource. La bibliothéque libre». [Електронний ресурс]. Режим доступу: fr.wikisource.org/wiki/L'Hébraïsme_et_le_christianisme

[2260] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції… С. 232.

[2261] *Friedländer A.* Definition and history of juristic encyclopaedia… P. 258–259.

[2262] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції… С. 232.

[2263] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 22, 24, 28, 93, 95.

[2264] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 274; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 43, 45; *Лысенко О.Л.* Густав Гуго… С. 271; *Дерюжинский В.Ф.* Гуго…;

випадковою спільністю, він є природним організмом, пов'язаним не стільки біологічно, скільки духовним спілкуванням минулих, сучасного та майбутніх поколінь, особливою культурною традицією, частиною якої й виступає право[2265]. Немає підстав погоджуватися з П. Новгородцевим, який відзначав, що саме Гуго «вніс у науку ідею самобутнього розвитку права, повагу до звичаєвого права та до історичного минулого»[2266], але роль цього мислителя в розвитку та популяризації відповідної ідеї, звичайно, немає підстав применшувати. Гуго є автором ідеї, підхопленої та розробленої докладніше Савіньї, щодо двох стадій правового розвитку, які можна умовно назвати народною та академічною[2267]. На другій стадії, коли правові знання, правотворення та правореалізація потрапляють до рук професіоналів, право, на думку Гуго, не пориває з народною традицією і не набуває волюнтаристського чи апріорно-філософського характеру, а зберігає органічний зв'язок з попереднім періодом, при цьому технічно вдосконалюючись[2268].

У своїй статті 1812 р. «Чи дійсно закони є єдиними джерелами юридичних істин» Гуго стверджував органічність розвитку національного права: «право, подібно до мови і моральності, розвивається саме собою, без угод чи приписів, просто через те, що так складаються обставини, що інші роблять так, що до усталених вже таким шляхом правил більше підходить це дане, а не якесь інше»[2269]; право історично формується так само як правила гри, «саме собою, не маючи свого джерела ані в чиєму повелінні, ані в угоді, шляхом поступового вирішення в окремих випадках сумнівних питань»[2270]; існування національного права передує життю конкретного індивіда і тому є для нього чимось даним, має насамперед зберігатися і виконуватися, а не довільно змінюватися[2271].

Вказуючи на відмінності вчення пізнішої історичної школи права від концепцій цього вченого, П. Новгородцев наголошував, що у Гуго відсутня ідея впливу національного характеру на право[2272]. Втім така оцін-

Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права… С. 104–105; *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 374.

[2265] *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 376; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 303–304.

[2266] *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 47.

[2267] Найвиразніше — у статті «Закони не є єдиним джерелом правової істини» 1812 р. Про це див.: Там само. С. 43.

[2268] *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 376, 380.

[2269] *Коркунов Н.М.* История философии права. Пособие к лекциям. Изд. 6-е. Санкт-Петербург: Типография М.М. Стасюлевича, 1915. С. 351. Цит. за: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 97.

[2270] *Hugo G.* Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten // Civilistisches Magazin. 1815. B. IV. S. 117—134.

[2271] *Klenner H.* Savigny's Research Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin… P. 70–71.

[2272] *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 47. Див. також: *Дерюжинский В.Ф.* Гуго…

ка викликає сумніви, адже Гуго був послідовником Монтескьє, який визнавав такий вплив і фактично писав про національний дух права, та й сам розглядав право як частину національної культури.

Природа та Божа воля як чинники правового розвитку Гуго хоча й не відкидалися, але їх локалізовано, так би мовити, «націоналізовано» (вони окремі для кожного народу) і зведені до початкових умов для саморозвитку суспільних відносин, культури і моральності, відображенням яких є звичаї та право; саме тому кожні держава і право є водночас історично сформованими, соціально обумовленими і функціонально виправданими (практичний розум)[2273].

Таким чином, унікальні зовнішні обставини розвитку народу — як квазіорганізму — стають передумовами його відокремленості й нетотожності з іншими народами, а сутнісним елементом стає традиція, в тому числі й правова, — як внутрішня духовна комунікація, діахронна і синхронна, інструмент єднання і передання культурних характеристик, досвід народу. Унікальні автохтонні елементи національного права піддаються ідентифікації, і навіть можливе конструювання сучасного національного правопорядку виключно з таких елементів. Якщо для пізнього Канта право, поза питанням про його розумність, є динамічним продуктом одночасно суспільної волі та узгодження окремих людських воль, то для Гуго та історичної школи право є більшою мірою спадкоємним й індивідуальним досвідом народу (який також можна розглядати як ірраціональну чи раціональну волю до збереження цього досвіду). Національне право для Гуго — це насамперед воля конкретного суспільства в конкретний історичний час, а не безумовне слідування традиції.

У «Науці законодавства» Г. Філанджієрі стверджувалося, що природа «відносного добра», як індивідуального елементу в національному праві (поруч з «абсолютним добром»), випливає з різноманітності природи, різності характерів, геніїв, розташування народів, що впливає й на держави; добром є не абстрактні принципи, а рішення, що відповідають стану, потребам і світогляду конкретного народу[2274]. Порівнюючи Спарту і Афіни, Філанджієрі писав: «Кожна [система законодавства] була конкретно адаптована до своєї республіки; і ця відносна відповідність між законами і станом нації, що їх одержує, є відносним добром»[2275]. До чинників, що визначають сутність і необхідність відносного добра, у книзі віднесено: різну «природу влади», «активний принцип при різному урядуванні», «геній та розташування народу», клімат, родючість грунтів, «місцеву ситуацію і розміри країни», релігію, «зрілість народу»[2276].

[2273] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики... С. 274–275; *Дерюжинский В.Ф.* Гуго...; *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права… С. 104–106; *Чичерин Б.Н.* История политических учений. Т. 3… С. 125–127.

[2274] *Filangieri G.* The science of legislation. Vol. I… P. 44–45, 47–50, 73–74.

[2275] Ibid. P. 49.

[2276] Ibid. P. 73–222.

Філанджієрі не скриває, що при визначенні цих чинників він багато у чому спирався на працю Монтескьє.

Він також наполягав, що розум людини, хоча й створено Богом, але він «розвивається та розширюється через комунікацію, і через концентрацію суспільства»[2277], а отже, є значною мірою не загальним божественним і не одиничним у своїй унікальності, а суспільним явищем. Філанджієрі вказував, що принципи права у межах конкретного суспільства / нації розвиваються еволюційно і з плином історії стають дедалі індивідуальнішими, що збільшує їх цінність. І навпаки — законодавство може суттєво впливати на національний характер та розвиток народу загалом — але якщо воно буде цим народом сприйняте[2278].

Гердер у «Ідеях до філософії історії людства» (1784–1791 рр.) вказував на такі джерела самобутності народу, як місце його формування, антропологічні відмінності, спосіб господарювання, мова, національні характер, розум і дух, цінності, що обумовлюють його «неспівставну з іншими досконаліть», виявляються в органічному розвитку та різних устремліннях народів[2279]. Ідеї Гердера суттєво сприяли проникненню до юридичної науки ідей романтизму. Як зазначає К.К. Жоль, «романтики розглядали природу, не протиставляючи її культурі, а скоріше як передкультуру, як можливість культури, як необхідний ступінь у світовому розвитку. Відповідно до цього і минуле вони уявляли не як дещо безповоротно минуле, вмерле, а як джерело життєвих сил сучасності… Романтики — це переконані історики, для яких історизм — найважливіший світоглядний і пізнавальний принцип»[2280].

Як зазначає М. Ріхтер, «Чествування Гердером різноманіття походило з теології, в якій культури ідентифікувалися як явлення священного в історії. Існувала схема розвитку людства згідно з божественним планом, у якій наступні культури імпліцитно несли своїх попередників у собі. «Єгиптяни не могли б існувати без східних народів, греки без єгиптян; римлянин ніс на своїх плечах весь світ. Це є справжній прогрес, спадкоємний розвиток». У цій згаданій праці він розглядає всі народи, мистецтва та науки як такі, що розвиваються у напрямі спільної гуманності»[2281].

Ідею саморозвитку права в межах кожного народу/держави також розвивав Е. Берк у праці «Роздуми про революцію у Франції» (1790 р.). Зародки ідей, в тому числі правових, закладено в націях, їх природі та національному характері, вони поступово розвиваються і здійснюються націями протягом їх історії. Кожна нація є носієм своєї традиції —

[2277] Ibid. P. 2.
[2278] Ibid. P. 12–14, 50, 55–57.
[2279] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 140, 189–190, 440–441, 466, 543.
[2280] *Жоль К.К.* Философия и социология права… С. 315.
[2281] *Richter M.* The comparative study of regimes and societies in the Eighteenth-Century… P. 170.

«спадку предків», досвіду, що визначає її ідентичність: «Поважаючи своїх прабатьків, ви навчитеся поважати себе», «Боротьба кожного індивідууму за те, щоби зберегти посідання того, що він вважає належним собі й що відрізняє його від інших, — властиве людській природі та є захистом від несправедливості й деспотизму. Це природний інстинкт захисту власності та збереженості суспільства». Право є суто національним, виникає і розвивається органічно як невід'ємний бік народного життя, що відображається у звичаєвому праві, а згодом і у законодавстві[2282].

У ранній праці «Народна релігія та християнство» (1792–1795 рр.) Гегель вказував, що релігія народу має відповідати його свідомості та культурі, зазначав, що його індивідуальність визначається його духом та історією[2283]. У праці 1802 р. «Про наукові способи дослідження природного права, його місце у практичній філософії та його відношення до науки про позитивне право» Гегель заперечив можливість змістовної тотожності окремих за їх формальної множинності, адже вони завжди є обумовленими унікальними обставинами: «індивідуальність… не здатна очиститися від диференції та включити себе до абсолютної індиференції»[2284]. Народ розглядався Гегелем як органічне утворення, але визначене насамперед своїм унікальним духом, характером, «генієм»: «найчистіша і найбільш вільна індивідуальність, в якій дух з цілковитою об'єктивністю спостерігає сам себе в своєму образі й повністю, не повертаючись до себе з споглядання, безпосередньо пізнає саме споглядання як самого себе, будучи саме тому абсолютним духом і досконалою моральністю»[2285]. Позитивне право має точно відбивати моральність (її носієм є звичаї, звичаєве право) народу; національне право є реальністю історичною, що розвивається еволюційно, в тому числі поступово переходячи від звичаєвого до переважно законодавчо закріпленого[2286].

У «Конституції Німеччини» Гегель вказував, що розвиток національного права, його модернізація може і має бути результатом самобутнього розвитку відповідної нації. Попри те, що окремі всесвітньо-історичні народи можуть створювати універсальні образи світового духу, але кожний народ самостійно проходить всі етапи розвитку культури і лише потім вступає у всесвітній взаємозв'язок[2287]. Також у «Феноменології духу» Гегель наголосив на історичності національного духу — він «має історію в межах самого себе»[2288].

[2282] *Берк Э.* Размышления о революции во Франции... Див. також: *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 371–372.
[2283] *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля… С. 8–9.
[2284] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве... С. 212, 213, 235.
[2285] Там само. С. 274–275, 222, 228, 229, 251, 254, 269, 270.
[2286] Там само. С. 254–255, 267, 269, 271.
[2287] *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля… С. 18–19.
[2288] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 365.

Й.Г. Фіхте у «Листах до німецької нації» (1806 р.) наголошував на тому, що вираженням природної і духовної спільності нації є національний характер, а також, як ми вже згадували, прагнення до здійснення свого особливого етичного ідеалу[2289].

П.Й.А. Фейєрбах у статті «Спроба кримінально-правового аналізу Корану» (1800 р.) відзначав нерозривний зв'язок позитивного права з умовами життя народу залежно від часу, клімату та його устрою, а також з характерами народів[2290]. У праці 1804 р. «Щодо філософії та емпірії в їх відношенні до позитивної правової науки» він писав про історичність та еволюційність розвитку права[2291]. У «Погляді на німецьке правознавство» 1810 р. Фейєрбах вказував на «дух окремого законодавства» народу[2292]. У статті «Феміда, або внесок до законодавства», опублікованій 1812 р., Фейєрбах наголосив на нерозривному зв'язку права з рівнем розвитку суспільства[2293]. У статті «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство» вчений вказував, що кожне позитивне право має свій дух, відображає стан психічної, моральної і чуттєвої конституції, культури народу, його цінності та історію. Також він наголошував обумовленість змісту права умовами часу і місця (зокрема, клімату) як рамками можливого[2294]. Правові ідеали (в тому числі вчення про природне право) є похідними від духовних основ національного права. Індивідуальна сутність національного правопорядку формується та розвивається історично[2295]. Фейєрбах стверджував необхідність і неуникненність індивідуальності національних правопорядків, нежиттєздатність уніфікаційних схем — знищення індивідуальності окремого веде до зникнення самого окремого[2296].

Т. Чацький у працях «Про литовські й польські права та їх дух, джерела, зв'язок…» (1800 р.) і «Чи римське право було основою литовських і польських прав» (1808 р., опубліковано у 1809 р.) зазначав, що джерелами індивідуальності в національному праві є його дух (у тому числі

[2289] *Фіхте Й.Г.* Що таке народ у вищому розумінні цього слова і що таке любов до Батьківщини… С. 48–49; *Куян І.А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики.. С. 69–71; *Мере Ж.* Принцип суверенітету… С. 75–80; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 408–410.

[2290] *von Feuerbach P.* Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran… S. 164.

[2291] *von Feuerbach P.J.A.* Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft. Landshut: bey Joseph Attenkofer, 1804. S. 42. Цит. за: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 33.

[2292] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльне правознавство… С. 282–286, 288.

[2293] *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 425–426.

[2294] *Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 11–14, 22–23.

[2295] Там само. С. 14, 21, 23.

[2296] Там само. С. 20.

дух урядування), звичаї та особливі усвідомлені потреби, а розвиток права значною мірою ототожнював з розвитком мови народу[2297]. Народ розглядається ним органічно, як такий, що індивідуально проходить стадії свого розвитку[2298]. Право є невід'ємною частиною культури народу (причому не є лише похідним від культури, але перебуває з нею у взаємних зв'язках)[2299]. На його думку, нормальним є виникнення права «у колисці звичаєвості народів» та його поступове самовдосконалення «зі зміною потреб і думок», еволюційний перехід із звичаєвого права у законодавство[2300].

Чацький стверджував, що законодавець має орієнтуватися на звичаї та судову практику, що склалися в народі, але, щоправда, піддав сумніву самобутність останніх, вказував, що вони часто є запозиченими[2301].

Збереження індивідуальності національного права, на думку Чацького, могло бути, серед іншого, пов'язане з цілком практичним конфліктом народних духів — наприклад, несприйняттям поляками і скандинавами принципу необмеженої влади правителя в римському праві, а також іншими практичними причинами — зокрема, складністю і тривалістю вивчення римського права[2302].

На думку вченого, епоха феодалізму (очевидно, до XI–XII ст.) була часом індивідуальних національних правопорядків[2303]. Незважаючи на пізнішу насильницьку рецепцію римського права, індивідуальні елементи в національних правопорядках не зникали, а скандинавські («північні») країни взагалі зберегли чисте національне право, що поступово перейшло із звичаїв у законодавство («писали згідні з духом уряду свого статути»)[2304].

І.Ф. Тимковський у 1808 р. вказував на два види причин відмінностей між народами, що у своєму поєднанні продукують також відмінності у правовому та політичному розвитку: мінливі (ступінь господарського та інтелектуального розвитку) та незмінні сутнісні («істотні», «фізичне та моральне єство»). Ці відмінності, на думку вченого, не може бути

[2297] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. T. I… S. VII–VIII, 7, 51–54; *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 85.

[2298] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. T. I… S. III, VI, 10, 49.

[2299] Ibid. S. VII, 7, 11, 16, 18, 19, 22, 29, 43–45, 49, 51–54, 56; *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym. T. II… S. 292, 293.

[2300] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym. T. II… S. 290.

[2301] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. T. I… S. 11.

[2302] *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 77.

[2303] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. T. I… S. 16.

[2304] Ibid. S. 18–19, 25, 28; *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 121.

подолано шляхом запозичення зарубіжного права[2305]. Серед сутнісних відмінностей Тимковський, зокрема, звертає увагу на особливості традиційної території розселення народу в їх історичному (але не метафізичному) тривалому впливі на його дух і характер, моральність, спосіб мислення і життя, звичаї і обряди, що разом породжує право і організацію держави, відповідні лише цьому народу[2306]. При цьому найбільш суттєво ці відмінності втілюються у кримінальному, державному («органічному») і господарському праві[2307].

К.Й.А. Міттермайєр у «Теорії доказів у кримінальному процесі: загальні позитивні закони та положення французького кримінального законодавства» (1809 р.) писав про дух кожного національного правопорядку, вказував на історичність правопорядків і спадковість у національно-правовому розвитку[2308]. У «Вступі до вивчення історії германських прав» (1812 р.) він вказував на оригінальність німецької нації, що відображається, зокрема, у звичаєвому праві. Творчою засадою творення індивідуального за своїм змістом права є ідеал права (справедливості), унікальний у кожного народу і принципово важливий для розуміння останнього взагалі. Саме індивідуальні елементи визначають характер національного права (характеру германського / німецького права Міттермайєр присвятив окремий розділ своєї праці). Підставою індивідуальних елементів у праві є фізичні умови території, взаємодія людини з природою і з іншими людьми в конкретних природних умовах, що впливають на фізичні особливості, потреби та цілі народу, але все це заломлюється через національний характер та моральність і відображається у праві — як у звичаї, так і в законодавстві. Також значний вплив на розвиток культури і права народу відіграє релігія[2309]. При цьому Міттермайєр безумовно розглядає право як невід'ємний елемент культури[2310].

Міттермайєр припускав можливість відновлення чистоти німецького права через «споглядання» — усвідомлення його германського коріння та узагальнення його індивідуальних елементів («системи германського права»), у тому числі в контексті загальної культури (звичаїв, фольклору та ін.), а згодом — розвитку нового законодавства та його систематизації[2311].

Тибо у праці «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» (1814 р.) запропонував створити єдиний кодекс для всіх німецьких держав на основі давніх німецьких традицій, відображених

[2305] *Тимковский И.* О применении знаний к состоянию и цели государства… С. 19–21.
[2306] Там само. С. 21–22.
[2307] Там само. С. 22.
[2308] *Mittermaier C.J.A.* Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse… S. 13–14, 16–17.
[2309] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 3, 5–6, 10, 12–14, 20, 57, 59–62, 67–75, 77–78.
[2310] Ibid. S. 60–61.
[2311] Ibid. S. 65–66, 78.

у звичаєвому праві[2312]. При цьому він вказував на єдиний національні дух і характер права, його вмонтованість у культуру, на те, що право є одним з чинників, покликаних не розділяти, а об'єднувати націю, засуджував інонаціональні запозичення як невідповідні німецькій культурі, національному духові чи застарілі[2313]. Водночас він закликав відмовитися від консервування будь-якої традиції вже через її давність («за такою патріархальною правовою мудрістю здебільшого скривається Недобросовісне й Незрозуміле»[2314]).

У праці «Про покликання сучасних законодавства і юридичної науки» професора Берлінського університету Савіньї, опублікованій того ж року, містилася розлога відповідь на памфлет Тибо. Наполягаючи на тому, що основним джерелом позитивного права є звичай, автор стверджував домінування в останньому індивідуальних досвіду і свідомості народу[2315], а отже — неможливість позбавленої індивідуальності юридичної математики.

Однією з наголошуваних Савіньї особливостей його історичного підходу було ствердження індивідуального змісту права. Суб'єктом правового розвитку в його вченні є народ, його індивідуальні особливості протягом історичного розвитку, поруч, звичайно, з так само історично і в силу конкретних обставин доданими загальними чи регіональними елементами. Вони об'єктивуються в національному праві, воно є позитивним — у національній державі й навіть поза нею: «Там, де ми вперше зустрічаємо документальну історію, цивільне право вже має певний характер, властивий народу так само, як його мова, нрави, його устрій. Адже ці явища не мають відокремленого існування — вони є лише окремими силами та діяннями одного народу, в природі нерозривно пов'язаними і тільки в нашому розгляді здаються нам особливими властивостями»; «від початку воно породжується завдяки звичаю та народній вірі, згодом завдяки юриспруденції, отже, всюди завдяки внутрішнім, непомітно діючим силам, а не внаслідок сваволі законодавця»; «органічний

[2312] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 105, 110, 120–121.

[2313] Там само. С. 102–103, 106–107, 109, 114. Див. також: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2015.

[2314] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 102–103, 106–107, 109, 114, 123. Див. також: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. С. 2015.

[2315] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 128–130. Див. також: *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… С. 8. Ми не можемо погодитися з твердженням сучасного російського дослідника А.М. Михайлова, вслід за низкою інших колег, що історична школа чітко не розмежовувала право від звичаю (Див.: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 206). Так, звичай для історичної школи є джерелом формування права, в тому числі звичаєвого, але сам чинним джерелом права не є.

зв'язок права із сутністю та характером народу витримує випробування часом»[2316].

Савіньї часто називають метафізиком, вказуючи на нібито апріорний і трансцендентний характер постульованого ним «національного духу»[2317]. Наприклад, А. Рахматьян пише: «скоріше містичну теорію національного духу складно поєднати з прагненням Савіньї до систематичного, наукового підходу до права»[2318]. При цьому дослідник із незрозумілих причин протиставляє «об'єктивне» бачення національного духу Монтеск'є «ідеалістичному» баченню Савіньї, але нижче в тексті сам собі суперечить[2319]. А.М. Михайлов (також посилаючись на О. Іоффе, М. Азаркіна та ін.) розглядає індивідуальний елемент у праві в працях представників історичної школи (та Гегеля) як містичну сутність, аналогічну уявленню про загальне в праві у працях юснатуралістів; при цьому, на його думку, «народний дух» розглядався як споконвічне і незмінне об'єктивне джерело права — так само як «природа людини» юснатуралістів[2320]. Дослідник стверджує, що підхід історичної школи, так само як і природно-правовий, є статичним, не передбачає ані динаміки, ані соціальної взаємодії в праві, не здатний пояснити якісні трансформації правопорядку[2321]. Більше того, право як «справжнє право» для історичної школи не визначається людьми та їх взаємодіями, а є зовнішнім, приписаним їй, таким, що передує будь-якому досвіду — людина і людське суспільство не є суб'єктами права, а моральність, звичаї, цінності від початку властиві кожному народу, не творяться, а лише зберігаються ним[2322]. «Народний дух» історичної школи є для А. Михайлова «об'єктивною позасоціальною засадою», що не відповідає «поглядам на право» окремих осіб та народу в цілому[2323].

Зазначимо, що ці поширені твердження є голослівними. По-перше, аж до 1840-х рр. Савіньї не вживає згадане поняття, натомість вказуючи на загальні свідомість, переконання, характер народу, що аж ніяк ані в його часи, ані нині не вважаються метафізичними. Дослідники наголошують, що ідея національного духу була запозичена Савіньї в

[2316] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 131–134. Див. також: *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 282, 284. Щодо сучасного періоду Савіньї вважав формою фіксації звичаю судову практику. Див.: Там само. — С. 193–194; *фон Савиньи Ф.К.* О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции»... С. 211–212. Див. також: *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… P. 578.

[2317] Див. напр.: *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 9–10, 24; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 41, 76 та ін.

[2318] *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… P. 9–10.

[2319] Ibid. P. 24.

[2320] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 187.

[2321] Там само. С. 188–189.

[2322] Там само. С. 188–189, 196, 203–204, 273.

[2323] Там само. С. 191–192, 196.

свого молодшого колеги, іншого представника історичної школи права Г.Ф. Пухти[2324]. І це попри те, що ідею національного духу, причому не як містичну, а як соціально-психологічну, було запропоновано Лютером (а Савіньї був протестанського віросповідання) ще на початку XVI ст., цю ідею розвивав Монтеск'є, а в Німеччині *Volksgeist* було «однією з найвживаніших філософських універсалій» наприкінці XVIII — у першій половині XIX ст.[2325] Більше того, цю категорію вжито у трактаті Тибо 1814 р. Можна стверджувати, що її використання було б цілком логічним, вона, так би мовити, лежала на робочому столі вченого. Більше того, вона є невід'ємною у становленні вчення про націю в той період. Вона присутня навіть там, де саме так не називається. Наприклад, це значною мірою відповідник ірраціональної волі, колективного суб'єктивного права Руссо і Сієса. Тому питання полягає якраз у тому, чому Савіньї тривалий час її не вживав.

По-друге, саме по собі зміщення акцентів Савіньї з традиції на дух лише поглибило соціальність та історизм його концепцій. У зв'язку з цим важливим вважаємо наголос М. Рейманна на тому, що сутність *Volksgeist* — «не філософія чи розум, а вираження культурних характеристик. Отже, це історичний, а не метафізичний феномен»[2326]. Більше того, Савіньї фактично виключає можливість метафізичної інтерпретації духу в правовій сфері. Він використовує категорію «спільність правосвідомості» — як конкретизацію «духовної спільності» в правовій сфері[2327], що є колективним переживанням об'єктивної правової реальності. Принципово важливим є зауваження Г.Дж. Бермана щодо того, що «німецьке *Geist* означає не лише дух, але й спосіб мислення, свідомість»[2328]. Ця соціально-психологічна за своєю сутністю категорія у Савіньї має принципову відмінність від національного духу Гердера, що є втіленням Божої волі, непізнанний і непорівнянний, а тому

[2324] Див. напр.: *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 385; *Кузнецов К.А.* К характеристике исторической школы юристов. Одесса: Типография «Техник», 1914. С. 5; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 310; *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… С. 853; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 246. Натомість М.Є. Асламов припускає, що це могло бути свідченням рецепції ідей Гегеля. Див.: *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…; Келлі Д. Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції... С. 237.

[2325] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс… Див. також: *Пименова Л.А.* Идея нации во Франции Старого порядка…

[2326] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… С. 853.

[2327] *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 292.

[2328] *Berman H.J.* The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale // Jale Law Journal. 1994. Vol. 103. P. 1737; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 245. Див. також: «натомість він [Савіньї] писав про вищу природу–імовірно, слідом за Шеллінгом, «другу природу» людей, — рухаючись від інстинкту до національної свідомості». *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції... — С. 237.

малопридатний для емпіричної наукової реконструкції та аналізу національної й наднаціональної соціальної реальності. У зв'язку з цим наголосимо, що в 1815 р. Савіньї підкреслював: право є позитивним досвідом і пізнається апостеріорі[2329]. Можна погодитися з М.Є. Асламовим у тому, що Савіньї протягом тривалого часу спеціально уникав терміну *Volksgeist*, зважаючи на наявність різних його тлумачень[2330], у тому числі гердерівського метафізичного.

На нашу думку, є підстави піддати сумніву багаторазово повторену і тому глибоко вкорінену думку про чисто метафізичний характер учення Савіньї про національний дух. На основі здійсненого нами аналізу вважаємо доречною думку, висловлену Р. Берковіцем: «Розміщуючи право в народному дусі, Савіньї стає здатним з'єднати між собою редукцію права до позитивного закону та раціоналістське уявлення про універсальне право. Позаяк право існує в історії, воно насправді й емпірично пізнаване, принаймні в принципі. І оскільки право походить від народу, воно не є ані мінливим, ані вольовим. Як атрибут народу національне право необхідне й істинне»[2331]. Саме по собі збереження існування народу при цьому передбачає збереження домінування в його соціальному бутті, в тому числі й у праві, змістовних індивідуальних елементів.

Савіньї, починаючи з першої праці, що принесла йому визнання, «Право володіння» (1803 р.), послідовно відокремлював римський і германський елементи у чинному праві[2332]. Більше того, Савіньї пропонував, услід за давнішими вченими, ідею очищення національного права від успадкованих римських елементів[2333].

Історичний підхід, запропонований вченими Геттінгенського університету, насамперед у особі Гуго, а також Гердером, засновувався на ідеї органічного розвитку права як елемента національної культури, що наголошувало на більшою мірою ірраціонально-консервативній, а не раціональній та свідомій волі нації до правотворення. Поєднання, починаючи насамперед з праць Фіхте, органічних і вольових засад у розвитку національного права через вимогу державотворення не зняло питання про роль індивідуальних елементів у творенні окремого.

[2329] *von Savigny F.K.* N.Th. v. Gönner. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit. Erlangen: ben Palm, 1815 // Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 1815. Bd. 1. S. 394.

[2330] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…

[2331] Див.: *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… P. 115. Див. також: *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and The Ideology of the Christian German State… P. 141–142.

[2332] Про це див.: *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 186 та ін.; *Кёниг И.* Савиньи и его отношение к современной юриспруденции… С. 364; *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2027.

[2333] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 194. Див. також: *фон Савиньи Ф.К.* Предисловие к первому изданию «Системы современного римского права»… С. 264–265.

Тибо вказував на те, що правова сфера, хоча й походить з національних особливостей і рівня розвитку суспільства, набуває відносної автономії й сама стає чинником впливу на суспільство. Ця ідея не була новою, проте тут вона була виразно наголошена. Історико-філософська школа наполягала на національній формі права, але ставила під сумнів його національно-індивідуальний зміст. Це давало можливість говорити про модернізацію права та й загалом про формування правової політики держави, що, зокрема, могло означати відрив від індивідуальних елементів у праві, що склалися історично, зниження ролі останніх та навіть втрати ними свого сенсу та їх маргіналізації. Прихильник історичної школи Савіньї натомість відстоював думку щодо несамостійності правової сфери, її вмонтованості в культурний розвиток суспільства, незважаючи на її поступову технізацію і професіоналізацію. Історична школа бачила право національно-культурним, зводячи роль держави (на тому етапі, коли вона з'являється) фактично до технічної — визнання і захисту встановленого нацією правопорядку. Відповідно, змістове наповнення та цінність індивідуального в праві при цьому повинна була зберігатися.

У «Філософії права» Гегель стверджував, що розумність конкретного суспільства, в тому числі права, створеного конкретним суспільством, лежить у ньому самому, а не поза ним[2334] — а тому індивідуальність національного права має розглядатися як необхідна і самоусвідомлена, й саме тому вона творить національний правопорядок як окремий від іншого, єдність змісту і форми. Субстанційно моральна і природна дійсність є розумними, «що розумне — те дійсне, і що дійсне — те розумне»[2335] — отже, окремий національний правопорядок не є просто формою, він має свою особливу внутрішню розумність, а отже — й індивідуальний зміст. Індивідуальність породжується «нескінченно різноманітними відносинами» та обставинами і може бути редукована до загальної сутності лише мисленнєво і апостеріорі, але не підлягає втручанню філософії з її апріорними універсалістськими підходами[2336]. Якісна матерія права є духовною, конкретний дух породжує конкретне право, а воля виступає як його санкціонування, форма реалізації, кількісна величина; суспільне «Я» є завжди не просто формально розрізненим, відособленим, а й змістовно визначеним, це — цілісний організм (у тому числі правовий), що співвідноситься сам із собою. Держава як організм «уособлює розвиток ідеї своїх відмінностей і їхньої об'єктивної дійсності», є «розвитком ідеї до своїх відмінностей»[2337].

Гегель визначав позитивне право через форму (правопорядок держави) та зміст, завдяки якому право набуває позитивності, в тому числі

[2334] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство… С. 6–7.
[2335] Там само. С. 13, 15, 212.
[2336] Там само. С. 14.
[2337] Там само. С. 24, 28, 216–217, 224–225.

через особливі національний характер та суспільні відносини в межах народу, притаманний йому практичний розум (здоровий глузд). При цьому Гегель наголошував на тому, що право не просто встановлюється людьми, а й має свою історію і традицію, а також не детермінується природною необхідністю[2338].

На думку Гегеля, дух народу є дійсним і органічним, не-метафізичним, і виступає як державотворчий чинник. При цьому народний дух практично зливається у цій праці з моральним духом держави (моральний дух держави — це народний дух, що прокинувся, самоусвідомився і абстрагувався від природи, став дієвим і дійсним), що визначається як очевидна, самоусвідомлена, субстанційна воля, яка безпосередньо існує в звичаях як вияві колективної самосвідомості[2339]. Законодавство, в тому числі кодифікація, мають бути насамперед не привнесенням нових елементів до права, а осмисленням наявних; позитивне правознавство, на відміну від філософії права, є історичним. Але моральний дух є не статичним, а динамічним, «процесом у самому собі», процес змін відбувається через самоосмислення, а разом з ним змінюються державні інституції та право[2340].

У «Енциклопедії філософських наук» Гегель зазначав, що право твориться національним духом («організований народ» — це не «агрегат приватних осіб», а «духовна стихія», — наголошує Гегель), як «особливим принципом», що обумовлений фізичними умовами його життя і розвивається історично, народжуючись у звичаях і поступово переходячи до законодавства: «Лише внутрішньо властивий державному устрою дух та історія, — а історія при цьому є лише його історія, — є те, за допомогою чого конституції були створені та продовжують створюватися»[2341].

У «Лекціях з філософії історії» Гегель стверджував, що індивідуальне і предметне «внутрішнє», як і загальне, що існує як абсолютна ідея, об'єктивуються через їх співдію і взаємне обмеження, результатом чого є людське суспільство, його право і держава. Так, апріорно кращі загальні моделі стикаються з «даними обставинами і даним моральним станом народу», результатом чого є те, що придатне саме в конкретному випадку (зокрема, обмежена монархія замість республіки)[2342]. Право і держава не можуть не бути індивідуальними, «державний устрій народу утворює єдину субстанцію, єдиний дух з його релігією, з його мистецтвом і філософією чи принаймні з його уявленнями і думками, з його

[2338] Там само. С. 8, 19–20, 218, 292–293.
[2339] Там само. С. 47, 212, 216–217, 221, 243, 291–292.
[2340] Там само. С. 186–187, 223, 243, 292.
[2341] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 355–356, 350–351, 357, 359–365, 368, 371, 373. Див. також: *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля... С. 35–36, 38.
[2342] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 79, 95–96.

культурою взагалі (не кажучи вже про подальші зовнішні чинники, про клімат, сусідів, положення в світі)»[2343].

Тому право і держава народу існують у детермінованому стані й не можуть бути диференційовані від суто індивідуальних чинників, насамперед духовних і похідних від них, без втрати своєї визначеності. Політико-правові моделі, навіть всесвітньо-історичних народів, є виключно індивідуальними, в основі будь-якої моделі лежать різні принципи, що є похідними від духовних чинників конкретних народів і охоплюються поняттям моральності. Дух народу є усвідомлення і воля до збереження своєї території, історії, культурної та політико-правової спадщини, національний характер — певна форма волі та інтересу в їх проявах[2344].

Наявність кожної принципової особливості народу може бути емпірично визнано та історично доведено, але відчувається апріорно. Відмінності між народами — у їх літературі, мистецтві, науці, філософії — це відмінності не лише стилю і напряму, форми, а й змісту та розумності взагалі. Усі вони можуть обійматися поняттям духу народу, і саме він визначає всі справи та прагнення народу (релігію, звичаї, державний лад, політичну систему та ін.), здійснюється і розкривається в них, доходячи до самоусвідомлення і самоаналізу, який веде до його загибелі й появи нового духу й, відповідно, іншого народу[2345].

Зв'язок духу народу з територією формування та розвитку останнього є зовнішнім (дух протиставляє себе природі, «починається духовне споглядання, і в ньому дух прощається з природою», «зміна імпульсу [, що йде від природи,] і породження його з себе») і водночас необхідною основою творення цього духу: це те, що становить природну основу соціального буття[2346]. Відмінності територій різних народів створюють їх індивідуальні природні можливості, суттєво впливають на їх характери та перспективи розвитку, хоча й, окрім випадків екстремальних кліматичних умов, не детермінують останні[2347]. Природні умови впливають на господарство та економічні відносини, а вони, в свою чергу, в суттєвій мірі визначають розвиток суспільства, держави і права. Але з плином історії духовність народів (починаючи з древніх греків) стає абсолютно вільним від природи окремим виміром буття[2348].

У працях Гегеля індивідуальність національних правопорядків виражається, серед іншого, в особливих дусі й моральності кожного народу. Вважаючи дух об'єктивним і первинним щодо реальності, в тому числі соціальної, Гегель у зв'язку з цим об'єктивував ідею націо-

[2343] Там само. С. 96.
[2344] Там само. С. 96–97, 101–102, 211, 369.
[2345] Там само. С. 112–117, 119, 121, 361.
[2346] Там само. С. 126–127, 250, 266; Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 365.
[2347] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 126–127, 133–134, 136, 138.
[2348] Там само. С. 144, 266.

нального духу в праві, заклав основи вчення про суспільну правосвідомість. Моральність, на його думку, тотожна із загальним способом діяльності людей у конкретному народі й втілюється у його законах і звичаях. Вона є сутністю конкретного народу (його другою природою) і саме вона детермінує його волю; так само свідомість духу народу визначає його самосвідомість: «у сфері моральності воля є волею духу, маючи субстанційний, відповідний собі зміст»[2349].

Моральність народу і національне право, на думку Гегеля, не можуть бути лише формами, наповненими тотожним змістом, адже цей зміст хтось має продукувати, він є глибоко національно-індивідуальним і конкретним, не лише творить установи та суспільний побут, але й обгрунтовує їх цінність та значущість[2350]. Тому розум, свідомість, воля, дух кожного національного суспільства є індивідуальними і унікальними, вони породжують державу і право виключно для цього суспільства, належне і дійсне тут збігаються: «Ідеал є завжди конкретним ідеалом. Абсолютна моральність може бути лише конкретною моральністю. Адже лише конкретне є істинно дійсним»[2351].

Г.М. Данилович у 1818 р. наголошував на окремості духу кожного національного права (аналіз якого є «найскладнішою матерією в правознавстві»), на тому, що в основі своєрідності останнього лежать незмінні (клімат, особливості грунту, фізичне розташування) та мінливі (природа «уряду», релігія, звичаї) причини[2352].

І.Б. Раковецький у працях «Про цивільний стан давніх слов'ян» 1820 р. і «Правда Руська або права великого князя Ярослава Володимировича» 1820–1822 рр. відзначав нерозривність, органічну єдність релігії (дохристиянської язичницької), звичаїв, мови, характеру та права народів, що зберігається протягом століть і разом виступає як комунікативна основа збереження і розвитку народів (а отже, право справляє зворотний вплив на суспільство)[2353]. Джерелом народного духу є знання традицій, звичаїв, права та мови предків; похідним від нього є народний характер[2354]. Право, як і інші елементи культури, розвивається органічно та є частиною здійснення особливої місії, визначеної Богом

[2349] Виклад і цит. за: *Пилянкевич Н.И.* История философии права… С. 288–289.
[2350] Див.: *Кечекьян С.* О понятии естественного права у Канта и Гегеля… С. 448; *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 224–225.
[2351] Цит. за: *Кечекьян С.* О понятии естественного права у Канта и Гегеля… С. 455. Див. також: *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство… С. 14–15; *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве… С. 210; *Пилянкевич Н.И.* История философии права… С. 299. *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 63.
[2352] *Daniłowicz I.* Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi I litewskiemi… S. 26–27, 40, 46, 67, 69–70, 173.
[2353] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 2, 3, 15; Rakowiecki I.B. Prawda Ruska. T. I… S. VIII, 81–82, 198, 227; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 156, 312–313, 315.
[2354] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. I, 139, 227; Rakowiecki I.B. Prawda Ruska. T. II… S. 243.

для кожного конкретного народу[2355]. Первинна основа права, так би мовити, першоправо, походить від народу в цілому, є звичаєвим, не може бути результатом діяльності влади — і так само законодавство спочатку являє насамперед упорядкування звичаєвого права, його пристосування до певних часу і обставин[2356]. Окрім того, навіть форма правління є похідною від особливостей народного духу[2357]. Водночас, традиції та звичаї, що є конституантою права, можуть походити з потреб і способу життя національного суспільства, індивідуальний історичний розвиток народу має конкретний причинний характер і стає чинником еволюції права[2358].

Раковецький вважав, що порушення індивідуальності права і культури внаслідок іноземного впливу може порушити й хід розвитку народу, проголошував можливість їх очищення[2359]. Водночас він припускав можливість збереження індивідуальності культурного і правового розвитку народу навіть за умови його підкорення іншому народу чи іноземному володарю[2360].

Н.Н. Фальк у «Енциклопедії права» виокремив проблематику індивідуальних елементів у праві в спеціальний підрозділ «Автохтонні та іноземні елементи права». Він вважав, що національна правова система може бути повністю автохтонною, тобто складатися виключно з індивідуальних елементів (у тому числі автохтонних за походженням джерел права), для неї властиві «природний розвиток та розкриття права», унікальні принципи. Самодостатність автохтонного права спирається на комплексність соціального розвитку кожного конкретного суспільства, його здатність до саморегуляції людських відносин. Водночас, він визнавав, що в реальності абсолютна автохтонність неможлива. При цьому автохтонні елементи в національному правопорядку є необхідними, а запозичені — можливими[2361]. Він чітко виокремлював національність права як його форму та індивідуальність як його змістовний елемент. В основі індивідуальності — відмінності умов і суспільних відносин, що виступають як зовнішні причини, які заломлюються «різнорідністю знань людських відносин і відмінністю поглядів на них». Право народу в силу розвитку останнього чинника поступово й органічно розвивається[2362].

[2355] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 7, 15–16.
[2356] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 135, 137–138.
[2357] Ibid. S. 242, 253.
[2358] Ibid. S. 134, 228, 252; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 246, 254, 315.
[2359] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 82, 84, 128; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 315.
[2360] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 129; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 255.
[2361] *Falck N.* The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances… P. 164, 196, 198–199.
[2362] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 196.

Пухта в «Енциклопедії права» 1821 р. стверджував, що право походить з динамічного за своїм змістом національного характеру (духу, переконання) народу, його історичного розвитку і відповідає їм, а також реальним правовідносинам у суспільстві, суспільним потребам, й тому національні правопорядки, попри те, що вони взаємодіють між собою протягом історії, є змістовно індивідуальними, різними, динамічними, а також мають органічний характер[2363].

Ганс у передмові до своєї праці «Спадкове право у всесвітньо-історичному розвитку. Твір з універсальної історії права» (1823 р.) зазначав, що індивідуальність полягає зокрема в уявленні народу про право (вчений наголошував, що «конкретною істиною» в науці є думка) та його «силі» (стосується цілості життя народу), які поступово змінюються разом з їх субстанцією — духом народу[2364]. Ганс стверджував, що право не є самостійним явищем, а «передає скоріше лише один момент у цілісності певного народу», кожний народ має свій історичний принцип, з яким право зберігає постійний живий зв'язок, право завжди є частиною національної сутності[2365]. Він застерігав від поверхового констатування подібностей між національними правопорядками («ущербної ідентифікації одноманітності», що «перетворює багатство історії на цілковиту убогість»), наголошував на неуникненності й необхідності індивідувальності права народів зважаючи на унікальний історичний принцип кожного з них[2366]. На думку Ганса, починаючи з Римської імперії та римського права соціальне стало абсолютно самостійним виміром буття. Соціальне однозначно втілювалося у Ганса, як і в інших його сучасників, у ідеї народу, його буття переставало бути детермінованим, а стало вільним, додаючи до формальної окремішності та природних відмінностей історичну і культурну індивідуальність народу як суспільства.

К.С. Цахаріа у 1829 р. писав про національний характер права, обіймаючи цим поняттям усі індивідульні елементи в ньому, а також вказував, що вони насамперед визначаються етнокультурним чинником[2367]. Він засуджував запозичення, адже вони зменшують обсяг індивідуальних історичних елементів права, підтримував збереження останніх, вірив, що можна відновити чистоту національного права[2368]. Р.М. Губе у

[2363] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 20, 22–24, 27, 32, 42, 66, 96. Див. також: *Бондарук Т.І.* Теорія правоутворення Георга Фрідріха Пухти… С. 52; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 81.

[2364] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 76–78, 82–83, 92.

[2365] Там само. С. 93–95.

[2366] Там само. С. 94–95.

[2367] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 205, 208.

[2368] Там само. С. 206–207.

1830 р. зазначав, що народ має власний дух, характер і поняття про право (воно живе в його свідомості та переконаннях)[2369].

В. Мацеєвський у своїй «Історії слов'янських законодавств» (1832–1835 рр.) вказував на існування національного характеру та національного духу як чинників розвитку права, органічність розвитку права як елементу культури (разом з мовою та ін.), обумовленість сучасності традицією, незнищенність індивідуального елементу культури, особливу місію кожного народу. Національний дух чітко конкретизується Мацеєвським як політичний і правовий[2370]. Національний дух, національний характер та похідні від них політико-правові інституції не є відвічно даними, а розвиваються історично; суттєву роль у їх повноцінному розвитку відіграє відсутність іноземного впливу[2371]. Окрім культури, особливості розвитку права нерозривно пов'язані з усім життям народу (зокрема з природою влади, політичними відносинами людей і влади, влаштуванням церкви, народним господарством, потребами оборони), спираються на фізично-географічні умови (розташування, клімат, якість грунтів)[2372].

Перехід від звичаєвого права до переважно законодавчого, який, на думку Мацеєвського, є ключовим в історії права народу, не супроводжується втратою національної індивідуальності права, законодавство не є виявом сваволі, а виходить з «правових образів» і особливостей розвитку народу (ступеня його освіти)[2373]. На його думку, зусилля вчених та законодавців можуть не лише відображати національну своєрідність права і культури в цілому, але й посилювати і поглиблювати її, а також частково відновлювати втрачену органічність права — через творення нового законодавства на основі звичаєвого права (процес «поглиблення законодавства»). Мацеєвський вважав, що національне право здатне до оновлення та модернізації на власній основі, із збереженням цілковитої індивідуальності. Право здійснює зворотний вплив на народ, у тому числі щодо збереження його своєрідності, виступаючи як один з комунікативних чинників[2374]. Уявлення про своєрідність правопорядків та поступовість їх розвитку дало змогу Мацеєвському виокремити історію національного права як окремий предмет юридичних досліджень[2375].

У «Загальному вступі до історії права» 1829 р. французький вчений Е. Лерміньє підкреслював, що Савіньї на матеріалі римського права продемонстрував: для пізнання національного права слід насамперед

[2369] *Губе Р.М.* История древнего наследственного права у славян… С. 61–63, 73, 76–77, 80, 82–83.
[2370] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. IV, VI–VIII, 2–3, 5, 11, 53–54, 70.
[2371] Ibid. S. 35, 54, 67–69.
[2372] Ibid. S. 4, 51, 56.
[2373] Ibid. S. 51.
[2374] Ibid. S. IV, VI, VIII–IX, 2–4, 36, 51, 53–54.
[2375] Ibid. S. 43, 52.

через історію визначити його особливості. На думку Лерміньє, для німецьких юристів національна правова спадщина стала питанням свідомісно-ціннісним, а право взагалі — насамперед системою символічних актів, що відображають ідею нації[2376]. Одним із сутнісних елементів історичної школи для Лерміньє є усвідомлення особливостей національного духу як розуміння унікальності своєї історичної спадщини й відмінний від інших націй спосіб мислення, філософствування, правотворення. Тому «історичний і національний дух» чинить спротив спробам поширити на один народ спосіб мислення іншого народу через філософію, науку та законодавство[2377].

Серед переваг історичної школи права Лерміньє підкреслив наголос на причинно-наслідковому зв'язку в розвитку права, що має значення для визначення перспектив його розвитку і правових реформ (ідея істин, які черпаються в історії, та самої історії як того, що не минає, а є сукупністю минулого, сучасного і майбутнього)[2378]. Але, на його думку, при визначенні цих перспектив історія вказує на можливі варіанти та їх наслідки, але «філософія має вирішувати»[2379]. Принципово важливо те, що нібито універсальна філософія, втілення загального, у Лерміньє за змістом значною мірою є національно-індивідуальною: філософський елемент, уявлення про сутність права, у кожного народу набуває індивідуальної форми на основі історичних особливостей.

А у «Філософії права», опублікованій у 1831 р., учений вказував на те, що філософія не є однаковою для всіх народів: «Нині час працювати над національною філософією»[2380]. Лерміньє підкреслював, що право не може бути зовсім абстраговане від своєрідного — стереотипів, звичок, пристрастей, властивих людям. Ніщо не заважає конкретному суспільству в конкретний час робити вибір не на користь філософських відкриттів та систем, а згідно з власними історичними орієнтирами та пристрастями[2381]. У статті «Викладання порівняльних законодавств» 1834 р. Лерміньє наголосив, одним з елементів формування права є звичаї, джерело яких — народний дух[2382]. А в «Курсі історії порівняльних законодавств» 1836 р. Лерміньє вказав на причинність та об'єктивну еволюцію політико-правових процесів: «Загалом в історії фантазії ніколи не мають успіху, але завжди стаються необхідні речі»[2383].

У статті «Щодо методу історії порівняльних законодавств», опублікованій у 1836 р., Лерміньє вказував на те, що розуміння кожним суспіль-

[2376] *Lerminier E.* The German historical school of jurisprudence… P. 49, 52, 54.
[2377] Ibid. P. 47.
[2378] Ibid. P. 59.
[2379] Ibid. P. 59–60.
[2380] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803-1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie… P. 47, 49.
[2381] Ibid. P. 42.
[2382] *Lerminier E.* De l'enseignement des législations comparées... P. 92.
[2383] *Lerminier E.* Cours d'histoire des législations comparées… P. 220, 264, 267, 464.

ством, народом своєї історії є одним з найважливіших завдань сучасності. Народ є єдиним суб'єктом, для нього характерні спільні відчуття, навички, орієнтири, дух, розум. Тому суспільство (у межах народу) прагне до «міцної гармонії єдності», подолання внутрішніх суперечок почуттів і думок. Саме історія демонструє суспільству формування його спільних долі й права, виховує людину й допомагає досягнути згоди в народі щодо важливих питань. Дух і колективний розум кожного народу не є містичними, вони піддаються осягненню і визначенню[2384].

У пізнішій статті «Гебраїзм та християнство» (1846 р.) Лерміньє наголошував на окремих законах розвитку народу та його культурно-психологічної традиції: «Уважний аналіз виявляє, що геній народів воістину історичний і розвивається за тими ж законами композиції, що й дух окремої людини, повний і міцний». Він вказував на те, що у минулому народи не імітували один одного, але кожний з них «відчував особливе покликання і віддавався йому завзято». Це покликання, на його думку, виражається в особливостях національного «генія» — особливостях світосприйняття, талантів та практичних умінь. Щоправда, вчений висловив впевненість щодо цього лише по відношенню до «великих і сильних» народів[2385].

Висновки до восьмого розділу

У другій половині XVIII ст. у працях багатьох європейських юристів висувається вимога територіально-суб'єктної відповідності правопорядку громадянському суспільству, нації та державі, вони ототожнюються по відношенню до сучасного розвитку права, попри їх історичне і функціональне розрізнення; випадки ж неспівпадіння розглядаються як вимушені або засуджуються.

Починаючи з праць професорів Геттінгенського університету в другій половині XVIII ст. і у зв'язку з Великою Французькою революцією в науковій думці поширюється і поступово починає домінувати переконання в тому, що завдяки державі національне право набуває остаточної і виразної інституційної форми (центру — у Савіньї) та територіальності (нормативної локалізації). Теза більш давніх мислителів про те, що національне право є основною, базовою одиницею правового розвитку, стає загальноприйнятою, а чітка територіальність національного правопорядку дає змогу конструювати національно-правову карту світу, на якій не залишається місця для інших правових утворень. Соціальне об'єктивне право повністю знімає в собі суб'єктивне право людини, вона перестає розглядатися як суб'єкт правового розвитку поза нацією і державою, національно-державне право стає індивідуальністю і окремим у світі права; національне право, втілене в державі, набуває ознак

[2384] *Лерминье Ж.Л.Э.* О методе истории сравнительных законодательств… С. 24, 29.
[2385] *Lerminier E.* L'hébraïsme et le christianisme...

тотальності. І, що важливо не лише для порівняльного правознавства, а й для генези інших юридичних наук, саме вимога державності для національного правопорядку остаточно відокремила право від інших соціальних регуляторів, а також остаточно поєднала ідеї суб'єктивного і об'єктивного права.

Безумовно, все це суттєво підкріплювалося і частково обумовлювалося такими інтелектуальними течіями, як націоналізм, романтизм, історизм. А те, наскільки важливим при цьому виступив приклад формування національно-державного правопорядку революційної Франції (та ще й з домінуванням законодавства як права, запровадженого державою), демонструють не лише постійні звернення до цього досвіду, а й те, що чи не перші в світі спеціалізовані журнали з права окремої держави присвячувалися саме французькому праву (у Німеччині — з 1789 р.).

При цьому оцінка такої конвенції думки з точки зору сучасного світу (світу національних правових систем) як самозрозумілої, а також вже не нової після Великої Французької революції, була б невиправданою. Приклади національно-державних правопорядків Франції, Англії та кількох інших країн залишалися в Європі скоріше винятками, та й були скоріше правом метрополій, що поширювалося на колонії чи розглядалося як придатне для всього світу. На більшості континенту панували рештки феодального фрагментованого права — транснаціонального (канонічне, римське, торгове, ломбардійське феодальне, магдебурзьке міське, волоське містечкове і сільське та ін., а також частково одержавлене право етнічних і релігійних меншин — євреїв, вірменів, греків), наднаціонального (право Священної Римської, Російської, Османської імперій), субнаціонального (лише у межах Священної Римської імперії було кількасот політичних утворень з власними правовими системами, різні регіони в межах держав могли мати окремі правові системи, більшою чи меншою мірою інтегровані до загальнодержавного права) та ін., і навіть загальноєвропейський Віденський договір 1815 р. жодним чином не вирішив цього питання, а лише ствердив принцип територіальності держав.

Позірна опозиція присутня у поглядах учених розглянутого періоду щодо рівноцінності чи нерівноцінності національних правових досвідів. Так, Гегель писав про всесвітньо-історичні та інші народи, фактично стверджуючи нерівноцінність їх правового досвіду, а Савіньї та Ганс — про рівноцінність будь-яких національних правових досвідів у їх синхронній плюральності. Але історичний контекст і критерій державності цю опозицію цілком знімають. Так, більшість держав того часу не були організовані за національним принципом, а право імперії та її складової за визначенням не можуть бути рівноцінними. Поступове прийняття вченими вимоги державності для завершення формування національного права приводить до конвенційної формули: рівноцінними є всі національні правопорядки, інституціоналізовані у формі держав.

Цей комплекс ідей виходить з соціально-вольового розуміння права: соціальна воля є виразом унікальних ідеалів та прагнень суспільства, поєднує правотворення з державотворенням і суверенітетом, її наявність перетворює право з суб'єктивного на об'єктивне, завдяки їй право держави зберігає зв'язок із суспільством, її реалізація дає змогу розглядати національно-державний правопорядок як одиницю правового розвитку, окреме в праві.

1814–1815 рр. стали часом остаточної поразки всіх тогочасних провідних європейських універсалістських ідеологій, пов'язаних з правом: загальноєвропейської правової єдності, заснованої на ідеях християнської ієрократії, ієрархії держав, римської спадщини та *ius commune*, а також ідеалів Просвітництва, включно з модифікаціями природного права, його останньою реалізацією в ідеї *Code Civil* як кодексу для всього цивілізованого світу. Це повною мірою відобразилося у т. зв. «кодифікаційних дебатах», сторони яких цілковито погоджувалися в тому, що саме громадянське суспільство, інституалізоване як нація, є єдиним суб'єктом державотворення та правотворення, реалізуючи свою волю до правотворення чи збереження тяглості своєї правової традиції. У 20-х рр. XIX ст. ідеї національного та державного характеру права остаточно поєднуються, що виражається в ідеях тотальності нового національно-державного права, яке поглинає індивіда, є тотожністю наявного і належного (Гегель), відмежування права від інших соціальних регуляторів завдяки санкції національної держави (Пухта), вирішальності політичного чинника у правотворенні (Лерміньє).

Поруч з соціально-вольовою теорією національно-державного права у другій половині XVIII ст. розвивалася й органічна теорія національного права. Для її творців нація була природною спільнотою, об'єднаною спільністю походження, подібною до виду в тваринному та рослинному світі. Водночас, вона наділялася низкою соціальних і етнокультурних характеристик, соціо-психологічною єдністю (зокрема, спільним етосом та ідеалами, що об'єднувалися поняттям «національний дух»), а також нерідко й особливою місією на Землі.

У значній частині тогочасних праць вказувалося на те, що розвиток нації подібний до життя людини: вона народжується, дорослішає, стає зрілою, старіє, вмирає. Це відображало поширення ідеї про націю як колективного індивіда. У межах такого бачення власне правотворення є частиною життя нації й весь час супроводжує її розвиток незалежно від власного державотворення, хоча останнє й розглядається як ознака її зрілості, воно оргнічно визріває як її плід. Це не заперечує ідеї соціальної волі, але робить останню детермінованою, наперед визначеною і похідною, одним з проявів і наслідком життєдіяльності нації, а не її конституантою, відмовляє соціальній волі й державі у самоцінності, підпорядковує собі останню. Відповідно й творене державою право розглядається не як новий правопорядок, а

лише як похідне від національного правопорядку, частина традиції в її розвитку.

Що важливо в контексті нашого дослідження, органічна теорія національного права, так само як і соціально-вольова, підкоряли особу, її суб'єктивне і об'єктивне право нації (її волі чи традиції), однозначно розглядали останню як тотальність, колективного індивіда і одиницю правового розвитку. Але органічна теорія більш послідовно створювала підстави для розгляду національних правових досвідів як рівних за своїм характером та індивідуальністю (хоча, можливо, й не рівних за рівнем досягнутого розвитку — залежно від наявності держави), а відповідні національні правопорядки — як невипадкові й тривалі у часі явища. З іншого боку, органічна теорія більшою мірою передбачає не лише формальну самостійність, а й змістовну неповторність національного правового досвіду, розглядає його ізольовано від інших і у нерозривній єдності з духовним і культурним покликанням та розвитком нації, що піддає сумніву плідність його порівняльно-правового пізнання.

Формальна окремішність національного правопорядку, визначена, з одного боку, волею національного суспільства, а з іншого — міжнародним правом, не пояснювала змістовну нетотожність правопорядків між собою — адже вони могли б розглядатися як суто утилітарні, функціональні відокремлення загального для всіх людей права (незалежно від його походження та характеру — божественого, природного, розумного). Поставало питання про змістовну індивідуальність (своєрідність) кожного національного правопорядку — його унікальні елементи та особливості його загальних (поширених більше ніж в одному правопорядку) елементів.

Однією з базових концепцій для визначення своєрідності в праві протягом досліджуваного періоду виступав саморозвиток права народу, результатом якого є його своєрідний історичний досвід. Зміст своєрідності цього саморозвитку міг сприйматися як природний, детермінований позасоціальними чинниками, або як переважно соціальний, що формується історично і відповідає розвитку конкретного суспільства. Однією з основ концепції саморозвитку була біологічна метафора — сприйняття народу як організму, що могло безпосередньо наголошуватися або виражатися у твердженні про органічний розвиток права. Цьому відповідають твердження про вплив на еволюцію права народу фізичних і кліматичних умов його формування та розвитку, що визначають антропологічні та інші відмінності народу. З біологічною метафорою, уявленням про народ як про живий організм, пов'язані й згадки у тогочасних працях про особливу Божу волю щодо кожного народу, його місію чи покликання. Проте, у жодній з проаналізованих праць цю ідею не розкрито, увага їй не приділяється.

Водночас, учені вказували на те, що фізико-біологічні та інші позасоціальні чинники впливають на розвиток права не прямо, а через детер-

мінацію способу життя народу як природно-соціального колективу. Зокрема, вказувалося на відмінності у природних потребах, формах господарювання народів. З цим пов'язане поширене твердження про інтегральність життя народу як природного і соціального колективу, невід'ємним елементом чого є становлення права, спонтанне формування права як правил гри.

Але у працях низки вчених виразно наголошувалося, що фізико-біологічні чинники, якими б вони не були дієвими, є зовнішніми умовами для розвитку права, встановлюють рамки можливого / можливостей, є лише початковими для розвитку суспільних відносин. Звичайно, така ідея могла відповідати загальному погляду романтиків на природу як перед-культуру, перед-суспільство. Міттермайєр конкретизував це твердження: на суспільний (у тому числі правовий) розвиток впливає взаємодія (1) людини з природою і (2) людини з людиною в умовах природи. А Гегель і Лермінье вказували на те, що зв'язок людини з природою стає осмисленим: через споглядання — до протиставлення. Гегель і Ганс наголошували на тому, що таке протиставлення, а згодом і розрив, відокремлення соціального життя від природного, у європейських народів відбулися на певній стадії їх розвитку (технології, культура, свідомість), ще в Античності (за часів давньогрецьких держав чи Римської імперії). В результаті соціальне життя перестало детермінуватися природною необхідністю (хоча вона, звичайно, не зникла), дух звільнився від природи, а у народів поруч з біологічною з'явилася друга колективна сутність — моральність, духовність.

Також у проаналізованих працях наголошувалося на синтетичності культури, невід'ємним і похідним елементом якої виступає право, існуванні культурної традиції. При цьому правовий розвиток пов'язувався і практично ототожнювався з саморозвитком мови народу та його релігійних уявлень. Такий культурний детермінізм яскраво виражений в ідеї Гуго про те, що право завжди передує конкретному індивіду і він не вільний це право змінити. Водночас, Міттермайєр та інші вчені наголошували на тому, що чинником розвитку права є не сама культура, а розвиток її самоусвідомлення — від звички до власне культури, або від ідентифікації запозичених елементів культури — до їх засвоєння.

Частина учених, в річищі критичного Канта, вважала національний правопорядок виявом колективного розуму (місцевого чи практичного розуму, «відносного добра»); вказувалося на відображення в праві різних орієнтацій, цілей, усвідомлених потреб народу. Очевидно, саме з цим пов'язані твердження про можливість зворотного впливу права на характер, суспільний розвиток, культуру народу, про комунікативну функцію права в розвитку народу.

Але найбільше уваги вчені приділили праву як відображенню психології народу. Зокрема, право походить із самосвідомості народу, є елементом його світогляду, відображає його характер, моральність, ідеали, цін-

ності, душу, принцип / сутність, óбрази, чуттєвість. Деякі вчені наголошували на тому, що характер народу не є незмінним, він розвивається і здійснюється. На нашу думку, насамперед з психологічним баченням пов'язане уособлення своєрідних елементів права у звичаєвому праві як породженому морально-етичними орієнтирами народу. Деякі вчені уточнювали, що сучасною формою звичаю є також судова практика.

Інтегруючим поняттям для психології, культури та розуму народу став національний дух — без сумніву найбільш поширене в працях того часу уособлення своєрідності національного правопорядку, що обіймав національні культуру, свідомість, психологію, мислення. Деякі вчені вказували на існування особливого політичного і правового духу народу, у інших духу відповідало також поняття правосвідомості суспільства чи національної філософії (в тому числі філософії права). Відзначимо, ще Гуго писав про те, що народ пов'язує духовне спілкування поколінь. Питання про статичність чи динамічність національного духу, в тому числі правового, у більшості проаналізованих праць не було наголошене і тим більше не було вирішене. Водночас, правосвідомість суспільства у Савіньї описується як динамічна, вона розвивається разом з самим суспільством або, принаймні, розкривається в ході еволюції, має свою історію; національний дух у Гегеля так само розкривається історично, самоусвідомлюється і самоосмислюється. Також це питання не прямо, але посередньо вирішувалося через проблематику ролі інших своєрідних елементів у національному праві, стадіальності його розвитку, наступності.

Значна частина авторів проаналізованих праць наполягала на домінуванні своєрідних елементів у національному правопорядку — «автохтонне» або «корінне» право. Більше того, наголошувалося, що зникнення чи принципове зменшення ролі національної своєрідності як змісту веде до зникнення відповідного національного правопорядку як його форми. При цьому частина вчених на конкретних прикладах демонструвала можливість збереження «чистоти», тобто абсолютної своєрідності національного права. Також частина авторів припускала можливість «очищення» національних правоворядків, тобто їх звільнення від запозичених елементів. Можливо, найбільш яскраво процес пурифікації визначив Мацеєвський — як «поглиблення» права. Низка авторів припускали можливість модернізації національного права без залучення іноземних елементів, принципово відкидали можливість кращого права, яке, з одного боку, порушує саморозвиток національного правопорядку, а з іншого — не зможе ефективно функціонувати через інтегральність народного життя.

Питання про механізми збереження, розширення чи звуження своєрідності права протягом життя народу автори розглянутих праць пов'язували з стадіями розвитку останнього. Виділялися насамперед «народна», «академічна», а також законодавча стадії. При цьому частина вче-

них наголошувала, що законодавство має являти собою лише техніко-юридичне вдосконалення звичаєвого права і судової практики та їх осмислення. Звичайно, таке бачення давало змогу зберегти і розвивати своєрідність національного права. Водночас, зрозуміло, що тогочасні реалії європейських країн не давали підстав розглядати таку модель як існуючу, а лише як орієнтир.

Важливо підкреслити, що тогочасні вчені визнавали: 1) історичність своєрідних елементів у національному праві, що визначається суспільним розвитком у конкретних умовах, цілком або здебільшого відмовляючи їм у субстанційності; 2) неможливість, принаймні щодо своїх суспільств та держав, існування абсолютно автохтонного права в сучасному світі, несамодостатність своєрідного, а також в принципі відкритість правових систем до взаємодії; 3) залежність розширення чи звуження сфери своєрідних елементів у національному праві від волі суспільства та інших чинників, можливість альтернативних варіантів щодо цієї сфери; 4) неможливість цілковитого позбавлення національного права його своєрідних елементів без припинення його існування, їх необхідність.

Розділ 9
Загальне в праві та шляхи його формування

9.1. Пошуки загальної позитивної форми права

Втрата загальних елементів у праві європейських країн, пов'язаних з домінуванням римського права, після появи і поширення французьких кодексів не зупинила пошук загального позитивного в праві — як чогось цілого. Досвід Римської імперії з її єдиним правом було узагальнено Гегелем у ідеї всесвітньо-історичних народів. Чи не вперше цю ідею він представив у праці «Про наукові способи дослідження природного права, його місце у практичній філософії та його стосунок до науки про позитивне право» (1802 р.). Гегель стверджував: головним, що об'єднує правопорядки, є домінування одного з них над іншими. «Щоби отримати єдність органічного відношення, що пропонує цьому якісному визначенню множину подібних понять, одній із цих визначеностей, вираженій як мета, визначення чи закон, має бути надане панування над іншими визначеностями багатоманітності, що розглядаються перед її обличчям як нереальні та нікчемні»[2386]. Але окреме, що запанувало над іншими окремими і витворило позитивне ціле, все ж залишається окремим[2387].

При цьому або утворене позитивне ціле частково залишається плюральним, складається з окремих і пов'язується якимись зв'язками, або ціле й окремі частково одне одного знищують; існування таких загального і окремого не є абсолютним: «Якщо існування обох було б абсолютним, то не було б взагалі й їх зв'язку, а якщо було б передбачено знищення обох, то не було б їх існування»[2388]. У будь-якому разі відбувається протистояння та часткове поглинення між, з одного боку, різними окремими, а з іншого — між цілим і окремим; але плюральність правового розвитку не зникає[2389].

[2386] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве… С. 196–199.
[2387] Там само. С. 274, 209, 210, 217–218.
[2388] Там само. С. 204.
[2389] Там само. С. 206.

У праці «Основи філософії права, або Природне право і державознавство» (1821 р.) Гегель зазначав, що у певні історичні моменти той чи інший народ, розвиток духу якого (у широкому розумінні Гегеля це і культурний, і технологічний розвиток, і суспільна згуртованість) виявляється суттєво попереду інших і цим самим втілює в собі новий ступінь розвитку світового духу, здобуває цим безумовну конкурентну перевагу, стає домінуючим, «всесвітньо-історичним», і може відкрити цілу епоху в розвитку всього людства чи певного регіону. Результатом цього є політичне чи культурне панування над іншими народами. Підкорені або піддані такому впливу народи можуть при цьому зберегтися або зникнути, злитися з панівним народом (зокрема, «ціле… розпадається на кола особливих народних духів» у грецькому «царстві», а в римському «індивідуальності окремих народів гинуть у єдності пантеону»)[2390]. Гегель виділив чотири епохи загальної історії права, «всесвітньо-історичні царства»: східне, грецьке, римське, германське[2391].

У «Енциклопедії філософських наук» Гегель писав, що національний дух окремого народу може стати уособленням нової епохи розвитку світового духу, не втрачаючи при цьому своєї окремішності, але протягом певного часу творячи загальну (в тому числі правову) позитивну дійсність для всіх чи значного кола народів[2392]. У «Лекціях з філософії історії» Гегель зазначав, що жодної «абстрактної єдності» не існує, навіть «всесвітньо-історичні народи» залишаються індивідуальними, окремими, їх досвід національно обумовлений, змістовно неповторний, хоча й уособлює в певний час і у певному місці орієнтири чи становить тимчасово нав'язані стандарти для розвитку інших народів, «вищий принцип перемагає нижчий»[2393]. Та й чітко вказується на можливість паралельного в часі існування більш як одного всесвітньо-історичного народу (германські християнські та східні мусульманські народи)[2394].

Не-передання панівним народом духу підкореним народам («агрегат» — у Персії), на думку Гегеля, є слабкістю цього духу, що веде до розпаду держави — підкорені народи поступово нівелюють зв'язок з поневолювачем. Водночас намагання сплавити духи підкорених держав у один дух («пантеон» — як у Римі) формує нежиттєспроможну суміш. Домінуючи, народ не зберігає свого національного духу так само, як і підкорений. Важливо, що більш високим у кожній ситуації виступає дух окремого народу, а нижчим — поєднання кількох (домінуючого та

[2390] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство… С. 293–294, 296–297. Див. також: «тобто, це найвище право світового духу знов-таки має не яке інше утворення, а держава, але лише одна держава, що представляє дух провідного в певну історичну епоху народу». *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля... С. 53.
[2391] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство... С. 296.
[2392] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 366, 370.
[2393] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 97, 117–119, 124, 126, 152, 250. Див. також: *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса…
[2394] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 372–373.

підкорених) народів[2395]. Але Гегель наводить і приклади народів, дух яких не вступає у взаємодію з іншими — Китай та Індія; вони, на думку мислителя, залишаються поза всесвітньою історією[2396].

Всесвітньо-історичний народ, культура якого (і духовна, і технічна) суттєво випередила інші в своєму розвитку, пропонує і нав'язує її іншим народам. Але ця культура не перестає бути національною, дух народу не перетворюється з об'єктивного на абсолютний. І якщо підкорені народи не знищуються в своїй особистості, доєднуючись до всесвітньо-історичного народу і перетворюючи його, то зберігають свої об'єктивні духи і сприймають послання і виклик останнього діалектично, через відтворення та акультурацію[2397].

На вплив теорії Гегеля вказують численні тогочасні тексти. Зокрема, у праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство» П.Й.А. Фейєрбах також припускав можливість визначення певних загальних епох у історії права, що пов'язані з правом певного (вірогідно, панівного) народу[2398]. Ганс у 1823 р. зазначав, що починаючи з римського права як правопорядку римлян було «розірвано субстанційний зв'язок природної необхідності й свободи давнини, нескінеченного і скінченного», і це було центральним моментом людської історії — адже імперське панування та орієнтація на універсалізацію права в межах імперії були протиприродними[2399]. Пухта на прикладі римського права стверджував, що право окремого народу може здобути також значення загального права «всіх цивілізованих народів»[2400]. Цахаріа зазначав, що раніше роль загального в праві європейських держав виконувало канонічне, меншою мірою також римське право, але з Реформацією і дорослішанням народів вони віддалялися один від одного[2401]. Але є очевидним, що зазначені автори також розглядають теорію Гегеля як обмежену.

Зазначимо також, що про виникнення загальних позитивних елементів у праві через нав'язування права завойованим народам писав Міттермайєр у «Вступі до вивчення історії германського права» (1812 р.)[2402], Чацький у праці «Про литовські й польські права та їх

[2395] Там само. С. 151, 250, 367–368.
[2396] Там само. С. 249, 256.
[2397] Щодо принципової критики ідеї Гегеля про всесвітньо-історичні народи див. напр.: *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 313; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 63–64.
[2398] фон Фейєрбах П.Й.А. Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльне правознавство… С. 338–339.
[2399] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 96.
[2400] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 98.
[2401] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 198.
[2402] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 60–61, 69–70.

дух…» (1800 р.)[2403], Раковецький у працях «Про цивільний стан давніх слов'ян» 1820 р. та «Правда Руська або права великого князя Ярослава Володимировича» 1820–1822 рр.[2404], Мацеєвський в «Історії слов'янських законодавств» (1832–1835 рр.)[2405] та ін.

На нашу думку, певний вплив теорії Гегеля відчувається у рецензії Савіньї на книгу Н. Гонера «Про сучасні законодавство і юридичну науку» 1815 р., де він засуджував конструювання загального позитивного права для всіх народів як ознаку спроби встановити загальну деспотичну владу, навіть якщо це здійснюється під привабливими гаслами Просвітництва, гуманізму, прав людини. Загальне, денаціоналізоване право стає нічиїм правом і загальним свавіллям. Савіньї безпосередньо називав прикладом такого імперського панування за допомогою загального права наполеонівську Францію[2406]. Отже, можливість існування загального позитивного права (поза питанням про ставлення до нього) визнавалася, але по факту йшлося не про універсальне, а про регіональне явище — не загальне, а особливе. Ці думки Савіньї присутні й у «Системі сучасного римського права» (1840–1849 рр.). У праці помітно, що національний дух, правосвідомість окремих народів можуть більш повно, ніж інші, відображати загальні елементи в певні епохи (питання щодо римського права та християнської етики), загальні елементи можуть домінувати над індивідуальними — і це значною мірою споріднює пізню модифікацію вчення Савіньї з ідеями Гегеля[2407].

Іншою можливістю часткової об'єктивації загального в праві могло виступати міжнародне право — як співпадіння волі держав (і народів) у договірному порядку регулювати однаково і транскордонно певні сфери правовідносин. У праці «Вічний мир» (1795 р.) І. Кант визнав міжнародне право («устрій держав у їх відношенні одна до одної», *jus gentium*) окремим типом правового устрою, котрий, як і національне право, має договірний і вольовий, тобто соціальний за своєю сутністю характер[2408]. Звичайно, йшлося про договір не в межах одного суспільства, а між двома чи більше суспільствами. Але, незважаючи на ідею «союзу народів», Кант вказував на неможливість єдиного всесвітнього

[2403] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. 5–6, 8, 11, 45, 51–54, 97.
[2404] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 2; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 81–82, 128, 135; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 187–188, 254.
[2405] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. 3, 5–6, 54, 67–69.
[2406] *von Savigny F.K.* N.Th. v. Gönner. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit… S. 386.
[2407] Це питання блискуче проаналізовано у праці Дж. Товса: *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 150–164. Див. зокрема: «нині він малював цю етичну детермінованість волі як таку, що йде до людей, а не від людей, в історію, а не з іманентного розвитку історії», «намагався узгодити старе і нове, історичні та трансцендентні перспективи». Там само. P. 159, 161.
[2408] *Кант И.* Вечный мир… С. 12–13.

права. Більше того, Кант заперечив можливість навіть теоретичної побудови загального в праві, «принципів державного устрою взагалі»[2409].

Нормативним підсумком революційних і післяреволюційних подій в Європі наприкінці XVIII — на початку XIX ст. став Головний акт Віденського конгресу 1815 р.[2410] Цей документ епохальний у багатьох контекстах, серед яких відзначимо лише кілька. По-перше, його сторонами стала безпрецедентно велика кількість держав (більше того, його було проголошено відкритим до підписання іншими державами — ст. CXIX), що зробило його справді загальноєвропейським документом.

По-друге, цей акт закріпив формальну рівність держав[2411] та їх суверенітет. Щоправда, і це важливо, цей реставраційний промонархічний договір не міг закріпити і не закріпив народного/національного суверенітету як загальний принцип. Навпаки, він послідовно проводить принцип монархічного суверенітету (в формулах «сюзеренітет та суверенітет», «він (той чи інший монарх. — *О.К.*» та його спадкоємці», «право суверенітету та власності» — ст. C та багато інших). Але цей акт сам по собі та в своїх конкретних положеннях означав відмову від вищості одних країн щодо інших та втручання у справи країн (хоча й непослідовно), визначав кордони європейських держав та загалом імпліцитно містив принцип територіальності держав. Як відзначає Н.-Т.Ю. Аношина, «відтепер кордони між європейськими державами було визначено нормативно. Питання статусу тієї чи іншої території та її приналежності до держави вирішувалося шляхом договірного закріплення»[2412].

По-третє, цей договір, хоча й не проголошував міжнародне право окремою системою загальних, а не лише індивідуальних, казуальних норм, проте об'єктивно заклав основи для розвитку галузей міжнародного права, зокрема через встановлення загального режиму судноплавства та торгівлі на транскордонних річках (ст. CVIII–CXVIII), Декларацію щодо заборони работоргівлі (була одним з додатків до Головного акту).

В контексті нашого дослідження найважливішим у цьому акті стало, з одного боку, визнання держави — територіальної, суверенної та формально рівної з іншими — єдиним суб'єктом права, а з іншого — розуміння міжнародного права як окремої системи загальнообов'язкових норм. При цьому ми повністю згодні з сучасною дослідницею в тому, що міжнародне право не проголошувалося системою: «Поняття міжнарод-

[2409] Там само. С. 49, 52.

[2410] Ми аналізуємо текст документу в тогочасному перекладі англійською мовою: *The General* Treaty of the Final Act of the Congress of Vienna, 9 June 1815 [Електронний ресурс] // Сайт "Wikisource". Режим доступу: https://en.wikisource.org/wiki/Final_Act_of_the_Congress_of_Vienna/General_Treaty

[2411] Щодо непослідовності у цьому питанні див. напр.: *Зонова Т.В.* Вестфальская система… С. 80.

[2412] *Аношина Н.-Т.Ю.* Головний акт Віденського конгресу 1815 року як основа міжнародного правопорядку XIX–початку XX століття: Монографія. Одеса: Фенікс, 2011. С. 87.

ного правопорядку, як такого, в першій чверті XIX ст. не було, існувала лише система уявлень про нього»[2413]. Будь-які не пов'язані з конкретною державою політичні та правові побудови зникали (природне право, Імперія як містичне та інституційне явище) або були підірвані у своїй транскордонності й могли бути збережені лише через націоналізацію (канонічне право, римське право, транснаціональне торговельне право). Регіональні та місцеві правові субсистеми (князівств, міст) у межах колишньої Священної Римської імперії були впорядковані як правові системи суб'єктів «Германської конфедерації» (подальша складна доля цієї ідеї в контексті нашого дослідження суттєвого значення не має). Світ європейця виявився поділеним на територіальні держави з їх власним правом, з присутністю також нової сфери міжнародного права як сфери взаємодії цих держав.

Тогочасні вчені-юристи при концептуалізації правової карти світу були здебільшого скептичні щодо питання про можливість перетворення міжнародного права на загальний позитивний правопорядок, набуття ним наддержавного характеру, а то й відверто не визнавали його окремішності від національного права. Докладно ці питання розглянуті в працях Гегеля.

У 1821 р. Гегель наголошував, що міжнародне право є насамперед «зовнішнім державним правом» — позитивним, соціальним, договірним, волею кожної конкретної держави, що вступає у відносини з іншою конкретною державою: «Зовнішнє державне право постає із взаємовідносин самостійних держав… його дійсність залежить від різних суверенних воль». Жодні міжнародні союзи не можуть претендувати на наддержавну / наднаціональну владу і творити наднаціональне право. Міжнародне право діє між державами і залишається правом кожної з них, є зовнішнім вираженням і легітимацією окремішності держав. Але держави можуть дійти згоди щодо загальних (чи регіональних) характеру, принципів і змісту міжнародного права для недопущення війни всіх проти всіх[2414].

У «Енциклопедії філософських наук» Гегель пише про «так зване міжнародне право», що засноване насамперед на звичаях і спрямоване на досягнення миру між народами шляхом їх взаємного стримування. Вчений у цій праці вже відокремлює міжнародне право від зовнішнього державного права, яке має договірне походження, відображає волю окремих національних держав і, на його думку, складається з норм, що «не мають справжньої дійсності»[2415].

У «Філософії історії» Гегель уже писав, що у новочасних умовах, коли сформувалися окремі — держави, на основі відносин між ними стають

[2413] Там само. С. 43. Водночас можна говорити про його імпліцитний системний потенціал.
[2414] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство... С. 217, 283, 287–288, 291.
[2415] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 365.

можливими загальні елементи — спільні інтереси й «система держав». Але, знов таки, основним спільним інтересом є збереження окремого — держави, її самостійності: «Управління… здійснює у зовнішній політиці мету держави, що полягає в самостійності нації як індивідуальності щодо інших індивідуальностей»[2416]. Так само Пухта не вважав міжнародне право вираженням загального у праві, а лише чинником забезпечення окремого розвитку держав[2417].

Банкрутство ідеї про те, що загальне в праві може бути об'єктивоване у певній інституалізованій формі («однорідної всезагальної подібності» — Фейєрбах) — поряд із національним правом — відзначалося вченими ще з другої половини XVIII ст. Зокрема, це категорично заперечували Й.С. Пюттер у 1767 р.[2418] і П.Й.А. Фейєрбах у 1812 р. і пізніше[2419]. Гегель зазначав, що територіальність національної держави та її суверенітет чисто географічно не залишають місця для позитивного загального[2420].

Е. Берк у 1790 р. цілком однозначно стверджував, що загальне для всіх націй право може бути створене лише спекулятивним шляхом і не підійде жодній нації, трансцендентне загальне фактично не може позитивно існувати: «Законодавці, які створили республіку в минулому, знали, що ця справа важка і для неї недостатньо метафізичних уявлень студента і математичних знань акцизного чиновника»[2421].

Узагальнену негативну оцінку прагненням віднайти загальне позитивне право дав Гегель: «Матерія максими залишається тим, чим вона є, визначеністю чи одиничністю; а загальність, що дала їй можливість бути прийнятою у форму, є, відповідно, лише аналітичною єдністю»; «у пошуках цього абсолютного образу… не слід звертатися до безформності космополітизму чи до пустоти декларацій про права людини і такої ж пустоти держави народів і світової республіки, адже такі абстракції та формальності містять пряму протилежність моральнісній життєвості та за своєю сутністю опозиційні й революційні щодо індивідуальності»[2422].

[2416] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 434–436, 439, 448.
[2417] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 68.
[2418] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 22–23; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 302–303; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 35, 38.
[2419] Див.: *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 425–426; *фон Фейербах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльне правознавство… С. 337.
[2420] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 365.
[2421] *Берк Э.* Размышления о революции во Франции... Див. також: *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 371–372.
[2422] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве… С. 274, 209, 210, 217–218.

9.2. Загальне як змістовна подібність національних правопорядків

Протягом досліджуваного періоду частина вчених розглядала можливість загальної ***змістовної уніформності в праві*** на основі римського, канонічного чи сприйняття нового французького права. Зокрема, основою для актуалізації пошуків змістовного загального стало *переосмислення значення римського права* (поза питанням про його рецепцію) — вже не як *ratio scripta*, а як однієї із зарубіжних правових систем, запропоноване ще Й. Пюттером (те ж саме він стверджував щодо канонічного та феодального права)[2423]. Філанджієрі у 1782 р. проголосив римське право відповідним лише своїй епосі й своєму контексту та в своїй класичній формі застарілим у наш час[2424]. Г. Гуго піддав критиці сприйняття римського права як практично позаісторичного феномена, як придатного для будь-якого народу на будь-якій стадії розвитку останнього, своєрідного замінника чи втілення природного права у сфері приватно-правових відносин: римляни "були подібні до нас люди, але в своїх діях та установах відрізнялися від нас"[2425]. Натомість він закликав вивчати римське право історично, як право Римської держави та її «народу», чужий досвід, який може бути корисний, але не бездумно скопійований[2426].

Ця тенденція розглядати римське право як не-універсальне посилилася у зв'язку з перебігом подій у Європі. Особливістю німецьких та інших земель, що до 1806 р. входили до Священної Римської імперії, стало те, що із зникненням останньої зник і легітимний загальний правопорядок. Авторитет і легітимність римського права як загального для Західної Європи і принципово важливого для німецьких держав було поставлено під сумнів після прийняття наполеонівських кодексів, і насамперед Цивільного кодексу 1804 р. Особливо відчутним цей вакуум став після звільнення німецьких держав з-під французької окупації у 1814 р.[2427]

Чацький у 1800 р. частково заперечував навіть безпосередню чинність римського права в середньовічній Європі: «успадкована ненависть

[2423] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції… С. 232. Див. також: *Дерюжинский В.Ф.* Гуго…

[2424] *Filangieri G.* The science of legislation. Vol. I… P. 22–24, 29, 34, 36–38, 42, 44, 45.

[2425] *Лысенко О.Л.* Густав Гуго… С. 271; *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 273–274; *Дерюжинский В.Ф.* Гуго…

[2426] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 274; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 43, 45; *Лысенко О.Л.* Густав Гуго… С. 271; *Дерюжинский В.Ф.* Гуго…; *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права… С. 104–105; *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 374; *Мироненко О.М.* Історична школа права… С. 233; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 187.

[2427] Про це див. зокрема: *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière… S. 12–14.

до оракула Юстиніана»[2428]. Тези щодо не універсального, а національного характеру римського права, щодо природності саме національно-державної форми права були повторені Т. Чацьким у праці 1808 р.: «Достатньо для мене, щоби показати, що право римське не є засадою наших прав», «лише право країни є для вас оракулом, іноземні права є [лише] свідченням шановних думок»[2429].

Фейєрбах у 1810 р. стверджував, що римському праву не може бути приписане значення чистого розуму[2430]. А Ганс, відкидаючи думку про унікальність і досконалість римського права, вказував на різні його елементи, що є порівняно більш або менш розвиненими[2431]. Ф. Блюм у працях 1820-х — початку 1830-х років зазначав, що римське право втратило значення загального права країн Європи через об'єктивні причини[2432]. Також в університетській юридичній освіті відбулася зміна підходу до розуміння та викладання римського права — вже не як ідеального комплексу принципів та норм, а позитивного і конкретно-соціального феномена, що має вивчатися в історичному та порівняльному аспектах[2433].

Можливість розгляду *Французького цивільного кодексу 1804 р.* як досконалого витвору, придатного для всіх, що може стати прикладом і основою для формування універсальної змістовної подібності в праві, замінником римського права, пропонувалася, зокрема, у праці Фейєрбаха «Погляд на німецьке правознавство» 1810 р.[2434].

Водночас ця ідея була заперечена низкою вчених. Зокрема, німецький дослідник А.В. Регберг у праці «Щодо Кодексу Наполеона та його запровадження в Німеччині» 1814 р. піддав сумніву ідею загального інваріантного прогресу та відповідно придатність Французького цивільного кодексу для будь-якої країни[2435]. Д. Келлі визначав цей трактат як одночасно анти-філософський (мається на увазі філософія природного

[2428] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. VII, 7, 11, 16, 18, 19, 22, 29, 43–45, 49, 51–54, 56; *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym. T. II… S. 292, 293.

[2429] *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 121, 122, 77, 85, 94–95.

[2430] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльне правознавство… С. 282–286, 288, 292.

[2431] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 88.

[2432] *Blume F.* Englisches recht… S. 374; *Bluhme F.* Grundriß des Pandectenrechts: mit einem Quellenregister… S. VII.

[2433] Докладніше див.: *Кресін О.В.* Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст… С. 136–153.

[2434] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 20–21.

[2435] *Klenner H.* Savigny's Research Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin… P. 72; *Кабрияк Р.* Кодификации / Пер. с фр. Л.В. Головко. Москва: Статут, 2007. С. 69; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-ме-

права) і анти-бонапартистський[2436]. Савіньї, розглядаючи Кодекс Наполеона і Прусське Земське Уложення як раціоналістські кодифікації, що не відповідають загальнонімецькій правовій традиції, у Суді з рейнських справ підтримував скасування першого і виступав проти поширення другого у західнонімецьких землях[2437]. Опонент Савіньї, Тибо, у 1814 р., хоча й висловився за використання французького досвіду, бачив Кодекс Наполеона знаменням нової епохи в розвитку права, але заперечував його універсальну придатність[2438].

Французький юрист і філософ В. Кузін у 1819 р. проголосив Французький цивільний кодекс вираженням ідеалів конкретного, французького суспільства; а ці ідеали змінні, еволюціонують з розвитком самого суспільства. Тому й нові французькі кодекси не є ідеалом на всі часи. Як зазначає Г. Наве, таким чином В. Кузін відкривав можливості для критики французьких кодексів і розвитку юридичної науки[2439]. А Лермінье у 1829 р. писав про наявність у цьому кодексі як загальних, так і суто національних елементів — він трансформував римське право за допомогою старого французького права та нової філософії[2440]. Крім того, у цій праці Лермінье стверджував, що право є відображенням історії ідей, і навіть Французька революція ним описується в руслі учень мислителів і шкіл, як одне з них. А отже, і Кодекс Наполеона є не лише національним, а й невічним.

Також слід згадати про ідею *християнського правового уніформізму*. Зокрема, Кант у 1795 р. вказував на релігію як джерело подібності у розвитку національних правопорядків[2441]. А Міттермайєр у 1812 р., наполягаючи на доктринальному впливі релігії, водночас засуджував впровадження канонічного права — як втручання моралі до сфери права[2442]. Гегель у «Філософії права» розглядав релігію і як елемент, що може бути додатковим, хоча й важливим, у одних культурах (у римлян), і як принципово важливий, вихідний для інших культур та правопорядків (християнство для германців, іслам — для близькосхідних народів)[2443].

тодологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения. С. 296.

[2436] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції... С. 235.

[2437] *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 154.

[2438] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 126. Див. також: *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… P. 577.

[2439] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803–1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie... P. 36–37.

[2440] Ibid. P. 41.

[2441] *Кант И.* Вечный мир… С. 34, 40.

[2442] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts... S. 6.

[2443] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 355, 361, 363.

Можливість часткової об'єктивації загального в праві, на яку вказують учені кінця XVIII — першої третини XIX ст., пов'язана з впливом релігії (духовним зв'язком окремих) та чинністю канонічного права. Але в цей час у деяких країнах (наприклад, у Франції) скасовується чинність канонічного права, в інших (наприклад, на просторі колишньої Священної Римської імперії) продовжує стверджуватися співжиття різних християнських конфесій з їх окремим правом, а також вирішується питання щодо емансипації єврейського населення і т.ін. Ця абсолютно очевидна правова реальність не могла заперечуватися сучасниками, натомість могло йтися лише про можливість різних форм об'єктивації загальних елементів у вченнях різних християнських конфесій у національно-державних правопорядках тих країн, де ці конфесії домінують. Тут відсутні загальність як вселюдськість, загальність як однаковість, загальність як інституалізованість. Йдеться насправді про особливу регіональну традицію, що практично втратила рештки трансцендентності щодо національного права і поступово в різних формах поглинається останнім.

Отже, можливість загальної змістовної уніформності в праві у можливих на той час варіантах (римське, французьке, канонічне право) вченими була відкинута. Водночас очевидною та вповні усвідомленою виступала ***змістовна подібність у розвитку правових систем*** у минулому та сучасності. Необхідність її осмислення зумовила появу численних узагальнюючих теорій, які ми вважаємо за можливе умовно поділити на дві групи: 1) філософсько-раціоналістичні; 2) історично-соціальні.

Можливо, найбільш радикальним варіантом *філософсько-раціоналістичного підходу до осмислення подібності правових систем* став *математичний*. Його, зокрема, розглядав Міттермайєр у «Вступі до вивчення історії германського права» (1812 р.). Зокрема, він зазначав, що законодавство може спиратися на поза-національну (поза-локальну і поза-історичну) чисту юридичну логіку (римська і, очевидно, французька моделі). Результатом цього виступає всеохоплна кодифікація — і тоді право формує суспільні відносини і національний характер. На думку Міттермайєра, це приводить до денаціоналізації права, а також суб'єктивізму правотворців, що засуджувалося автором.

Натомість Тибо у праці «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» (1814 р.) висунув математичну метафору — припущення про те, що окремі інститути права можуть бути суто загальними, не містити в собі нічого національно-індивідуального: «Замислимося лише над окремими частинами цивільного права! Багато з них є, так би мовити, своєрідною чистою юридичною математикою, на яку жодна локальність не може справляти якогось вирішального впливу, наприклад, на вчення про власність»; «вчення про порядок спадкування за законом є найпростішим у світі, в цілому незалежним від жодної місце-

вості, а лише від простої ідеї»[2444]. Звичайно, це суперечило ним же констатованій ідеї національного духу права. Більше того, це скоріше могло вказувати на успадкування вченим метафізичних концепцій і піддавало сумніву суспільний (і відповідно національний) характер права.

Можливо, найбільш радикально редукцію загального до математичних дій із сукупністю окремих за апріорно визначеним алгоритмом протягом досліджуваного періоду засуджували Савіньї і Ганс, стверджуючи, що спроби конструювати загальне (а отже, нічиє) позитивне право є деспотизмом, а долання форми і змісту окремого одночасно знищує зміст загального.

Менш категоричним варіантом філософсько-раціоналістичного підходу була *ідея паралельного самостійного розвитку правових систем*. Зокрема, Е. Берк у 1790 р. уявляв загальний суспільний поступ людства як своєрідний парламент, який працює постійно, але складається з тимчасових окремих — народів. Тимчасових, тому що народи не вічні й на зміну їм приходять наступні. І саме в такій множинності, «колегіальності» загальнолюдського поступу, в якому кожний народ має свій голос і бездушний загальний орган не поглинає окремого свого члена, хоча й може змусити виконувати певні рішення, полягають, на думку Берка, «закон мудрості», «універсальний закон природи», «світовий порядок». Порядок денний світового парламенту визначають його члени, а вирішує — більшість, що є мінливою. У загальносвітовому суспільному договорі кожна стаття є суспільним договором конкретної держави, без цих статей уявний загальний договір не існує[2445].

Одним із варіантів філософсько-раціоналістичного підходу до змістовної подібності правових систем була *ідея чистого розуму, який формується історично*, що може розглядатися як переосмислення ідей Канта. Зокрема, Й.С. Пюттер став автором ідеї *Lokalvernunft* — місцевого (фактично — національного) розуму, що протиставляється апріорно припущеному загальному розуму, який є абстракцією й існування якого не може бути доведене[2446].

Учень і друг Канта Й.Г. Гердер у праці «Ще одна філософія історії» (1774 р.) вказував на неможливість абстрактного всесвітнього інтелектуального прогресу та індивідуалістичність, суб'єктивізм учення про чистий розум: «Це все буде приголомшливим для кожного, хто носить із собою ідеалізований образ доброчесності згідно з ученням його століття,

---

[2444] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 122, 123. Про це див. також: *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 421; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения... С. 15.

[2445] *Берк Э.* Размышления о революции во Франции... Див. також: *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 371–372.

[2446] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції… С. 232. Див. також: *Дерюжинский В.Ф.* Гуго…

хто настільки наповнений філософією, що очікує знайти весь Всесвіт у піщинці»[2447]. У праці «Ідеї до філософії історії людства» (1784–1791 рр.) він вказував на загальну стадіальність розвитку культур і людського розуму[2448]. Загальний елемент у суспільному розвитку при цьому, на перший погляд, має метафізичний характер — це єдиний гуманний дух людства, що виявляється у загальному розумі та ідеї справедливості[2449]. Водночас Гердер писав про загальність культурного прогресу людства: «Один ланцюг культури поєднує своєю лінією, яка є кривою і весь час відхиляється в бік, всі розглянуті у нас нації»[2450]. Він цілком недвозначно відкидає метафізичне апріорне конструювання загального у суспільному розвитку[2451].

Г. Філанджієрі у «Науці законодавства» (1782 р.) виокремлює у національному праві загальний («абсолютне добро») та індивідуальний («відносне добро») елементи, що взаємодіють, але не співпадають. У основі «абсолютного добра» або «загального права народів» лежать універсальні моральні принципи, «спільні для всіх націй та всіх урядів, і адаптовані до всіх кліматів» — природне право, оперте на універсальний розум, релігійне вчення та природні домінанти людського існування — але, на відміну від юснатуралістів, Філанджієрі стверджував, що цей загальний елемент у праві не є незмінним, він розвивається разом з «прогресом інтелектуального знання та філософії» і формує епохи або «покоління» в розвитку права[2452]. Доволі промовистим є співвідношення матеріалу в книзі: «абсолютному добру» присвячено один підрозділ обсягом 21 сторінка, а «відносному добру» — десять підрозділів загальним обсягом 155 сторінок.

Г. Гуго однозначно відкидав реальність загального права розуму[2453]. Його пропозиція, висловлювана починаючи з 1789 р., оцінювати суто позитивні правопорядки як правомірні є розвитком кантіанського вчення про практичний розум (розсудок): хоча в ідеалі, згідно з вищими вимогами розуму, має існувати єдиний загальносвітовий уряд, але в реальній дійсності існують національні держави, до яких народ звик й існування яких як засобів проти повного безправ'я та анархії цілком

[2447] Цит. у нашому перекладі за: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?... P. 2006. Див. також: *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 10; *Нарский Н.С.* Гердер… С. 55; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 403–404.

[2448] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 140, 440–442, 466, 543–544. Див. також: *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 39.

[2449] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 441.

[2450] Там само. С. 440–442, 544. Див. також: *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 39; *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2006, 2009; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 403. Див. також: *Хобсбаум Э.* Нации и национализм после 1780 года… С. 122.

[2451] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 9, 10.

[2452] *Filangieri G.* The science of legislation. Vol. I… P. 22–24, 29, 34, 36–38, 42, 44, 45.

[2453] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 273–274; *Лысенко О.Л.* Густав Гуго… С. 271; *Дерюжинский В.Ф.* Гуго…

правомірне[2454]. Реальний національно-державний правопорядок, таким чином, фактично перестає бути референтним до морального імперативу та чистого розуму як ідеї всесвітнього правопорядку — як такої, що насправді лежить поза сферою власне права і є нездійсненною, не може претендувати на роль загального в правовому розвитку. Гуго запропонував вже згадану ідею *«verschiedenen positiven Rechte»* — різноманітності, множини позитивного права, що не може бути зведене до жодної універсальної та загальноприйнятної моделі[2455].

Е. Берк у 1790 р. стверджував, що жодна ідея в історії людства, в тому числі ідея свободи, не є абстрактною, вона завжди конкретно-національна: «Я не засуджую жодну форму правління просто з абстрактного принципу», «Чи маю я сьогодні вітати цю країну із звільненням лише тому, що абстрактно свободу може бути віднесено до блага для людства?»[2456].

Позиції Канта у працях 90-х років XVIII ст. дещо змінилися порівняно з працями «критичного» періоду: він чіткіше диференціював юридичне та філософське знання, визнав автономність правової сфери як витвору раціональної (чи навіть ірраціональної) колективної людської свідомості й волі. У «Вічному мирі» (1795 р.) Кант відносив реальний (емпіричний) правовий стан, національно-державне право до сфери практичного розуму (розсудку) і вважав його лише тимчасовим на шляху до права чистого розуму, але закликав сприймати такий тимчасовий стан як даність: «Закони взагалі містять у собі основу об'єктивної та практичної необхідності»[2457]. У запропонованій Кантом у цій праці типології правопорядків, що складалася з національного, міжнародного і «космополітичного» права, право чистого розуму відсутнє — воно не є і не може бути правопорядком поряд з іншими типами, що опертi на соціальну волю. Не-соціальна сфера права чистого розуму залишилася поза власне правом, як така, що не об'єктивується у вигляді правової системи, не може виступати як загальне у праві, є моральнісно-філософською сферою спекулятивного мислення.

К.Й.А. Міттемайєр у 1812 р. зазначав, що ідеї чистого розуму бракує будь-якого конкретного змісту, вона зводиться насамперед до формальної вимоги впорядкування людських правовідносин[2458]. Також Г.М. Данилович у 1818 р., очевидно, спираючись на ідеї Філанджієрі,

---

[2454] *Чичерин Б.Н.* История политических учений. Т. 3… С. 126, 128, 130; *Азаркин Н.М.* Всеобщая история юриспруденции. Курс лекций. Москва: Юридическая литература, 2003. С. 425; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения. С. 296.

[2455] *Hugo G.* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Band 2… S. 10; *Hugo G.* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Band 1. S. 87. Цит. за: *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs… S. 102–103.

[2456] *Берк Э.* Размышления о революции во Франции... Див. також: *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 371–372.

[2457] *Кант И.* Вечный мир... С. 9.

[2458] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichten des germanischen Rechts… S. 59–60.

стверджував, що у будь-якому праві «слід шукати не абсолютного, а відносного добра»[2459].

Н.Н. Фальк у 1821 р. вказував на існування «універсальних юридичних істин» («загальних для всіх народів раціональних правових принципів»), «універсальної культури» (у тому числі «релігійної правди»), «універсальної історії людського роду» (як реального процесу), загального людського духу, загальнолюдської основи права; загальне в праві він вважав сутнісним і необхідним, а окреме — випадковим[2460]. Визнаючи банкрутство ідеї про можливість об'єктивації природного права — через те, що воно не має загальної соціальної основи, Фальк відзначав фактичне існування останнього у вигляді загальнопридатних принципів права, що випливають із загального людського розуму, логічної необхідності та існують як іманентний елемент права кожного громадянського суспільства («Загальне в кожному правовому стані окремо наперед визначається особливостями народів») незалежно від їх закріплення у законодавстві. До таких принципів належать і ті, «що визнаються як правильні та чинні без посилання на якусь санкцію держави, конституюються самим існуванням держави як необхідний наслідок із цього факту»[2461]. Також І.Б. Раковецький у 1820–1822 рр. згадував про «поступ людського розуму»[2462].

У 1822–1823 роках Е. Ганс виклав ідею про те, що позитивним елементом формування загального в праві є передання досвіду народу чи групи народів іншим народам[2463]. Але він різко критикував ідею щодо індивідуального передання здобутків у сфері права одним народом іншому (римлянами — германським народам), зазначаючи, що кожний народ передає свої здобутки до загальної скарбниці чистого розуму[2464]. Ганс припускав, що для кожної епохи властиве, серед іншого, особливе розуміння (в тому числі розуміння права), і це розуміння реалізується у новому понятті (в тому числі понятті права)[2465]. Але «руху безпосередньо форма поняття не властива», епоха розуміється ним не як предмет, а як інтелектуальний рух, а згадане розуміння і сили народів стають її інструментами. При цьому кожна нова епоха відчуває розрив з попе-

[2459] *Daniłowicz I.* Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi I litewskiemi… S. 66.
[2460] *Falck N.* The Scientific Study of Jurisprudence; its Preliminaries, Special Subjects, Means, and Appliances… P. 166–168, 170; *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 196–197.
[2461] *Falck N.* The Scientific Study of Jurisprudence; its Preliminaries, Special Subjects, Means, and Appliances… P. 175–179, 183, 186; *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 196.
[2462] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 129, 134–135, 244, 246, 252; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 255.
[2463] *Gans E.* A Society to further Jewish integration… P. 216.
[2464] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 80–81.
[2465] Там само. С. 79, 81.

редньою[2466]. Ганс стверджував: щодо будь-якого моменту в житті народу його минуле є мертвим, а традиція (з індивідуальними елементами, що в ній містяться), на відміну від раціонального вибору, не визначає вибір правової моделі[2467]. У 1830-х роках П.Й.А. Фейєрбах стверджував, що право чистого розуму завжди залишатиметься лише особистим переконанням, позаяк «його легітимація і розуміння перебувають у внутрішній самосвідомості» і за жодних обставин не зможе «формувати зовнішній суспільний лад, до якого належить право»[2468].

Але найбільш грунтовно ідею про самодетерміновану спіритуалістично-інтелектуальну еволюцію протягом досліджуваного періоду було розроблено у працях французького вченого Е. Лермінье. У своїх ранніх працях він розглядав філософський елемент як особливу форму відображення загальнолюдської еволюції учень про право. Вчений заперечував розвиток у межах однієї нації, практично не визнаючи впливу держави та політичного життя на право, а також процеси взаємовпливу правових систем, включаючи навіть рецепцію римського права. Національна традиція залишалася для нього спіритуалістично-інтелектуальною, позитивне ж національне право практично не входило до предмета дослідження. Напрямом всесвітньої еволюції права ставала універсалізація як подальше поступове зниження національного (історичного) елемента на користь універсального в контексті загального зниження ролі символічного, ідеального на користь раціонального, філософського.

У 1829 р. Е. Лермінье розглядав філософію права (як сукупність політико-правових вчень у їх розвитку) як визначальний елемент у розвитку права. Він стверджував, що філософські ідеї, зокрема ідея справедливості як основна для права, універсальні та закладені у розумі людини. Саме філософський елемент права він вважав раціональним і сутнісним, а історичний — формальним. Тому в процесі взаємодії цих елементів філософський елемент домінує, що призводить до поступової універсалізації права. Фактично ототожнюючи належне і суще, Е. Лермінье проголошував рівнозначність учення про право і власне позитивного права. Але, вказуючи на філософський елемент у праві, Лермінье мав на увазі саме національну філософію, спосіб мислення, який і народжує національне право[2469].

Проте вже у 1831 р. він вказував, що природне право (у будь-якій формі й широкому розумінні — як абстрактне спекулятивне вчення про

[2466] Там само. С. 79–80, 93.
[2467] Там само. С. 79, 86, 88–89.
[2468] *фон Фейербах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльне правознавство… С. 332. Див. також с. 330–339.
[2469] *Lerminier E.* The German historical school of jurisprudence... P. 58–60; *Navet G.* Eugène Lerminier (1803–1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie… P. 39.

право) не може бути мірилом позитивного права, філософія має національні особливості, втілення філософських ідей у позитивне право корелюється об'єктивними обставинами (сукупно названими політикою)[2470]. Таким чином, філософський чинник стає неуніверсальним і несамодостатнім, а однозначність домінування філософії над позитивним правом вперше у працях цього вченого поставлена під сумнів.

У зв'язку з початком викладання курсу історії порівняльних законодавств Е. Лерміньє виступив з інаугураційною промовою «Викладання порівняльних законодавств», розгорнутий варіант якої 1834 р. було опубліковано у журналі *«Revue des deux mondes»*. У цій праці було відображено переконаність автора у всесвітньому та прогресивному характері еволюції права: «Людське спілкування виключає довільність у розвитку роду людського, і його спадщина дійсно неподільна. …Ідеї сучасного світу розвивалися синхронно і спадкоємно в рамках всього людства. Примітно, що великі рухи історії відбувалися у різних місцях майже одночасно…»[2471].

Лерміньє стверджував, що трансформації позитивного права практично співпадають із змінами у мисленні людей (у всесвітньому масштабі): «Коли ж право вмирає? Коли розум відмовляється від нього, і коли з'являється більш жива ідея»[2472]. Абсолютизуючи спіритуалістично-інтелектуальну еволюцію, вчений у цій праці повністю відкидав вплив політики на право, проголосив, що навіть революції є лише «галасливими прокламаціями», які нічого радикально не змінюють і є звичайним продовженням еволюційного розвитку[2473].

Під еволюцією права вчений розумів насамперед розвиток політико-правових учень, уявлень про природне право: «Право… має своє джерело у розумі людини; ми не можемо визнати реальною різницю між правом суспільним та правом природним; така різниця може формулюватися у скороминущій абстракції». Природне право він вважав не незмінним феноменом, а «універсальним законом», що еволюціонує. Таке бачення, на його думку, є «початком нової теорії права», в якій поєднаються «суспільне» та природне право[2474].

На нашу думку, працю «Викладання порівняльних законодавств» слід розглядати як декларацію намірів людини, яка лише розпочала опанування нової для себе сфери знань і намагається проектувати на неї ті підходи, які нею використовувалися в інших сферах, є звичними і комфортними. Основною ідеєю-припущенням Е. Лерміньє у цій праці, на нашу думку, є можливість екстраполяції на порівняльну сферу спе-

---

[2470] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803–1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie… P. 51.
[2471] Ми користувалися другим виданням цієї праці. Див.: *Lerminier E.* De l'enseignement des législations comparées… P. 76.
[2472] Ibid. P. 91.
[2473] Ibid. P. 91.
[2474] Ibid. P. 90.

кулятивно-апріорних підходу та знання з його філософії права — а саме таких елементів останньої: ідея щодо двох елементів у розвитку права — філософського (сутнісного та універсального) та історичного (формального та партикулярного); тотожність ідеального та реального вимірів буття права, належного і сущого у ньому; відмова розглядати позитивне право як самостійний предмет дослідження, заміна його знання логічною спекуляцією. Але це не може применшити того, що Лерміньє проголошує національне право основним елементом правового розвитку, а також єдиним вмістилищем ідей про загальне у праві.

У статті «Щодо методу історії порівняльних законодавств» (1836 р.), розглядаючи проблему загального та окремого в правовому розвитку, Лерміньє зазначав, що у праві кожного народу відображаються загальні, загальнолюдські елементи: «Перший результат порівняння — загальність важливих елементів людства». Знаходження загальних законів розвитку важливе тому, що, присвячуючи їм свої сили, люди і народи стають вільними й сильними[2475]. Але там само Лерміньє стверджував, що при глибшому погляді на перший план виходять відмінності, що ставлять під сумнів ідею законів чистого розуму.

Зміни у поглядах Лерміньє у першій половині 30-х років XIX ст. дістали відображення у стенографічному виданні його лекцій 1835 — 1836 рр. під багатообіцяючою для дослідника назвою «Курс історії порівняльних законодавств» (1836 р.). У ній виклад історії позитивного права (в руслі загальної політичної історії) було структурно відокремлено від розгляду політико-правових учень. Достатньо новим, хоча й, зважаючи на попередні погляди вченого, таким, що вимагає детальнішого розгляду, є твердження щодо неспівпадіння еволюції ідей та політико-правових процесів, щодо причинності та об'єктивної еволюції останніх[2476].

У пізнішій статті «Гебраїзм та християнство» (1846 р.)[2477] вчений продовжує визнавати загальносвітові закономірності еволюції та стадіальність у суспільному розвитку («кожна епоха має свій сенс і значення», «розвиток суспільства здійснюється відповідно до необхідних законів»). Він не відмовився від ідеї прогресу, але фактично визнав, що останній є непрямим: «Людство розвивається, але часто на руїнах окремої величі» (очевидна паралель з Гегелем). Окрім того, проголошувалася неоднозначність, відносність загальносвітового прогресу: він має і позитивні, й негативні наслідки. Зокрема, поступове становлення принципів і практики демократії призводить до зменшення ролі й значення та навіть «зникнення» людини в суспільстві.

[2475] *Лерминье Ж.Л.Э.* О методе истории сравнительных законодательств… С. 25, 28–29. Див. також: «Раціоналізм не є перепоною на шляху ідеалізму, як припускають деякі філософи, він — сходинка його формування, ступивши на яку, ми одержуємо майданчик і тверду основу для обговорення наших інтересів і прав». Там само. С. 26–27.

[2476] *Lerminier E.* Cours d'histoire des législations comparées, professé au Collége de France… P. 220, 264, 267, 464.

[2477] *Lerminier E.* L'hébraïsme et le christianisme...

У цій статті зникає захоплення загальним («філософським») елементом, останній перестає бути позачасовим імперативом, а розглядається як тенденція, що має свій історичний початок і ще не визначену подальшу долю. І загалом увиразнюється поняття про загальне — воно розглядається не як те, що стоїть над національним елементом (у тому числі національним правом), а як суміш запозичених елементів різних національних традицій, що стає загальною (тобто міжнаціональним елементом). Загальне переходить із сфери ідей у сферу практики, в тому числі політики і позитивного права, й остаточно втрачає залишки метафізичності. Водночас зникає впевненість у закономірності та односпрямованості загальносвітового суспільного розвитку, його однозначній детермінованості. Він стає результатом впливу кількох чинників (національна традиція, політичні обставини, сутність запозичених елементів), діалектичним за своїм характером (відносність позитивного і негативного, залежність їх оцінки від кута зору дослідника), може мати альтернативні варіанти еволюції.

Савіньї у праці «Система сучасного римського права» (1840–1849 рр.) заявив про примирення з ідеями Канта щодо загальності людського розуму, вказуючи на нього як на інший рівень правового розвитку — поряд з національними і наднаціональними правовими спільностями[2478]. Це, на нашу думку, є принципово важливою зміною, поєднанням теоретичних засад соціального права Гуго, Канта і Гегеля. Вважаємо, що саме із цим пов'язана поява у цій та пізніших працях Савіньї акцента на національному духові, який визначає індивідуальне в праві. На основі ідеї нового розуміння духу в праві як правосвідомості — як нового, більш загального і надійного критерію виділення соціально-правових феноменів — Савіньї представив докладніше розроблене бачення типології соціального права, значною мірою засноване на ідеях Канта 1790-х років.

Рівень загального розумного у праві за цією працею Савіньї визначити складно, виходячи як безпосередньо з тексту, так і з неуточненого посилання на Канта (які його праці та якого періоду маються на увазі; наскільки сутнісним чи поверховим є сприйняття його ідей?). Але принаймні з тексту Савіньї чітко зрозуміло, що загальне є одночасно об'єктивним як сума національних правових досвідів і суб'єктивним як предмет пізнання (залежить від того, хто, як і що складає до суми). Чи є загальне, таким чином сприйняте, соціальним? На це питання Савіньї дав ніби однозначно негативну відповідь: це можливо теоретично, але не є таким у реальній дійсності: загальне право не є дійсним правом і

[2478] *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 285–286. Див. також: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 87; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…

не є чинним для будь-якого людського колективу[2479]. Але принаймні індивідуальне/окреме, особливе і загальне співвідносяться як явища одного порядку, хоча й різного рівня, в позаправовій сфері, що є джерелом позитивного права, — як, так би мовити, індивідуальний (національний), особливий (макрокультурний, релігійний) та загальний (вселюдський) дух.

Загалом відзначимо, що ідея самодетермінованого загальнолюдського розуму, що постійно розвивається, попри декларований виключно спіритуалістичний характер, не могла розглядатися як послідовна, втрачала чистоту в своїй історичності, змішуючи належне та дійсне. У будь-якому разі, в більшості проаналізованих праць ця ідея проголошується, але (окрім як у Лермінье) докладно не розкривається і суттєво понижується в своїй значущості через інші запропоновані ідеї. За своїм характером вона максимально наближається до ідеї доктринальної близькості правових систем.

Набагато виразнішою у працях авторів досліджуваного періоду виступає безпосередньо проголошувана *ідея збереження і поглиблення доктринальної близькості правових систем*, що також була варіацією філософсько-раціоналістського підходу до пізнання їх змістовної подібності. Зокрема, ще в обгрунтуванні необхідності створення Бюро зарубіжного законодавства в Парижі у 1801 р. вказувалося на те, що право європейських країн розвивається загалом у одному напрямі, а тому зарубіжний досвід набуває значення для національного права — очевидно, як зразок для наслідування[2480].

Г.Ф. Пухта у 1821 р. вказував, що поступово національна правова свідомість вбирає в себе загальні елементи, «зазнає впливу більш загальних ідей, що виходять за межі замкненого характеру народу, оскільки будь-яка освіта полягає у сприйнятті загального, що поєднане з особливим і долає його природну шорсткість та ізольованість»[2481]. У 1822–1823 роках Е. Ганс зазначав: правова істина є лише у загальному, а саме у понятті права, яке поступально розвивається, а окреме — один з її моментів[2482].

К.С. Цахаріа у 1829 р. відзначав наявність загальних принципів розвитку права, не вказуючи, щоправда, на їх природу, а також на можливість відновлення доктринальної єдності («принципи права і

[2479] *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 285.

[2480] *Actes* du Gouvernement / Grunebaum-Ballin P. Comment Bonaparte, Premier Consul, fonda le premier organisme francais d'etude des legislations etrangeres et du droit compare // Revue internationale de droit compare. 1953. Vol. 5. No. 2. P. 268–269.

[2481] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 20–21, 42–43, 55, 72, 90–91, 96–98. Див. також: *Бондарук Т.І.* Теорія правоутворення Георга Фрідріха Пухти… С. 56; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Автореф... С. 16; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…

[2482] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 76, 82, 92–93, 95; *Gans E.* A Society to further Jewish integration… P. 215–217.

правила розумності») між народами — без творення єдиного права чи домінування якогось правопорядку над іншими[2483]. На думку Цахаріа, двома протилежними сучасними тенденціями сучасності є, з одного боку, прагнення до збереження національних засад права і «посилення національної влади», а з іншого — зростання загальних елементів у національних правопорядках, пов'язаних з бажанням юристів наблизити право до певної ідеальної моделі, «сплавити» наявне розмаїття у щось єдине «в дусі світового громадянства», що визначав як космополітизм[2484].

Ф. Блюм у працях 1820-х — початку 1830-х років вказував, що загальне у праві можна конструювати — зусиллями юристів потенційно може бути створено єдиний доктринальний простір, що відповідно може впливати на правотворення та правореалізацію: «Зрештою, коли для більшості юристів ідея природного права вже перестає бути переконливою, або не задовольняє зовсім, усе йде до того, що, навіть маючи різне законодавство, єдність науки про право можна зберегти, якщо мати до нього спільний підхід»[2485]. У праці В.А. Мацеєвського "Історія слов'янських законодавств" (1832–1835 рр.) до певної міри загальним виступає римське право — але лише як доктринальна, а не нормативна реальність, зразок для навчання, а також доволі формально згадані «цивілізованість» та «дух і потреби часу»[2486].

Лерміньє висунув ідею доктринального уніформізму в його пізнішій праці «Гебраїзм та християнство» (1846 р.). Він зазначав, що можливість часткового порушення спадкоємності у розвитку національних традицій закладена у необхідності реагувати на нові виклики в житті народів, «критичні труднощі», які вимагають «незалежних (від власної традиції. — *О.К.*) рішень». У тексті праці немає згадки про те, коли відбувся перехід від самостійного розвитку народів, який мав власні закономірності, до утвердження загальносвітової еволюції. Але на це вказує сама назва статті, яка передбачає порівняння іудаїзму та християнства. Отже, перехід від національних релігій як частини їхньої психології та культури до християнства як однієї із світових релігій знаменує й перехід до наднаціональних тенденцій суспільного розвитку.

В результаті «оригінальність рас, народів і людини суттєво змінилася». Відбувається глибинне зближення у духовному, господарському та політико-правовому житті народів — «майже завжди та сама модель управління, і той же тип установ». Лерміньє оцінював цей процес переважно негативно, вважав його фатальним для розвитку індивідуальності як народів, так й індивідуумів. Культури, в тому числі філософські

[2483] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 199–200.
[2484] Там само. С. 200–201, 208–209.
[2485] *Blume F.* Englisches recht… S. 374; *Bluhme F.* Grundriß des Pandectenrechts: mit einem Quellenregister… S. VII.
[2486] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. V, VII, IX, 2, 38, 67–69.

ідеї народів, поступово стають за своєю сутністю космополітичними, що з часом призведе до зникнення народів, втрати людством його духовного багатства і краси. Лерміньє вказував на механізм конвергенції національних традицій та утвердження загальносвітових тенденцій розвитку. Зокрема, це відбувається шляхом імітації зарубіжних моральності та релігій. Процеси уніфікації світового духовного розвитку домінують, що супроводжується також духом космополітизму. На думку вченого, це веде до утвердження одноманітності та системності світу й матиме наслідком формування єдиного механізму пригнічення людської особистості: «Скрізь правила і дух системи, яка брутальною силою керує діяльністю людини, ув'язнюючи і калічачи. Метод душить життя»[2487].

Відзначимо, що на доктринальні зв'язки національних правопорядків, у основі яких лежить авторитет і престижність зарубіжного права (правового досвіду), звертали увагу також Фальк[2488], Раковецький[2489], Мацеевський[2490] та ін.

Водночас, пошуки змістовного загального в правовому розвитку були піддані жорсткій критиці Гегелем. У праці 1802 р. він наголошував на неможливості існування загального позитивного правопорядку, заснованого на спільних ідеях, очищених від їх національних форм (кантівський «чистий розум»), адже зміст у праві нерозривно пов'язаний з формою, результатом стане ніщо, чиста всеєдність є безбарвність[2491]. А у «Лекціях з філософії історії» Гегель стверджував: ігнорування національної визначеності розвитку перетворює ідею загального на беззмістовну і водночас безформенну — не втілену в жодній конкретній формі; намагання абстрактності, загального поглинути живі окремі приводить до його смерті[2492].

Історико-соціальне осмислення змістовної подібності правових систем протягом досліджуваного періоду проявлялося в ідеях соціально-економічно обумовленої стадіальності в розвитку права та генетичних ліній передання соціального, в тому чилі й правового досвіду.

Ідея соціально-економічно обумовленої стадіальності в розвитку права відображена, зокрема, у працях С.Ю. Десницького 60–70-х років

[2487] *Lerminier E.* L'hébraïsme et le christianisme…

[2488] *Falck N.* The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances... P. 198; *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 197.

[2489] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 2; R*akowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 81–82, 128, 135; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 187–188, 254.

[2490] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. 3, 5–6, 54, 67–69.

[2491] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство... С. 28, 38, 39, 41, 234. Див. також: «Моральна субстанція, держава, має своє буття, тобто своє право, безпосередньо не в абстрактному, а в конкретному існуванні і що лише це конкретне існування, а не одна з багатьох думок, які вважаються моральними настановами, може правити за принцип її діяльності й поведінки». Там само. С. 290.

[2492] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 113–114, 119–121, 125, 151, 211, 361–362.

XVIII ст. Він вказував, що «народні звичаї скрізь бувають подібні коли самі народи перебувають в подібному між собою стані невігластва і варварства»; в міру свого вдосконалення у них виникає однакова потреба у розвитку законодавства, розвиток інститутів права (наприклад, права власності) відповідає рівню розвитку суспільства і є подібним у різних суспільств на однаковій стадії розвитку («Початок і походження власності у високому стані народів поєднано з безпосереднім походженням і самих правлінь державних»). Такими стадіями є: 1) первісна — полювання і збиральництво; 2) скотарство; 3) рослинництво; 4) торгівля (комерційний стан)[2493]. Геттінгенський історик Й.-Х. Енгель у своїй магістерській дисертації 1790 р. на основі подібних уявлень здійснив порівняння «військових республік» давніх спартанців, критян і українських козаків[2494].

Т. Чацький у працях «Про литовські й польські права та їх дух…» (1800 р.) і «Чи римське право було основою литовських і польських прав» (1808 р.) заперечував існування загального права в Європі у період Середньовіччя, вказував, що подібність національних правопорядків може виникати в процесі їх саморозвитку і не свідчить про існування інституціоналізованого загального в праві[2495]. Він вказував на можливість ситуації відсутності взаємодії в праві — сусідні народи можуть ненавидіти одне одного, не сприймати чи не розуміти чуже право і нічого один в одного не запозичувати; категорично заперечував рецепцію римського права у Польщі[2496]. При цьому він вказував на елементи загальності у розвитку права, які визначаються різними епохами цивілізації[2497], але цю думку не було акцентовано і докладніше не розвинуто.

І.Ф. Тимковський у 1808 р. вказував на дві стадії у розвитку народів — землеробську і ремісничу, яким відповідають правовий і політичний розвиток. Зміст останніх у межах стадії частково подібний, що, зокрема, відображається у позитивному цивільному праві[2498].

[2493] *Десницкий С.* Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции… С. 196, 198, 204–205; *Десницкий С.* Юридическое рассуждение о начале и происхождении супружества у первоначальных народов и о совершенстве, к какому оное приведенным быть кажется последовавшими народами просвещеннейшими… С. 258, 263; *Десницкий С.* Юридическое рассуждение о разных понятиях, какие имеют народы о собственности имения в различных состояниях общежительства… С. 270–272, 285.

[2494] *Нічик В.М.* Києво-Могилянська академія і німецька культура… С. 143.

[2495] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. 16, 29.

[2496] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. VII–VIII, 4–6, 19, 25, 28–29; *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym. T. II… S. 292; *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 77, 94–95, 97, 99–116, 120–121.

[2497] *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 99.

[2498] *Тимковский И.* О применении знаний к состоянию и цели государства… С. 20–22.

П.Й.А. Фейєрбах у статті «Феміда, чи внесок до законодавства» (1812 р.)[2499] писав про таку можливу форму існування загального в праві, як прогрес принципів права, що відповідають стадіям розвитку суспільства. Він вважав ці стадії однаковими для всіх суспільств, незважаючи на їх національно-державну індивідуальність; але таке загальне не знімає національного — загальні принципи права адаптуються до умов кожної держави. І все ж конкретне національне, французьке право для нього в реальних обставинах виступило як втілення духу епохи, загальносвітового стадіального, а не індивідуального розвитку.

Також органіцизм Савіньї у його баченні розвитку окремого не слід визначати як однозначно індивідуалізуючу настанову. Як зазначає М.Є. Асланов, «використання цієї алегорії завжди створювало смичку між генералізуючим та індивідуалізуючим підходами. Порівняння будь-якого історичного процесу з життям людини покликане дати універсальні правила, за якими розвивається будь-яке одиничне в історії, залишаючи за останнім можливість відрізнятися від інших одиничних особливостями перебігу життєвого процесу. Таким чином, з'являються підстави якщо не для відмови від протиставлення генералізуючого та індивідуалізуючого підходів до історії, то принаймні для серйозної ревізії уявлень про генезис цих точок зору»[2500].

Зокрема, у 1816 р. Савіньї писав про історію права у зв'язку із «загальною історією народів»[2501]. Це можна, звичайно, вважати визнанням загальної історії права як предмета досліджень, але не загального права як явища. Г. Монгаупт і М.Є. Асланов зазначають, що Савіньї послідовно протиставляв поширеному в працях Фейєрбаха та інших учених-правознавців поняттю «універсальна історія права» позбавлену телеологічності ідею всесвітньої історії права[2502]. Йдеться про ідею сукупності замість єдності. Савіньї цілком виразно відчував цю відмінність: у працях т.зв. «неісторичної школи» «кожний історичний період одного народу є продовженням розвитку всіх минулих часів», перебуває «у нерозривній єдності з усім минулим»[2503], у той час як для історичної школи лінії національного континуїтету і спадкоємності ніколи не втрачають своєї окремішності. Також у передмові до «Журналу історичного правознавства» 1815 р. Савіньї відзначав, що даністю для кожної епохи є зміст, що породжується народами як окремими в їх історичному роз-

[2499] Див.: *Спекторский Е.В.* К столетию исторической школы в правоведении… С. 425–426.
[2500] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Автореф… С. 19.
[2501] *von Savigny F.K.* Stimmen für und wider neue Gesetzbücher… S. 9.
[2502] *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса...; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Автореф… С. 17, 20–21; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[2503] *von Savigny F.K.* Stimmen für und wider neue Gesetzbücher… S. 3. Див. також: *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса...; *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 35, 38.

витку, а не загальне («ціле») у процесі його становлення і не сваволя сучасності (отже, і не насильницьке поширення права одного народу на інші)[2504].

Г.М. Данилович у 1818 р. зазначав, що розвиток суспільства визначає необхідність змін у праві, на основі своїх чи запозичених розробок; також він припускав можливість ідентичності приватного права у різних народів, адже воно породжується однаковими потребами людей[2505]. І.Б. Раковецький у праці 1820–1822 років, хоча й не акцентовано, згадував про загальний дух епохи в розвитку права, припускав можливість подібності між правом народів, що не порушує їх індивідуальності — якщо подібні елементи виникли у кожного народу самі собою в процесі його розвитку; але загальна історія права ним визнається не як об'єктивний процес, а лише як сфера досліджень[2506].

Н.Н. Фальк у 1821 р. зазначав, що схожі зовнішні обставини розвитку народів у їх поступовій зміні формують загальні епохи у розвитку права[2507]. А у праці В.А. Мацеєвського "Історія слов'янських законодавств" вказувалося, що розвиток однієї правової системи може дати поштовх до змін іншої — без запозичення конкретних норм[2508]. Лермінье у стенографічному виданні його лекцій 1835–1836 рр. «Курс історії порівняльних законодавств» (1836 р.) стверджував синхронність у розвитку країн світу однієї історичної епохи[2509].

Отже, частина вчених вважала, що виникнення подібності між двома і більше національними правопорядками може бути спонтанним, внаслідок самостійних паралельних процесів у межах кожного з них. Савіньї у зв'язку з цим писав про «першість прояву» тих чи інших елементів у одному чи іншому національному праві: тобто є подібні елементи, що мають проявитися у різних правопорядках.

Генетичний підхід припускав існування замість або поряд із духовною єдністю / близькістю наявність генетичних зв'язків, ліній передання соціального досвіду (в тому числі нормативних моделей регулювання суспільних відносин). Ще Й.Г. Гердер у праці «Ідеї до філософії історії людства» (1784–1791 рр.) вказував, що зв'язок культур здійснюється насамперед через генетичне передання досвіду в спадок (поряд

[2504] Цит. за: *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 78–79.
[2505] *Daniłowicz I.* Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi I litewskiemi… S. 33, 43, 65, 71.
[2506] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 129, 134–135, 244, 246, 252; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 255.
[2507] *Falck N.* The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances… P. 204–205.
[2508] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. 6.
[2509] *Lerminier E.* Cours d'histoire des législations comparées, professé au Collége de France… P. 220, 264, 267, 464.

з органічним)[2510]. Т. Чацький у працях 1800 і 1808 р. як на цілком нормальне явище вказував на набуття одним народом від іншого «початкових звичаїв» (для реципієнта цей фонд може ознаменувати входження до соціального буття)[2511]. Ці ж ідеї розвинуті І.Б. Раковецьким: запозичені елементи можуть бути первинною основою культури і права народу[2512].

Так само К.Й.А. Міттемайєр у працях «Теорія доказів у кримінальному процесі: загальні позитивні закони та положення французького кримінального законодавства» (1809 р.) і «Вступ до вивчення історії германського права» (1812 р.) вказував на спадковість між правопорядками — від одного народу до іншого, в тому числі від римлян до французів[2513]. Учений вважав, що один з можливих (поряд з домінуванням саморозвитку) шляхів розвитку культури народу передбачає домінування запозичення: якщо у момент виходу народу із стану варварства на шлях розвитку своєї культури (перехід від природного існування до соціального розвитку) він колонізований державою іншого народу, в тому числі культурно, то він значною мірою або повністю розвиває запозичену культуру (зокрема, це римляни, які перейняли культуру від греків)[2514].

Савіньї подолав темпоральну й просторову скінченність національного права, на прикладі римського і германського права запропонувавши ідею передання культурного, в тому числі правового, досвіду в своєрідний спадок — шляхом рецепції[2515]. Так, римське право для Німеччини в часи Савіньї було найважливішим і єдиним загальнонаціональним елементом позитивної правової дійсності, й заперечити це було неможливо. О. Бео зазначає, що для Савіньї «в його ідеально-типологічному протиставленні» реальним сучасним загальнонаціональним правом було римське, а германське — лише партикулярним. Він бачив можли-

---

[2510] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 440–442, 544. Див. також: *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 39; *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. C. 2006, 2009; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 403. Див. також: *Хобсбаум Э.* Нации и национализм после 1780 года… С. 122.

[2511] *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 95, 122.

[2512] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 246, 254, 315.

[2513] *Mittermaier C.J.A.* Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse: nach den gemeinen positiven Gesetzen und den Bestimmungen der französischen Criminal-Gesetzgebung… S. 13–14, 16–17; *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium... S. 60–61, 69–70.

[2514] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 60–61.

[2515] фон *Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 186 та ін. Див. також: «позитивне право було не лише компонентом крос-секційних чи синхронічних культурних тотальностей, але також інтегрованим до часової, «спадкоємної» чи діахронічної тотальності історичної еволюції». *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 144.

вість зміни цієї ситуації в майбутньому, але в реальності будь-який кодекс міг зруйнувати правову єдність німців[2516].

Ідея спадковості в праві, зокрема успадкування германцями права від Римської імперії, давала змогу Савіньї пояснити збереження поступовості соціального розвитку за умов невічності народів та стверджуваного домінування саморозвитку в межах кожного народу. Він вважав, що нація, як і людина, народжується, живе і вмирає, залишаючи по собі культурний спадок, елементом якого є право. Римляни як народ щезли й залишили по собі спадок — римське право. І спадкоємцями виступили германські народи. На нашу думку, ця ідея повністю вкладається в ідеологію Священної Римської імперії германської нації, в межах якої виріс і сформувався Савіньї. Прийняття і використання спадщини ніяк не заперечує індивідуальності людини чи нації.

А в «Історії римського права у Середні Віки» (1815–1831 рр.) Савіньї вказував не просто на пряму спадкоємність права конкретних сучасних народів від римського права, а фактично на безперервність існування: «Сучасна правова ситуація, позаяк засновується на римському праві, походить від Західної Римської імперії без будь-якої перерви, лише шляхом еволюції та трансформації»[2517]. Отже, споконвічно розвиток соціального світу відбувається індивідуалізовано, окремими лініями народів, які згодом передають свої надбання, в тому числі право, конкретним новим народам, що відкидає оманливі «всезагальність» та «першопочатковість» і забезпечує «збереження власної цінності в новому сприйнятті»[2518].

Те, що Савіньї принципово заперечував синхронні запозичення як позитивний чи навіть допустимий елемент розвитку національного права[2519] і водночас запозичення римського права у Німеччині в історичній ретроспективі оцінював як неминуче й частково позитивне явище, частина дослідників вважає парадоксом[2520]. Як зазначає А.М. Михайлов, вже саме по собі звернення представників історичної школи до духу народу вказувало на унікальність свідомості кожної нації та «неможливість її перенесення в соціокультурні умови іншої

[2516] *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière... P. 27–28, 31. Див. також: *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…

[2517] *Rückert J.* The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900… P. 122–124.

[2518] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 185. Див. також: *Rahmatian A.* Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre… C. 8–9.

[2519] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 128–129, 146, 155 та ін.

[2520] Про це див.: *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science… P. 896; *Walton F.P.* The Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law // Actorum Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae. Vol. II. Pars I. Paris: Sirey, 1934. P. 214.

нації»[2521]. При цьому автор припускає, що національний дух у даному випадку слід розуміти вслід за Шеллінгом — як цілісну сукупність індивідуального досвіду нації — а отже, передати його іншому народу неможливо[2522]. Викладене нами вище, як видається, вказує: Савіньї не пояснював парадокс саме тому, що парадоксу як такого не було.

Ця ідея рецепції римського права як спадкоємності для Савіньї не була випадковістю, але виявом загальної закономірності. Це підтверджують його думки, викладені в 1815 р., щодо спадкоємності права США від права Англії. Зокрема, він стверджував, що англійське право було успадковане американцями в якості звичаю, а пізніше в дещо модифікованому вигляді його було зафіковано у законодавстві[2523].

Г.Ф. Пухта у 1821 р. стверджував, що у ролі загального *(jus commune)* виступає духовний зв'язок окремих (який, зокрема, об'єктивується як церква)[2524]. Загальне формується як поступове наростання загальних елементів у окремому — через інстинктивну і свідому духовну спадкоємність народів (при цьому зберігається наявність окремих ліній розвитку із спадковістю в кожній з них). При цьому Пухта засуджував ідеї правового ізоляціонізму та очищення правопорядків від іноземних елементів (зокрема, германського права — від римського), вказував, що це може привести до відрізання національного права від його основ («зв'язку наступності народів»), зупинення його розвитку[2525]. Він вважав успадкування права одним народом від іншого одним із видів взаємодії національних правопорядків, вказував на визначальний вплив римської правової спадщини на розвиток багатьох народів[2526].

У «Лекціях з філософії історії» Гегель зазначав, що жива загальність виявляє себе в успадкуванні й переосмисленні конкретно-національного досвіду одного народу іншими народами. При цьому таке передання духу переводить конкретні масиви населення з докультурного (варварського) до культурного стану, «засвоєння культури» є початком прогресу і цивілізації. «Історичний перехід» духу супроводжується загибеллю держави (Єгипет передає свій дух Персії, а вона — Греції і т.ін.)[2527].

Гегель виділяє внутрішній перехід — передання духу, та зовнішній перехід — перехід політичного панування, але підкреслює, що ці переходи співпадають. У спадщину, зокрема, безпосередньо переходить внутрішнє культурне домінування та/чи зовнішнє військове й політичне

[2521] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 273.
[2522] Там само. С. 273.
[2523] *von Savigny F.K.* N.Th. v. Gönner. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit… S. 389.
[2524] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 16–17, 51, 84.
[2525] Там само. С. 98.
[2526] Там само. Див. також: *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[2527] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 113–114, 119–121, 125, 145, 151, 211, 249–250, 256, 355, 361–362.

панування всесвітньо-історичного народу над іншими народами. Гегель висунув ідею поступового переходу духу зі Сходу на Захід, і саме цей перехід виступає «історичним зв'язком» світової історії — від одного народу до іншого (тобто від однієї індивідуальності до іншої)[2528].

Спадщина сприймається діалектично і в кілька етапів. При переданні духу духовний і культурний (в тому числі й правовий) світ народу-спадкоємця стає простим агрегатом самобутніх і запозичених елементів, і творення («збудження») єдиного духу, на першому етапі, полягає в органічному поєднанні двох культур, на другому — в підкоренні самобутніми елементами запозичених, народом-реципієнтом — народу-донора («період перемоги і щастя»). На третьому ж етапі розвитку національного духу відбувається саморефлексія, «відокремлення ідеального від реального», що веде до занепаду через зіткнення з іншим, сильнішим (більш цілісним) національним духом[2529]. Окремі елементи духу народу при переданні / успадкуванні можуть суттєво змінити своє значення (наприклад, християнство у Римській імперії та у германців)[2530].

Отже, ідея Гегеля щодо спадкування культурного, в тому числі правового, досвіду, що стає особливо виразною в «Філософії історії», передбачає безпосереднє передання досвіду від одного конкретного народу іншому конкретному народу. Сам процес передання, хоч і є діалектичним (з точки зору сприйняття переданого), є елементом наступності, а отже, загальності між спадкодавцем і спадкоодержувачем. Але те, що передається і приймається, є конкретно-національним, об'єктивним і окремим, а не загальним / абсолютним. У переданому містяться іманентні загальні елементи, але матеріальна трансцендентна загальність при цьому не передбачається і реально не досягається. Можемо цілком погодитися з Ю. Перовим і К. Сергєєвим у тому, що у «Лекціях з філософії історії» Гегель не стільки стверджує чи не стверджує досягнення всесвітньою історією своєї цілісності (що світ став чи був цілісним), скільки вказує, що загальним є сам процес[2531].

Фейєрбах у праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство» писав, що позитивне загальне в правовому розвитку виступає як «одне гігантське, величне і прекрасне дерево, коріння якого сягає глибин людства, а крона з її численними гілками та гілочками оповиває всю Землю»[2532]. Під гілками тут маються на увазі правові системи конкрет-

[2528] Там само. С. 119, 143, 249–250, 254, 362, 378.
[2529] Там само. С. 249–250, 254, 265, 361–362, 378; Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 365.
[2530] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 355.
[2531] *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 37.
[2532] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльне правознавство… С. 329–330.

них народів, а загальне, отже, є реальним, але не чинним правовим феноменом — системою генетичних зв'язків цих систем. Але алегорія Фейєрбаха ним самим визнається неточною, тут само він пропонує іншу, біологічну, що представляє кожну правову систему не частиною чогось цілісного, а самодостатньою рослиною, яка в своєму походженні генетично пов'язана з усіма іншими системами спільною еволюцією[2533].

9.3 Загальне як внутрішній і зовнішній діалог національних правопорядків

Ідеї щодо нормативної цілісності чи сутнісної уніформності національних правопорядків виявилися недостатніми для осмислення загального / вселюдського в праві, формування універсальної правової картини світу. Це привело вчених протягом досліджуваного періоду до переконаності у неможливості формалізації загального в праві. Конвенційною стала натомість *ідея плюралістичності правового розвитку та іманентності загальних елементів у національному праві.* При цьому можна умовно виділити два підходи тогочасних учених до розуміння загальних іманентних елементів у національному праві: а) як наслідку внутрішнього діалогу — диференціації, ідентифікації й усвідомлення певних елементів як загальних; б) як результату зовнішнього діалогу правових систем (нормативного запозичення, кореляції, боротьби тощо).

Розглянемо питання про *народження загального іманентного в результаті внутрішнього діалогу*. К.Й.А. Міттемайєр у праці «Теорія доказів у кримінальному процесі: загальні позитивні закони та положення французького кримінального законодавства» (1809 р.) писав про позитивне втілення загальних ідей саме у національних правопорядках[2534]. Також у «Вступі до вивчення історії германського права» (1812 р.) він вказував на іманентність у національному праві «ідеалів людства»[2535].

Гегель у праці 1802 р. вказував, що позитивне загальне в праві являє собою «цілісність багатоманітного», є іманентним, адже множинність є природною: «Реальність є в множині, ідеальність — у єдності… істинна реальність є тотожність ідеального і реального… визначеність одного боку полягає в тому, що він — єдність, другого — в тому, що він множина»[2536]. В окремих і лише в них — як реальних — завжди буде присутній

[2533] Там само. С. 330.
[2534] *Mittermaier C.J.A.* Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse: nach den gemeinen positiven Gesetzen und den Bestimmungen der französischen Criminal-Gesetzgebung… S. 13–14, 16–17.
[2535] Ibid. S. 13–14, 16–17; *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 3, 5, 6, 10, 12–14, 57, 59, 65, 66, 68, 70–75, 77–78.
[2536] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве… С. 193, 204, 205, 235, 267.

і індивідуальний, і загальний елементи — лише як елемент окремого загальне набуває життя: «Розум і здоровий глузд, а також досвід, на основі якого складаються певні закони, є зовсім не розумом і здоровим глуздом a priori чи досвідом a priori, що міг би вважатися абсолютно загальним, а лише живою індивідуальністю народу, індивідуальністю, чиї найвищі визначеності, в свою чергу, можуть бути зрозумілі, якщо йти від загальної необхідності»[2537]. Як уже згадувалося, у самоспогляданні духу народу втілюється абсолютний дух[2538].

В.С. Нерсесянц звертав увагу, що у цій праці Гегель приписує абсолютні моральність і тотальність саме народу (органічному цілому з його духом), і саме останній називає загальним[2539]. При цьому Гегель вказував, що спирається на Монтеск'є. На нашу думку, цей момент може бути доволі характеристичним, відображати еволюцію гегелівської думки — від ствердження одиничного (народу, держави) до пошуку власне загального (загальносвітового).

У «Філософії права» Гегель вказував на існування загальних ідей у праві, й насамперед ідеї свободи, — як іманентної, присутньої в кожному окремому правовому; загальне існує лише в окремому як один з його елементів[2540]. Загальний світовий дух, у тому числі в праві, не є метафізичним, він формується через взаємодію окремих «дійсних і органічних духів народів», але, знову ж таки, існує як іманентний елемент у самих цих національних духах («Ідея держави якраз і полягає в тому, щоб у ній усувалася протилежність між правом як абстрактною свободою і благом, що наповнює його особливим змістом»), як відмінність у межах окремого, «встановлена всередині самого себе»[2541].

У «Енциклопедії філософських наук» Гегель підтвердив свою ранішу думку, що в емпіричній реальності загальне може виступати лише як множина, що не зводиться до будь-якої однини[2542]. Загальне у праві, «загальна ідея духу», «світовий дух» — не має окремого позитивного існування (національна держава як індивідуум є самодостатньою та виключає інші індивідууми), але розвивається і об'єктивується протягом всесвітньої історії як іманентні елементи духів окремих народів, їх діалектика і взаємодія: «суб'єктивність (її Гегель тут само називає одиничністю. — *О.К.*), що містить у собі загальність лише як один із своїх моментів»[2543].

[2537] Там само. С. 270, 235.
[2538] Там само. С. 274–275, 222, 228, 229, 251, 254, 269, 270.
[2539] *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля... С. 20–22.
[2540] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або природне право і державознавство… С. 28, 38, 39, 41, 234, 290.
[2541] Там само. С. 47, 218, 221, 237, 289, 291–292.
[2542] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 1: Наука логики. Москва: Мысль, 1974. С. 152.
[2543] *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 356–357, 350–351, 364–366, 371.

У «Лекціях з філософії історії» Гегель писав, що загальність світової історії не трансцендентна, а іманентна, вона виражається в історіях окремих націй-держав («цей розум іманентний в історичному конкретному бутті та здійснюється в ньому й завдяки йому… загальне все ж міститься в окремих цілях і здійснюється завдяки їм»; «загальна ідея є, з одного боку, субстанційною повнотою, а з іншого — абстрактним початком вільного свавілля. Ця рефлексія в собі є одинична самосвідомість, інше щодо ідеї взагалі та таке, що перебуває разом з тим в абсолютній скінченності. Це інше саме завдяки цьому є скінченністю, визначеністю для загального абсолютного: воно є боком його наявного буття, основою його формальної реальності та основою честі Бога… Далі, разом із цією скінченністю передбачається взагалі різна партикулярність»; «істинне є єдність загальної та суб'єктивної волі, а загальне існує в державі») — усіх загалом і окремих з них, що випередили інші в своєму розвитку і здобули домінування чи панування щодо інших. Загальний дух є усвідомлення своєї загальності окремим духом (окремими духами), і вона розвивається історично, поступово: «Всесвітня історія є прогрес у свідомості свободи — прогрес, який ми маємо пізнати в його необхідності»; «будь-яка сходинка, відрізняючись від іншої, має свій власний визначений принцип. Таким принципом в історії є визначеність духу — окремий дух народу. В цій визначеності він виражає як конкретні всі боки своєї свідомості та бажання, всієї своєї дійсності»; «у всесвітній історії ідея духу проявляється в дійсності як низка зовнішніх форм, кожна з яких знаходить вираження як реально існуючий народ»[2544].

Саме ідея розвитку (світу часу як послідовностей циклічностей, а по суті — спіралі) в соціальному світі, поряд з уже різноманітним світом природи (світом простору та простої повторюваної циклічності), робить його подвійно різноманітним та суперечливим при загальному, але не лінійному й не повсюдно одночасному, вдосконаленні, становленні світового духу: «дух прощається з природою», «змінює імпульс [природи] і породжує його з себе»; множина живих індивідуальностей поряд з абстрактністю загального є одним з головних принципів світової історії[2545]. Дух є феномен, що в своєму самоусвідомленні відокремлює себе від природи і протиставляється їй. Але самоусвідомлення духу також передбачає наявність протилежності йому у вигляді іншого духу[2546]. Правда, на думку Гегеля, ситуація змінилася з появою на історичній арені германців — вони мали справу вже не з варварськими, а цивілізованими народами, спрямували розвиток свого духу на самих себе, не

[2544] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 70–72, 78–79, 88, 90, 112–114, 119, 126, 364.
[2545] Там само. С. 103–105, 142–143, 149–150, 250, 266.
[2546] Там само. С. 145, 250, 256, 355.

стикаються з новими національними духами, їх християнський принцип і створений ними новий світ є завершеними[2547].

Абсолютний дух є не що інше, як конкретні й історично обумовлені ідеї різних народів про нього, і вони невід'ємні, іманентні в національному спадку, а перетворити їх на міжнаціональний чи наднаціональний комплекс ідей можна лише спекулятивно. Отже, логічною парою і водночас протилежністю для правового окремого в працях Гегеля виступає загальне. Але протилежність ця суто понятійна. Загальне в праві у працях Гегеля не є трансцендентним щодо окремого і навіть відділеним від нього[2548]. Загальне виступає як (1) іманентне в окремому і (2) процесуальне щодо множини окремих. Живим, суб'єктним є окреме, а загальне (абсолютний дух) є лише елементом свідомості (об'єктивного, національного духу) та зумовленої нею діяльності окремих. Позаяк форма нездолання, неуникненна, то скільки є окремих, стільки і загальних елементів у них: реальне, живе загальне в праві з необхідністю є плюральним.

Тибо у праці «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» (1814 р.), стверджуючи національну форму права (національний правопорядок) як вираження соціальної волі, дав доволі суперечливий посил щодо індивідуальності його змісту (як ми вже зазначали, він вважав можливою присутність у національному праві поряд із своєрідними елементами також загальних, раціональних за своїм походженням).

У Савіньї загальне також не має самостійного позитивного існування, а виступає іманентним елементом окремого. Підтвердженням цього є думки вченого, викладені в рецензії на книгу Н. Гонера «Про сучасні законодавство і юридичну науку» 1815 р. Савіньї вказував на єдність загального історичного процесу розвитку права — поза ідеями природи, мети, необхідності. Цей процес має соціальний характер і виявляється виключно у «живій силі й діяльності народів», а поза ними як позитивна реальність не існує. Як зазначав Савіньї, «загальною презумпцією цього [історичного] методу є те, що стан кожного народу загалом і його національного права зокрема є не випадковим, але обумовленим і необхідним, зумовлюється всією його історичною індивідуальністю, а тому намагання винайти загальне право для всіх народів такі ж марні, як

[2547] Там само. С. 361–362.

[2548] Дещо подібну думку висловлював А. Дворцов. Див.: *Дворцов А.Т.* Гегель... С. 84–85, 89, 98, 106–107, 132–133. Протилежну думку, щодо того, що у Гегеля помітний наголос саме на загальному на противагу окремому, висловлюють, наприклад, Ю. Перов і К. Сергєєв: «Гегель постійно демонстрував надзвичайну настороженість щодо всього окремого, партикулярного, особливого в тій мірі і ступені, в яких вони існують поряд із «загальним» і не є його втіленням». Див.: *Перов Ю.В., Сергеев К.А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности… С. 49. Ці ж автори стверджують, що абсолютний дух у Гегеля безумовно керує об'єктивними духами–конкретними духами народів, які з'являються, існують та вмирають лише для того, щоби несвідомо виконати задум абсолютного духу. Там само. С. 50.

спроби створити загальну для всіх мову і замінити нею реальні, живі мови. Загальнолюдські, загальні тенденції розвитку, що можуть бути названі філософським елементом у позитивному праві, виявляються виключно і безумовно у конкретному окремому та різноманітному. — І цілком очевидно, що тільки такий метод є по-справжньому науковим»[2549].

Дж. Товс із цього приводу зазначав, що для Савіньї, «хоча індивідуалізовані національні права мають спільні елементи, які можна назвати універсальними і які походять від універсальної людської природи, такі універсальні елементи не мають історично реального, позитивного існування у собі й для себе. Вони набувають реальності лише у культурно диференційованій формі національного права»[2550].

Зазначимо також, що органіцизм, наголошуваний Савіньї, є аналогією з природою і відповідно має передбачати зв'язки між організмами, формування цілісної екосистеми. Якщо організм — це нація, то екосистема, слід припустити, повинна мати регіональний чи глобальний характер. Так, загальне право не існує як єдиний правовий масив. Але воно є і позитивним, і соціальним тому, що в кожному національному праві присутні як індивідуальні, так і загальні риси, «засновані на загальності людської природи»[2551]. І ці два елементи (скоріше, засади) в межах кожного національного права взаємодіють між собою, і так само взаємодіють національні правові системи в цілому.

Незважаючи на те, що «Система сучасного римського права» пропонує, на нашу думку, низку недостатньо гармонійно поєднаних ідей, можна стверджувати, що Савіньї до певної міри сприйняв ідею щодо іманентного загального в праві, що, звичайно, не знижує значення національного права. Або, як зазначав із цього приводу Дж. Товс, «Савіньї, як і раніше, стверджував, що чинні позитивні права, що регулюють власне людську свободу, і специфічні етичні детермінації, які роблять можливими правові відносини, залишаються історично індивідуальними; актуальна форма універсального духу завжди була національною»[2552].

Таким чином, і історична, й історико-філософська школи сформулювали єдине бачення соціального загального, що реалізується в іманентному накопиченні сутнісно подібних елементів у національних правопорядках. При цьому обидві школи виявилися єдиними в переконанні,

---

[2549] *von Savigny F.K.* N.Th. v. Gönner. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit… S. 395–396. Див. також: *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 142.

[2550] *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 142.

[2551] *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 302–303. Див. також: *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції... С. 155.

[2552] *Toews J.E.* The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State... P. 143.

що окреме і загальне ніколи не поглинуть одне одного, а світ права був, є і буде плюралістичним.

У 1822–1823 роках Е. Ганс зазначав, що загальне не має самостійного позитивного існування, воно іманентне в окремому, причому в індивідуальній, не-абстрактній формі: «єдність у множинності явища», «плюральність, чию єдність можна віднайти лише в цілому» («плюральність, значення якої можна знайти лише в цілому»), «істина цілого в кожному окремому та істина кожного окремого в цілому»; окреме в праві необхідне і розумне, його форму і зміст неможливо подолати, не пожертвувавши власне змістом загального[2553]. А Г.Ф. Пухта в 1821 р. вказував, що перед правом висуваються вимоги одночасної відповідності часу, як зрізу загального, та розвитку конкретного народу, але загальне тут так само є елементом правосвідомості окремого.

Е. Лерміньє у 1829 р. зазначав, що філософський елемент у національному праві є поєднанням окремого та загального, адже у ньому відбувається пізнання / конструювання загальнолюдського[2554]. Позитивне право народу, таким чином, є синтезом історичного елемента як своєрідного, суть якого становлять історична доля та світовідчуття, відображені у спонтанній волі, та філософського елемента як загального, суть якого — в універсальних ідеях справедливого та несправедливого та їх раціоналізації. В результаті позитивне право кожного народу «є індивідуальним, яке розвивається саме і з іншими (універсальна філософія та послідовна історія) без огляду на жодне інше»[2555]. При цьому він відзначав тенденцію до універсалізації в праві[2556].

Значення історичного і філософського елементів, у баченні Лерміньє, не є рівноцінним. Філософський елемент, на його думку, є важливішим — як сутність права, яке у кожного народу набуває індивідуальної форми на основі історичних особливостей. Взаємодія двох згаданих елементів при домінуванні філософського обумовлює їх синтез і процес поступової універсалізації змісту права як основний напрям його еволюції. Лерміньє критикував мислителів, які вважали лише один із згаданих елементів достатньою основою для розвитку права: опора лише на

[2553] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 76, 82, 92–93, 95; *Gans E. A* Society to further Jewish integration… P. 215–217. Ми не згодні з позицією сучасної дослідниці В.В. Еміх, яка в рамках традиції розглядати праці Ганса в контексті підходів Гегеля стверджує щодо «Спадкового права…»: «Право кожного народу є певною фазою послідовного всесвітньо-історичного розвитку». Див.: *Эмих В.В.* Эдуард Ганс о праве, его происхождении и развитии... С. 320–321. Навпаки, Ганс чітко стверджував плюральність рівноцінних національних правових досвідів у кожний конкретний історичний час.

[2554] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803-1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie… P. 43.

[2555] Ibid. P. 41.

[2556] Ibid. P. 42.

філософію права веде до утопії, а лише на історію права — до партикуляризму, за якого не вдається осягнути вселюдське[2557].

А у 1836 р. Лерміньє вже наголошував, що загальні елементи неоднаково розвиваються в різний час і в різних місцях. І об'єктивним фактом, і судженням розуму є окреме у правовому розвитку народів, і першість проявів загальних елементів у праві того чи іншого народу в його розвитку; окреме є необхідним, виключно множина окремих становить позитивне буття права[2558]. Отже, для Лерміньє загальне в праві — це не метафізичний розум і не одна позитивна модель (римське право), а іманентні елементи правових систем у їх розвитку і взаємодії; при цьому окреме перестало сприйматися лише як форма відображення загального, немає тотального домінування загального над окремим, а також односпрямованого розвитку права у напрямі його універсалізації, окреме як форма і змістовна індивідуальність незнищенні.

У зв'язку з цим наведемо думку Г. Наве, одного з дослідників наукової спадщини Лерміньє: «Він вагається, ніколи реально не вибравши між двома пропозиціями: пропозицією Гердера (яку він взяв від Савіньї), який бачив у людстві концерт націй, кожна з яких має свою відмінність, що не зменшується, і універсалістською пропозицією (яку він взяв від Гроція), згідно з якою подібне право має бути встановлене скрізь»[2559]. Щодо цього зазначимо, що «подібне» не означає «загальне», «єдине», а отже, ідея множини окремих у Лерміньє стверджується безумовно.

Розглянемо питання про *загальне іманентне як результат діалогу між правовими системами*. Ідентифікація зарубіжних за своїм походженням елементів у національному правопорядку зустрічається практично у всіх проаналізованих працях. Насамперед автори визначали наявність елементів римського права (праці Чацького 1800 і 1808 рр. є рідкісним винятком[2560]). Цахаріа у межах «правового стану» європейських держав виділяв азіатські (іудейські), римські та германські за походженням елементи. Вони є окремими, але їх намагаються поєднати і з'єднати в ціле[2561]. Слов'янські автори визнавали (Чацький[2562]) чи не визнавали (Мацеєвський та ін.) запозичення від германських народів.

[2557] Ibid. P. 41.

[2558] *Лерминье Ж.Л.Э.* О методе истории сравнительных законодательств… С. 25, 28–29.

[2559] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803–1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie… P. 50.

[2560] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. VII–VIII, 4–6, 19, 25, 28–29; *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 77, 94–95, 97, 99–116, 120–121.

[2561] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 200.

[2562] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. VII–VIII, 4–6, 19, 25,

Ще у 1767 р. Й.С. Пюттер стверджував, що позитивного загального права в інституціоналізованій формі бути не може, але існують загальні елементи у національних правопорядках, що виникли в силу різних причин[2563]. Національне право як ціле має перспективи лише в результаті визнання і розуміння своєї змішаності, взаємної необхідності чинних елементів місцевого та іноземного походження[2564]. Своєрідні елементи в національному правопорядку взаємодіють і змішуються з елементами зарубіжного походження і в результаті не можуть розглядатися як самодостатні, окремо на практиці не застосовуються, а лише як частина цілого[2565]. Як уже зазначалося, у працях Гуго ідентифікація чистого національного права стає суто науковою проблемою[2566]. Загальне в праві формується через взаємодію між національним правом різних народів (так само як у духовній, культурній, технологічній сфері), але існує виключно як загальні елементи в структурі національно-окремих одиниць[2567].

І. Кант у праці «Вічний мир» проголосив космополітичне право окремим типом правового устрою, що не об'єктивується, але визначається як спільне у національних і міжнародних правопорядках і формується на основі зв'язків та взаємовпливів між правовими устроями[2568]. Мислитель виразно ствердив неможливість перетворення «космополітичного права» на позитивну правову систему[2569]. На нашу думку, Кант у працях 90-х років XVIII ст. ствердив нетрансцендентний, іманентний характер загального в праві, раціоналізував сферу правових взаємодій та обгрунтував плюралістичність правового загального.

Е. Берк у 1790 р. стверджував, що світова гармонія — це не злиття, а боротьба та баланс інтересів націй, що виключають можливість уніфікації та об'єктивізації загального. Загальний поступ людства можливий лише як плюральний — в рамках множини держав, що співіснують. Берк не заперечував можливості взаємодії правопорядків, але реального місця для неї в його концепції залишалося доволі небагато[2570].

Гегель у праці «Про наукові способи дослідження природного права, його місце у практичній філософії та його стосунок до науки про позитивне право» зазначав, що «правові визначеності» (правопорядки) ніби-

28–29; *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 77, 94–95, 97, 99–116, 120–121.

[2563] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 22–23; *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права… С. 302–303; *Новгородцев П.* Историческая школа юристов… С. 35, 38.

[2564] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 95.

[2565] Ibid. S. 22, 24, 28, 93, 95.

[2566] *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики… С. 276.

[2567] Там само. С. 275–276; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 296.

[2568] *Кант И.* Вечный мир… С. 12–13.

[2569] Там само. С. 19, 39 - 40.

[2570] *Берк Э.* Размышления о революции во Франции... Див. також: *Карасевич П.* Историческая школа в области права… С. 371–372.

то не мають між собою зв'язку («внутрішньої необхідності» одна для одної). Але така відособленість («природний стан») насправді є лише ідеальною абстракцією. Якості «правових визначеностей» не зберігаються в своїй чистоті, між ними виникають зв'язки та змішання[2571].

Фейєрбах у праці «Щодо філософії та емпірії в їх відношенні до позитивної правової науки» (1804 р.) зазначав, що загальне в праві можна припустити лише на основі реконструкції «внутрішнього прагматичного зв'язку» правопорядків[2572]. А у «Погляді на німецьке правознавство» (1810 р.) він не відкидав і можливості виникнення плюралістичного позитивного загального в праві у майбутньому, «загальної спільноти ідей та діянь», шляхом «загального взаємного обміну досвідом, відкриттями та думками»[2573]. У пізнішій праці Фейєрбах проголосив закономірним, необхідним саме загальне, а окреме — випадковим, але загальне існує лише в окремому («людськість приховується в окремих народах і людях») і матеріалізується через систему історичних зв'язків. Більше того, загальне виходить із національних досвідів і є узагальненням їх сукупності[2574]. Фейєрбах уявив загальне як сам процес узгодження окремих: «рух до досягнення максимальної єдності за існування якнайбільшого різноманіття». Він вказав на «внутрішню взаємозалежність» будь-якого елемента національного права від того, що «стоїть над, під і поряд» з ним. Зрештою, Фейєрбах вказував на іманентність загального як елемента окремого[2575].

У «Вступі до вивчення історії германського права» (1812 р.) на прикладі німецької нації Міттермайєр констатував, що суто індивідуальне право, детерміноване місцевими умовами та національним характером, є історичним феноменом і не є таким нині. Загалом у його праці індивідуальні та зарубіжні елементи уособлюються в конкретних джерелах права, що можуть співіснувати в національному правопорядку паралельно, а можуть і змішуватися (що він вважає вкрай небажаним). Синхронну взаємодію правопорядків Міттермайєр називав спілкуванням[2576]. Таке ж поняття пропонував ще раніше, у 1800 р., Чацький[2577].

[2571] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве… С. 196–199.

[2572] *von Feuerbach P.J.A.* Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft… S. 42. Цит. за: *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 33.

[2573] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльне правознавство… С. 291.

[2574] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльне правознавство… С. 337, 330–331, 338.

[2575] Там само. С. 337–339.

[2576] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 3, 5–6, 10, 12–14, 20, 57, 59–62, 67–75, 77–78.

[2577] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. 5–6, 8, 11, 45, 51–54, 97.

І.Б. Раковецький зазначав, що мови, культури, правопорядки народів можуть бути як «природними» (переважно автохтонними), так і «змішаними» / «конвенційними»[2578]. Н.Н. Фальк чітко виокремлював проблематику іноземних елементів у праві, вказував, що в реальності через масштабний процес взаємодії жодний правопорядок не є абсолютно автохтонним, у ньому можуть бути виокремлені й досліджені окремо індивідуальні та запозичені елементи (важливо, що автор пише, навіть у випадках римського, канонічного, феодального права, не про загальне, а про зарубіжне право). Він відзначав «сталу тенденцію до універсальності, а також до незначної втрати особливостей» — але в межах національно-державних правопорядків[2579]. Це пов'язане із зростанням частки іноземних елементів у національному правопорядку через рецепцію. Цей процес, на думку Фалька, є постійним, між правопорядками існують «історичні зв'язки»[2580].

Пухта вказував на «спілкування» національних правопорядків, зазначав, що виявом «могутнього прагнення до духовного обігу» між народами є засвоєння іноземного правового досвіду, яке водночас не має бути прямим запозиченням — це перетворило б правопорядки народів на просту різнохарактерну суміш елементів різного національного походження[2581]. Також серед причин правових запозичень на спілкування народів вказували Раковецький і Мацеєвський[2582].

Вказуючи на творення народами епох, Ганс наголошував на взаємодії та взаємообміні як на постійному і всеохопному явищі, при якому неможливе вже згадане індивідуальне успадкування досвіду, адже кожний національний досвід відображає не стільки щось матеріальне самобутнє, скільки самобутність процесуальну — особливості діалогу з іншими, участі у творенні епохи[2583]. А отже, успадковуючи окреме, успадковуєш також загальне.

К.С. Цахаріа у статті 1829 р. запозичення у сучасному світі пов'язував із спілкуванням учених, їх міграціями, поширенням наукових видань[2584]. Він писав, що запозичене право може бути «глибоко сприйнятим життям», стати невід'ємним компонентом національного право-

---

[2578] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 246, 254, 315.
[2579] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение... С. 196–197.
[2580] *Falck N.* The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances… P. 198; *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 197.
[2581] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 98.
[2582] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 2; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 81–82, 128, 135; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 187–188, 254; *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. 3, 5–6, 54, 67–69.
[2583] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 81 та ін.
[2584] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 199–201, 205–207.

порядку[2585]. Цахаріа пропонував завершити спір націоналізму і космополітизму компромісом: постійним діалогом національних правопорядків (їх нормативних досвідів і доктрин) з визнанням нездоланності їх форми (зумовленої окремішністю суспільств) та їх розмаїття — як алегорії звершеності біблійного гріхопадіння, визнанням значущості як самобутніх елементів, так і запозичення в праві, причому загальне стає не об'єктивним, а конвенційним, що народжується в діалозі[2586].

9.4. Подібність через запозичення в праві

Розвиток історико-соціологічного (генетичного) підходу до пізнання змістовної подібності в праві, а також розуміння загального як внутрішнього і зовнішнього діалогу національних правопорядків поставили питання про формування загальної концепції запозичення в праві. Протягом досліджуваного періоду було запропоновано два підходи у цій сфері: органічний і соціологічний.

Органічний підхід до запозичення в праві грунтувався на уявленні про націю як про насамперед біологічну та духовну спільноту, що має зберігати свій первинний характер. Зокрема, Т. Чацький у працях 1800 і 1808 років вказував, що результатом запозичень може виступити змішаний правопорядок народу[2587]. Вчений засуджував пряме запозичення законодавства, але вважав нормальним набуття від іншого народу «початкових звичаїв» та пізніший добровільний взаємовплив на рівні перейняття звичаїв та доктрини, вказував на перенесення права разом з міграцією населення[2588].

Міттермайєр у 1812 р. стверджував, що запозичення норм зарубіжного права не було і не є необхідним (в тому числі рецепція римського права), кожна нація здатна створити повністю автохтонне право. Результатом рецепції стає змішане право, що не може бути гармонійним цілим, заважає цілісності національного правового розвитку, хоча й прискорює його[2589]. Вчений пише про дві епохи в розвитку права — звичаєву (стан варварства) і законодавчу. Перша, якщо її від початку не задавив іноземний вплив, є епохою саморозвитку національного права, повного домінування в ньому індивідуальних елементів. Але у цей час розвиток права є несвідомим — воно поступово розвивається і відтворюється як звичка. Протягом другої, епохи законодавства (перехід від природного існування до соціального розвитку), зберегти повну індиві-

[2585] Там само. С. 208.
[2586] Там само. С. 208–209.
[2587] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. 8.
[2588] *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 95, 122.
[2589] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 5I, 10, 60.

дуальність не вдається, право більшою чи меншою мірою стає відкритим до іноземних впливів[2590].

При цьому законодавство може формуватися поступово в процесі узагальнення автохтонних за походженням джерел — звичаєвого права і судової практики (модель германських держав), а може спиратися на вже згадувану поза-національну чисту юридичну логіку. Відповідно результатом буде фрагментоване законодавство (з перспективою поступового подальшого узагальнення) чи всеохоплююча кодифікація. У першому випадку право зберігатиме наступність від звичаїв, залишатиметься похідним від суспільних відносин і національного характеру, в другому — формуватиме останні[2591]. Отже, перша модель трансформації права дає змогу значною мірою зберегти його своєрідний характер, друга веде до його денаціоналізації, а також суб'єктивізму правотворців. Але навіть уявна чистота чи гіпотетична пурифікація національного права мала стати лише його емансипацією, не повинна була ізолювати його від подальшого запозичення окремих вдалих елементів («привабливих моделей»)[2592].

Для Савіньї право є правом конкретного народу й існує доти, доки живе народ. Будь-яку рецепцію зарубіжного права (окрім римського) він засуджував, порівнюючи її з раковою пухлиною, яка знищує націю[2593]. Рецепція римського права, не порушуючи національної форми права, водночас могла сприяти розвитку загальних елементів у ньому. Але у зв'язку з цим варто згадати думки Д. Келлі: «Позиція Савіньї, як і позиція Гуго, була значно складнішою, ніж це припускали пізніші критики. Він заперечував проти того, щоб підкоритися «гегемонії минулого», й — попри те, що був «романістом», — предметом його інтересу було не класичне право, а «визнане» й модернізоване право германської правової традиції»[2594]. Як зазначав Т. Жолковський, класичне римське право в розумінні Савіньї мало виконувати роль лише правотворчої (насамперед прецедентної) техніки для юристів, бути взірцем розуміння і творення національного права, але не його змістовним елементом (на відміну від германсько-римської правової традиції, що склалася протягом століть і має стати основою національної мови німецького права)[2595].

У статті «Голоси «за» і «проти» нової кодифікації» (1816 р.) Савіньї називав основним питанням історичної школи те, чи стало «право, народжене разом з якоюсь нацією, чи чуже право, яке вона сприйняла,

---

[2590] Ibid. S. 60–61.
[2591] Ibid. S. 63–67.
[2592] Ibid. S. 78.
[2593] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 128–129.
[2594] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції... С. 236.
[2595] *Ziolkowski T.* German Romanticism and Its Institutions… P. 85–86.

частиною її власної сутності». А своїм опонентам учений приписував думку про те, що право може бути в кожний історичний момент змінене довільно, в тому числі шляхом вільного вибору зарубіжних моделей[2596].

І.Б. Раковецький у працях 1820–1822 років зазначав, що запозичення здебільшого відбувається у тих сферах правового регулювання, які безпосередньо створюються державою («права політичні і поліційні»), у той час як цивільне право більшою мірою зберігає своєрідний національний характер, зв'язок з культурою народу; серед причин запозичень у праві, між іншим, він називав міграції, що призводять до змішання народів[2597].

Н.Н. Фальк припускав, що наслідком взаємодії може бути або повне заміщення індивідуальних елементів запозиченими (з призупиненням «природного розвитку»), або співіснування цих елементів — причому запозичені виступають як субсидіарні щодо автохтонних *(ius subsidiarium)*, доповнюють і розвивають їх[2598].

Пухта бачив загальне як діахронну і синхронну сукупність діянь народів, які, кожний окремо, виконують передбачені для них завдання (в тому числі як всесвітньо-історичні моменти / народи). Він виділив чотири періоди в розвитку права народу. Протягом першого періоду, «невинності», народ живе ізольовано і замкнено. Відповідно у праві мають домінувати своєрідні елементи. Протягом другого періоду, «різноманіття права», обсяг і роль загальних елементів суттєво збільшуються через контакти з іншими народами. У третьому, «науковому», періоді відбувається свідоме творення права з увагою до його єдності, через що, очевидно, значущість і роль своєрідних елементів має знову зрости. Протягом «періоду занепаду» народ сходить з історичної арени[2599]. При цьому, як зазначав Пухта, загальне (духовний зв'язок окремих) і окреме не можуть співпадати, бо перебувають у різних площинах, виражають різні за характером правовідносини[2600]. Все, що охоплюється Пухтою словом «право», судячи з контексту, є виразно соціальним, тут немає місця для суб'єктивізму, ідеалізму, метафізики. Вчений стверджував, що ані тотальне запозичення, ані об'єктивація чистого права, цілковита уніформізація правопорядків чи їх об'єднання — перетворення *jus commune* на *jus singulare*, неможливі[2601].

[2596] Цит. і виклад за: *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 86–87.
[2597] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 2; Rakowiecki I.B. Prawda Ruska. T. I… S. 81–82, 128, 133, 135; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 187–188, 254.
[2598] *Falck N.* The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances… P. 164, 196, 198–199.
[2599] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[2600] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права... С. 16–17, 51, 84.
[2601] Там само. С. 98. Див. також: *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…

Лерміньє у 1829 р. писав, що право спочатку спонтанно розвивається в суспільній свідомості та волі народу — у вигляді символів, уявлень, образів[2602]. Другою стадією розвитку окремих національних правопорядків і водночас новою епохою в еволюції права загалом є поява законодавства, що пов'язано з трансформацію образів права, рефлексією права, пошуком та розвитком раціонального елемента в ньому. Ця стадія і епоха, на думку Лерміньє, розпочалася в Європі у XII ст. і була пов'язана із здебільшого мирною рецепцією римського права. Вона відбулася органічно, тоді, коли для цього сформувалися передумови; за його відсутності необхідні ідеї були б розвинені самими європейськими народами. І загалом Лерміньє припускав можливість рецепції лише такої зарубіжної правової моделі, яка визнається загальноприйнятою і прийнятною для своєї нації[2603].

А у його статті 1846 р., хоча й немає згадки про те, коли відбувся перехід від самостійного розвитку народів, який мав власні закономірності, до утвердження загальносвітової суспільної еволюції, але на це вказує сама назва статті, яка передбачає порівняння іудаїзму та християнства. Отже, перехід від національних релігій як частини їхньої психології та культури до християнства як однієї із світових релігій знаменує й перехід до наднаціональних тенденцій суспільного розвитку. Водночас всесвітня еволюція правових учень фактично перестала розглядатися вченим як чинник розвитку національного права, воно має власні закономірності та динаміку. Універсалізація, яка розглядалася вже як об'єктивний міжнаціональний процес, фактично була проголошена шкідливою для світового правового розвитку. Натомість було постульовано цінність національних відмінностей у праві.

В.А. Мацеєвський нормальним вважав саморозвиток кожного народу, а не поширення здобутків одного народу на інші, яке розглядається негативно; запозичені елементи суперечать духу народу, масове запозичення може привести до часткового або повного стирання самобутності народу загалом і зокрема національного правопорядку — «змішаності», «зчужоземнення»[2604]. Серед причин запозичень у праві, поміж інших, він вказував на міграції населення[2605].

Гегель у «Лекціях з філософії історії» стверджував, що дух / принцип народу неможливо передати іншому сучасному народу і при цьому продовжити своє існування — передання духу є смерть народу і водночас народження наступного життя; поширення духу одного народу на інший означає смерть обох духів і обох народів, його можна передати лише населенню, яке ще не стало народом. Обставини для взаємодії в

[2602] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803-1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie... P. 40.
[2603] Ibid. P. 43.
[2604] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. V, VII, IX, 2, 6, 35, 38, 67–69.
[2605] Ibid. S. 3, 5–6, 54, 67–69.

праві створюють міграції та змішання населення, завоювання[2606]. При переданні духу духовний і культурний (в тому числі й правовий) світ народу-спадкоємця стає простим агрегатом самобутніх і запозичених елементів, і творення («збудження») єдиного духу, на першому етапі, полягає в органічному поєднанні двох культур, на другому — в підкоренні самобутніми елементами запозичених, народом-реципієнтом — народа-донора («період перемоги і щастя»). На третьому ж етапі розвитку національного духу відбувається саморефлексія, «відокремлення ідеального від реального», що веде до занепаду через зіткнення з іншим, сильнішим (більш цілісним) національним духом[2607].

Гегель стверджував, що давні народи були духовно цілісними, а серед сучасних йому «нових» націй (що сформувалися на уламках Римської імперії) частина відрізняється змішаністю свого духовного буття, «відсутністю цілісності», особливо в мовній сфері; інші ж менш піддавалися впливу римської культури, мають «цілісне глибоке почуття»[2608]. Індивідуальність у культурі народу зовсім не передбачає, що він сформувався як етнічно гомогенний. Навпаки, Гегель наголошував, що європейські та передньоазійські народи творилися в процесі міграцій та змішання населення, що суттєво відрізнялося за походженням і культурою, в умовах внутрішніх суперечностей і діалектичного поєднання різних духів — саме це й збуджує духовне життя і народжує новий народний дух[2609].

Елементи ***соціологічного підходу до запозичення в праві*** помітні вже у працях Й. Пюттера. У 1767 р. він зазначав, що запозичені елементи — римське, канонічне та феодальне право — виступають як формотворчі для німецького національного права, адже застосовуються по всій Німеччині, а німецьке звичаєве право є партикулярним[2610]. У іншому підрозділі ми аналізували також соціологічну за своєю суттю теорію І. Бентама. Гердер у «Ідеях до філософії історії людства» писав про синхронне передання досвіду, засвоєння елементів культури одного народу іншим та їх застосування — поряд із генетичним переданням, про змішання народів як форму синтезу їх культур[2611]. Т. Чацький у праці «Про литовські й польські права та їх дух…» вказував на нормальність запо-

[2606] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 256–258.
[2607] Там само. С. 254, 265, 361–362; *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа… С. 365.
[2608] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 367–368.
[2609] Там само. С. 256–258, 262, 265.
[2610] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… P. 95.
[2611] *Гердер И.Г.* Идеи к философии истории человечества… С. 189, 440–442, 544. Див. також: *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 39; *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2006, 2009; *Медяков А.С.* Национальная идея и национальное сознание немцев… С. 403. Див. також: *Хобсбаум Э.* Нации и национализм после 1780 года… С. 122.

зичення зарубіжних законодавчих моделей регулювання нових видів правовідносин[2612].

У обгрунтуванні необхідності створення Бюро зарубіжного законодавства у Франції в 1801 р. письменник і перекладач А.-Ж. Лемьє та державний прокурор Е. Бросселар вказували на важливість збирання, перекладу і порівняння сучасного законодавства «європейських націй» («нація» і «держава» у документі використовуються як синоніми) як «досвіду кількох сучасних народів, більш розвиненого, ніж наш», що є «дорогоцінним» для розвитку французького законодавства. Також вказувалося, що знання законодавства держав відкриває «таємницю їх сили та процвітання». Це обгрунтування було підтримане поданням міністра юстиції на ім'я першого консула Наполеона; він зазначав, що знання зарубіжного права сприятиме вдосконаленню французького законодавства, в тому числі розробці Цивільного кодексу[2613]. Бюро зарубіжного законодавства працювало при Міністерстві юстиції до 1804 р. і встигло забезпечити переклад Прусського земського уложення 1794 р.[2614]

І.Ф. Тимковський у 1808 р. вказував на нормальність запозичень елементів права між народами, що перебувають на одній стадії суспільного, господарського, інтелектуального розвитку. При цьому в деяких випадках такі запозичення просто можливі, а в інших навіть необхідні. При цьому такі питання мають попередньо «помірковано» розглядатися у наукових дослідженнях на предмет несуперечливості «істотним властивостям і заняттям» народу-реципієнта, наявності чи відсутності спорідненості або духовної близькості донора і реципієнта[2615]. Результатом запозичення не може стати тотожність права двох народів — прагнення останньої (очевидно, безпосереднє запозичення без адаптації) не дає суттєвої вигоди і навіть призводить до тимчасової шкоди, що зрештою завершиться поверненням народу до свого автохтонного права[2616]. Отже, запозичується лише те, що відповідає загальним для всіх народів стадіям розвитку, але не зачіпає історичної своєрідності національного права.

У «Погляді на німецьке правознавство» Фейєрбах вказував на існування поряд з автохтонними («рідними») елементами національного права «адаптованих» (тобто запозичених і акультурованих), що не можуть розглядатися як чужі, є невід'ємними[2617]. Також він писав про

[2612] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. 5–6, 8, 11, 45, 51–54, 97.
[2613] *Actes* du Gouvernement… P. 268–269.
[2614] *Grunebaum-Ballin P.* Comment Bonaparte, Premier Consul, fonda le premier organisme francais d'etude des legislations etrangeres et du droit compare… P. 269, 272.
[2615] *Тимковский И.* О применении знаний к состоянию и цели государства… С. 20–22.
[2616] Там само. С. 21, 23.
[2617] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльне правознавство… С. 286.

нормальність процесу запозичення та можливість планування цього процесу («збагатити усе своє новим матеріалом»)[2618]. Водночас, на його думку, цей процес не є простим. У «Ідеї та необхідності універсальної юридичної науки» Фейєрбах вказав на марність прямих запозичень у праві (при трансплантації гине і автохтонний, і реципійований елементи), адже вони не мають зв'язку із суспільними відносинами реципієнта[2619].

Фейєрбах вказав на запозичення як нормальний засіб розвитку національного права. Але воно можливе лише між народами, що перебувають на одній стадії суспільного розвитку, має бути не автоматичним, а передбачати адаптацію до умов країни. Цим індивідуальність національного права не лише не заперечується, а й стверджується. Зокрема, попри наявність великої кількості німецьких держав стверджується існування німецького права як цілого. Вплив всезагального правового розвитку через запозичення не призводить до знищення своєрідності. І все ж конкретне зарубіжне, французьке, право для нього в реальних обставинах виступило як втілення духу епохи, загальносвітового стадіального, а не індивідуального національного розвитку.

Тибо у праці «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» відкидав можливість прямого запозичення сучасного зарубіжного права (зокрема, французького)[2620]. Але він вказав на французьку модель як на передову. В умовах зростання націоналізму після звільнення від французької окупації самі по собі ці думки мали викликати масове несприйняття і навіть репресії проти автора, але він пішов ще далі, запропонувавши, як ми вже зазначали, спертися не лише на чинні власне німецькі кодифікації, а й на кодекси Франції[2621].

Зважаючи на крайню політизацію питання щодо можливості запозичення французького права, зрозуміло, чому саме остання ідея здебільшого згадується науковцями — без звернення до тексту праці вченого. Звичайно, це повністю спотворює його ідеї. Як ми вже зазначали, він писав про загальність правового прогресу, необхідність постійного оновлення права для забезпечення його відповідності зміні потреб і обставин[2622]. Як відзначав Г. Кленнер, «принципово важливим для їх (Тибо і Савіньї. — *О.К.*) диспуту була вимога універсальності Французької революції в розумінні неуникненності людського прогресу від феодаліз-

[2618] Там само.
[2619] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльне правознавство… С. 337, 339.
[2620] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 105, 109–110, 120–121.
[2621] Там само. С. 126. Див. також: *Zimmermann R.* Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science… P. 577.
[2622] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 123.

му до капіталізму в рамках Голландської, Американської та, звичайно, Французької революцій»[2623].

Це, на нашу думку, ще раз підтверджує поверховість традиційного погляду на Тибо як прихильника запозичення французьких кодексів у Німеччині й зручного опонента для Савіньї[2624]. Натомість слід говорити про ідею Тибо щодо створення прагматичного та модернізованого права на основі вітчизняного і зарубіжного досвіду, але національного за статусом і сутністю. Тибо тут виступає як кантіанець — прихильник ідеї права як соціальної волі. Так, він вважав нормальним і позитивним явищем запозичення в праві, хоча й не безпосереднє, — шляхом не копіювання, а адаптації певних принципів чи правових масивів. Безперервний і масштабний процес такої взаємодії правових систем приводить до стадіальності правового розвитку, яка також більшою чи меншою мірою співвідноситься із стадіями суспільного розвитку.

Г.М. Данилович у 1818 р. писав про те, що кожний народ знає лише своє право, прив'язаний до нього, не знає чужого права і тому не здатний сам їх порівнювати, тим більше безсторонньо, «завелика терплячість до вітчизняних і ненависть до чужих прав бере початок із суміші неосвіченості та забобонів». Окрім того, завжди є сили в суспільстві, що отримують певну користь від збереження свого, хай і недосконалого чи відсталого права. І, нарешті, зміна права, «освяченого століттями», завжди є складним процесом, цінністю є стабільність і тривалість законодавства, що «має бути вище за людські пристрасті», «об'єднувати і навчати, не вдаючись до диспутів». Але все це не повинно бути підставою для того, щоб відкидати як нововведення взагалі, так і, зокрема, запозичення в праві[2625].

При цьому вчений вказував на невдалі, на його думку, історичні приклади запозичення у Речі Посполитій норм феодального, канонічного, римського права, що не були адаптовані до умов життя суспільства і духу народу. Окрім того, він писав, що запозичення часом можуть відбуватися не через потребу в них, а через престижність та поширеність зарубіжної правової моделі[2626]. Також він наголошував на цінності збереження «чистоти» як однієї з важливих переваг для розвитку національного права, що визначається як «усунення всіляких різнорідних матерій, мішанин чужих, — одне слово, того, що не є простим вираженням волі праводавців і правом теж зватися не може»[2627]. Але в контексті

[2623] *Klenner H.* Savigny's Research Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin… P. 72.
[2624] Тибо сам себе зараховував до історичної школи права. Див.: *Kletzer C.* Custom and Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy... P. 1; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[2625] *Daniłowicz I.* Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi I litewskiemi… S. 30–31, 41–43, 52, 66.
[2626] Ibid. S. 38, 46, 51, 67.
[2627] Ibid. S. 52.

інших тверджень автора останнє слід розуміти не як заклик до очищення права і його обмеження елементами автохтонного походження, а як його формальну націоналізацію — чинність має лише те, на що дало згоду суспільство через уповноважені на це установи; автохтонність чи запозиченість тих чи інших норми чи інституту в цьому випадку не розглядаються.

Натомість Данилович наполягав на плідності запозичень, але необхідності їх адаптації до духу права народу-реципієнта, фізичних і суспільно-політичних чинників його розвитку[2628]. На його думку, запозичення не принижує народ, воно є нормальним і повсюдним способом розвитку права, і навпаки, «ніколи той народ не отримає досконалого кодексу, який гордує досвідом інших народів і починає заміняти в праві [їх] концепти на власні»[2629]. При цьому на увагу заслуговує зарубіжне право, «засвідчене тривалим дотриманням», що походить з країн, близьких за умовами і характером розвитку до своєї. Данилович визнав можливість «вищості» одного права щодо іншого та його запозичення[2630].

Фальк виправдовував рецепцію наявністю в конкретному зарубіжному праві елементів, потреба в яких у національному праві вже виникла і які «відомі самі по собі» національним юристам, необхідні для «завершення автохтонної системи країни»[2631]. Пухта зазначав, що епохи у розвитку права (антична, феодальна, сучасна) формуються в результаті взаємодії національних правопорядків, а також вказував на загальну подібність розвитку багатьох інститутів права[2632]. А Ганс заперечив думку Савіньї про те, що не кожне право може бути акультуроване при запозиченні («стати частиною його (народу. — *О.К.*) власної сутності»)[2633].

К.С. Цахаріа у 1829 р. вказував на можливість запозичення новаційних та авторитетних зарубіжних правових рішень проблем, що постають перед державою — право «розширює територію свого існування» (усе це разом він називав діалогом)[2634]. Але наголошена (можливо, вперше так чітко) ідея «кращого права» Цахаріа однозначно вказує, що національна форма правопорядку для нього була безумовною, а сумніву, до

[2628] Ibid. S. 67, 69–70.
[2629] Ibid. S. 68–69.
[2630] Ibid. S. 68, 71, 148, 173.
[2631] *Falck N.* The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances… P. 198–199.
[2632] У 1823 р. Пухта опублікував статтю «Про періоди в історії права», але там розглядаються періоди в історії національного права взагалі. Див. про це: *Дьячек Т.И.* Теория духа народа Георга Фридриха Пухты как синтез учения исторической школы права и философии права Гегеля... С. 185.
[2633] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 88.
[2634] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 199–201, 205–207.

певної міри, піддавалася лише національна унікальність його змісту: він, принаймні теоретично, може бути змішаним[2635].

Лермінье у 1829 р. зазначав, що римське право, як і будь-яке інше, є поєднанням своєрідного та загального. А загальне (філософський елемент) у інших європейських правових системах не суперечило римському праву, в останньому загальне було набагато краще розроблене, і тому воно замінило філософський елемент у праві європейських народів. Г. Наве вважає, що тоді Лермінье схилявся саме до такого бачення унікальності римського права, а у пізніших працях у цій унікальності останньому вже відмовляв, розглядав його як звичайну національну правову систему[2636]. У статті «Викладання порівняльних законодавств» (1834 р.) Лермінье писав про необхідність обговорення, узагальнення нових зарубіжних правових ідей та їх підготовки до реалізації у позитивному праві своєї країни: «Закон не уникатиме умов інших творінь людського генія, він вимагає єдності. Законотворець має бути єдиний, розумний і представляти моральну цінність»[2637].

П.І. Дегай у 1831 р. вказував, що причинами відмінностей між правопорядками є особливості національного державотворення[2638]. Спираючись, зокрема, на ідеї Тибо, він стверджував, що в правопорядку кожної держави присутні «предмети місцеві», що становлять «індивідуалітет її законодавства», і предмети, спільні майже для всіх народів, що можуть бути запозичені. Тому слід відрізняти одні елементи від інших і там, де це доцільно, «наскільки можливо ближче користуватися спільними успіхами правознавства і взагалі просвітництва»[2639].

У праці В.А. Мацеєвського «Історія слов'янських законодавств» вказувалося на неможливість безпосередньої рецепції правових норм — вони є неефективними в новому середовищі через втрату зв'язку з оригінальними суспільними відносинами і невідповідність новим, а також, як уже згадувалося, суперечать духу народу (хоча рецепцію Кодексу Наполеона у Польщі Мацеєвський загалом оцінював позитивно)[2640]. А Гегель у «Лекціях з філософії історії» зазначав, що уже сформованому народу передати можна не сутність, а зміст, не дух, а ідеї — «спосіб вдосконалення і розвитку», модель модернізації, адаптації до нового часу, зміни умов існування людини: «Всесвітня історія є взагалі прояв духу в часі, подібно до того, як ідея, як і природа, виявляється в просторі»[2641].

[2635] Там само. С. 201–202, 204–205, 207.
[2636] *Navet G.* Eugène Lerminier (1803–1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie… P. 43.
[2637] *Lerminier E.* De l'enseignement des législations comparées… P. 92.
[2638] *Дегай П.И.* Пособия и правила изучения российских законов или материалы к энциклопедии, методологии и истории литературы российского права… С. 70–71.
[2639] Там само. С. 113–114, 116, 139–140.
[2640] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. V, VII, IX, 2, 38, 67–69.
[2641] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории... С. 97, 101–102, 119.

Висновки до дев'ятого розділу

Питання про можливість існування загальносвітового правопорядку, яке спиралося на багатостолітню традицію Імперії, римського та канонічного права, а також віру юснатуралістів у єдину природну, розумну чи божественну субстанцію права, єдність правової істини, у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. отримало негативну відповідь європейських учених-юристів. Цю проблематику відображено, зокрема, у теоріях всесвітньо-історичних народів та соціальної сутності міжнародного права.

Теорія всесвітньо-історичних народів, що протягом досліджуваного періоду була сприйнята багатьма вченими, насправді не змогла універсалізувати ідею творення загального позитивного права, в ній йшлося про домінування одного окремого над іншими. Для Гегеля, який найбільш виразно у досліджуваний нами період визначив явище такого домінування, домінуюче право мало бути відносно плюральним, в іншому ж випадку відбувалося часткове взаємне знищення — але в будь-якому разі й домінуючий, і підпорядковані правопорядки зберігають свою форму і частково зміст, а загальний «світовий дух» не має позитивного існування поза окремими. Крім того, Гегель показав, що одночасно може існувати більш як один «світовий дух», а дуже значні території та численні народи можуть виявитися поза таким всесвітньо-історичним процесом. Таким чином, теорія Гегеля ним самим була обмежена як сутнісно, так і територіально та соціально. Прагнучи сконструювати загальне в праві, Гегель насправді запропонував особливе і плюральність замість універсальності. Ці ідеї були розвинені Савіньї, який безпосередньо засудив ідею конструювання загального позитивного права як правопорядку через те, що загальне домінування викликає таке ж загальне пригноблення і денаціоналізацію, але визнавав реальність і невипадковість історичного існування моделей регіонального права, заснованого на такому домінуванні.

Можливість розуміння міжнародного права як всезагального правопорядку до певної міри ніби була закладена у Віденському головному акті 1815 р. Він, попри всю непослідовність, реакційність, несправедливість, став відкритою до підписання загальноєвропейською угодою, своєрідним суспільним договором. Він заклав основи розуміння міждержавного простору як міжнародного функціонального співтовариства (положення щодо работоргівлі та транскордонних річок). Водночас цей акт став виразним визнанням суверенітету, територіальності, рівності держав з їх національним правом — ствердив існування і самодостатність соціального окремого в праві. Тобто формування формально плюралістичної правової карти Європи було таким чином завершене і нормативно визначене, що об'єктивно створювало теоретичні основи і практичну необхідність її пізнання та компаративної концептуалізації.

Міжнародне право у вченнях Канта і Гегеля виступає як іманентне і процесуальне щодо національного права. Віднесене до зовнішнього права держав чи розглянуте окремо, воно є лише зовнішнім вираженням і гарантом окремішності національно-державної правової системи, постійним договірним процесом, зумовленим узгодженням інтересів та воль держав. І навіть за умови передбаченої цими мислителями у невиразному майбутньому можливості досягнення державами згоди щодо спільності їх інтересів міжнародне право, на їх думку, залишатиметься невід'ємним від мінливих воль конкретних договірних сторін, і поза цими волями є недійсним. Отже, його матеріальність — конкретно-національна, а міжнародність є суто процесуальною, договір тут є зафіксованим збігом односторонніх воль.

Банкрутство ідеї щодо можливості формалізації будь-якого загального в праві у вигляді окремого правопорядку було осмислене і проголошене багатьма вченими другої половини XVIII — першої третини XIX ст., які вказували на відсутність нормативного простору для нього в умовах визнання територіальності й суверенітету держав, а також на його непридатність, адже для кожної конкретної нації цей спекулятивно сконструйований правопорядок виявиться нічиїм та чужим одночасно.

В умовах загальної конвенції тогочасних учених щодо нездоланності й тотальності форми окремого — національного правопорядку — пошуки загального в праві виявилися в спробах осмислення змістовних подібностей у розвитку правових систем.

Зокрема, вченими обмірковувалася можливість досягнення уніформності, тобто принципової змістовної тотожності національних правопорядків — на підставі трьох чинників: 1) римське право; 2) християнство; 3) вплив нового французького права. Щодо перших двох чинників учені загалом погоджувалися, що вони частково вже втратили і продовжуватимуть втрачати своє безпосереднє нормативне значення, але залишатимуться джерелом доктринальної близькості багатьох правових систем. Щодо рецепції нового французького кодифікованого права виникла тривала публічна дискусія, в якій беззастережне захоплення ним як засобом модернізації і переходу від римського до сучасного права, придатним для всіх правопорядків, виявилося нетривалим і зникло одразу після битви під Ватерлоо, тобто усунення політичної складової у виборі права. Дещо пізніше не-універсальність французьких кодексів, їх історичний та національний характер були осмислені й французькими вченими. Важливим у всіх трьох випадках було усвідомлення неможливості, у минулому та майбутньому, змістовної тотожності правових систем, а також єдиного інваріантного прогресу в правовій сфері, який завжди обумовлений насамперед низкою особливостей і чинників конкретних суспільств у конкретний час. Відповідно немає і не може бути універсально придатного позитивного права, що могло би бути сприйняте всіма правовими системами.

Менш радикальною, ніж уніформність, і більш прийнятною для тогочасних учених виявилася ідея відносної змістовної подібності правових систем. На нашу думку, в досліджуваний період можна виділити два основні підходи до неї: філософсько-раціональний та історико-соціальний.

У межах філософсько-раціонального підходу, що відображав елементи юснатуралістичного мислення та спирався на ідеї «критичного» Канта, можна виділити такі ключові концепції: права як математики (інваріантна поза-локальна і поза-історична логіка); паралельного самостійного розвитку; чистого розуму, що формується історично; доктринальної близькості правових систем. Для всіх цих концепцій, на нашу думку, характерні такі спільні засади: 1) визначальним чи впливовим чинником правового розвитку є ідеї, що у своїй чистій формі є чи стають інтернаціональними; 2) незалежно від того, чи є засади цих ідей субстанційними (закладені в природі людського мислення), чи суто історичними, вони розвиваються, набувають різних національних форм, поширюються у просторі; 3) вплив таких ідей на конкретні суспільства та їх національні правопорядки не є абсолютним, він диференціюється залежно від фізичних і соціальних особливостей або конкурує із своєрідними ідеями, носіями чи творцями яких є ці суспільства. Отже, йшлося про те, чи можлива, за умов множинності й некоординованості змісту національних правових систем, сутнісна єдність і стадіальність світового розвитку принципів позитивного права. Можна стверджувати, що вчені в цей період визнали обмежену придатність, відносність ідеї такого розвитку — як однієї з іманентних тенденцій до доктринальної конвергенції (поряд із тенденцією до збереження та поглиблення індивідуальності), піддавши критиці її можливі телеологічні імплікації.

Поступове формування доктринальної єдності між національно-державними правопорядками в процесі їх діалогу, запропоноване низкою вчених, до певної міри може розглядатися як можливість об'єктивації загального в праві. Звичайно, при цьому йшлося про відновлення або наслідування конвенції, що існувала раніше щодо принципів римського права. Навіть поза тим, що така конвенція була регіональною, а не всесвітньою, важливо те, що у діалозі народжується не лише згода, а й увиразнюються відмінності, бажаний результат є тимчасовим, якщо не примарним, питання про об'єктивацію загального у вигляді уніфікованого нормативного документа не ставиться, цілісність національного як окремого не долається, а загальне залишається іманентним в окремому.

В процесі поступового зближення позицій вчених, у тому числі лідерів історичної та історико-філософської шкіл, вони визначили єдиний деномінатор існування різних типів права — правосвідомість / дух права. Це також дало змогу зробити загальне й окреме в праві горизонтально розташованими одне щодо іншого явищами, об'єктивними та

взаємно іманентними через присутність елементів кожного з них у іншому та в людському розумі.

У рамках історико-соціального (генетичного) підходу до осягнення змістовної подібності правових систем європейські вчені розвинули ідею про спадкування досвіду як спосіб існування загального в праві, що узгоджувався з невічністю національного права, а отже, конечністю, тимчасовістю своєрідного в ньому, розв'язував питання про долю національних правових здобутків. На їх думку, успадковані елементи формують початковий морально-етичний фонд нового народу, з яким він входить до суспільного (культурного) буття. Частина дослідників відстоювали індивідуальне успадкування національного правового досвіду від одного народу до іншого і навіть безперервність правового розвитку від одного народу до наступного. Інші вчені стверджували діалектичну індивідуальну спадковість у праві від одного народу до іншого — через критичне переосмислення досвіду (смерть і народження національного духу), що розривало історичний зв'язок успадкованого із спадкодавцем. Але спільним для них був наголос на тому, що від народу до народу передається окремий національний досвід, а загальною є сама безперервність процесу розвитку і спадкування (жива загальність). Матеріальність же загального при цьому могла з'являтися і зростати побічно — через перехрещення ліній спадкування (від кількох народів — одному) або через «розподіл» спадщини (від одного народу — кільком). І ця матеріальність обов'язково передбачала історичність і конкретність передання соціального правового досвіду.

Іншим підходом до вивчення загального в праві у досліджуваний період стало вчення про діалог правових систем. Учені виокремлювали дві взаємопов'язані, але відмінні сфери цього діалогу: в межах національних правових систем та між ними.

Концепція внутрішнього діалогу передбачала, що в межах правової системи можуть бути виділені поряд із національно-своєрідними також загальні елементи. При цьому останні насправді могли такими й не бути, але саме так усвідомлюватися, хоча деякі вчені вказували на те, що виділення іманентних загальних елементів є об'єктивним і передбачає порівняння з іншим правопорядком. Внутрішній діалог при цьому полягав у виокремленні, ідентифікації та усвідомленні певних елементів як загальних. Найважливішими засадами такого підходу були: 1) твердження про неможливість існування загальних елементів у праві поза національними правопорядками, а натомість їх іманентність у національному праві; 2) загальними ці елементи можуть бути лише за своїм змістом, а їх форма завжди національно-своєрідна. Отже, діалог ставав внутрішньою взаємодією виокремлених і усвідомлених своєрідних і загальних елементів, а вчені чи правотворці залежно від своєї позиції могли робити вибір на користь пріоритетного розвитку перших,

других або обох — з розумінням неуникненності внутрішнього плюралізму будь-якого національного правопорядку.

Концепція зовнішнього діалогу правопорядків передбачала узагальнення процесів виникнення подібностей у праві в результаті запозичення, кореляції та суперництва правопорядків. Учені вказували на те, що більшість сучасних правопорядків історично втратили свою «чистоту» (цілковиту своєрідність), через що в них своєрідні елементи уже не є самодостатніми. При взаємодії окремих між собою вони виступають як цілісності (єдності загальних і своєрідних елементів). Результатом їх взаємодії є космополітичне право — як зростання ваги й обсягу загальних (поширених у кожному окремому) елементів, що, тим не менше, не втрачають свого іманентного (у межах національних правопорядків) характеру. Абсолютно домінуючою, загальноприйнятою стає ідея про іманентність та взаємодію загального і своєрідного (або філософського та історичного) як елементів у межах окремих — національно-державних правопорядків. Водночас однозначно постулюється неможливість окремої об'єктивації позитивного загального права, що не має відповідної соціальної та політичної основи.

Починаючи з Гердера в працях учених підкреслюється, що загальне — це змінна сукупність взаємодій, є насамперед не матеріальною, а процесуальною реальністю, що може бути матеріалізована лише у науковому тексті — як аналітична єдність. Водночас розвивається ідея процесуального характеру національної своєрідності в праві — як особливостей діалогу з іншими, участі у творенні епохи (Ганс). З погляду ж матеріальності права, як підкреслювала частина вчених, реципійовані, адаптовані й сприйняті культурою суспільства іноземні елементи перестають бути чужими, є невід'ємними для правопорядку.

Загальний елемент може виходити з єдності біологічної, фізичної, антропологічної природи людини, але він, на відміну від цієї природи, розвивається і трансформується у процесі людської взаємодії в суспільстві та між суспільствами. Своєрідний елемент пов'язується з існуванням і еволюцією духовної єдності та інших властивостей національного суспільства, з часом інституціалізованої у формі держави. Завдяки своєрідним елементам неможлива ситуація універсалізації національно-державних правопорядків через їх змістовну тотожність: «індивідуальність… не здатна очиститися від диференції», диференція є умовою визначеності окремого як конкретного, чиста загальність є безбарвність (Гегель). У межах кожної епохи зберігається плюралізм окремих правопорядків, а самі характеристики епохи втілюються виключно в іманентних елементах національних правопорядків.

Окрім того, частина вчених підкреслювала, що така сукупність не є простою сумою, являє собою боротьбу і баланс загальних та унікаль-

них національних елементів, а результат і його складові, отже, можуть бути визначені лише апостеріорі. Особливістю гегелівської діалектики було визначення таких складових — національно-державних правопорядків — як відносних протилежностей один щодо іншого, зв'язками яких є одночасно і боротьба, і часткове взаємопроникнення.

Визнання вченими неминучості національного різноманіття та нетотальності, нетрансцендентності, нематеріальності, процесуального та іманентного характеру соціального загального в праві ставило своє національне право в діалог з іншими. Цей діалог міг мати переважно позитивний (обмін досвідом) чи негативний (чуже є негативним ідентифікатором, так би мовити, «пурифікатором» свого) характер. Але акценти і наголоси не змінювали визнання того, що це є не два діалоги, а лише два боки одного діалогу, результатом якого є сприйняття сторонами (правотворцями та вченими) окремих елементів чи принципів права — загальне є конвенційним.

Внутрішній і зовнішній діалоги правопорядків були пов'язані між собою, запропоновано функціональну модель взаємодії в праві на мікрорівні. Також важливо відзначити виокремлення у дослідженнях учених проблематики взаємодії правових систем.

На нашу думку, протягом досліджуваного періоду вченими було сформовано дві доволі цілісні загальні концепції взаємодії правопорядків: органічну і соціологічну. Для органічної концепції характерні, зокрема, такі засади: 1) взаємодія не є необхідною, вона сприймається загалом негативно, як така, що порушує цілісність і напрям розвитку національної правової системи; 2) взаємодія підпорядкована загальним закономірностям розвитку нації, її культури та права, передумовою для неї є потреба у реформуванні правопорядку нації, пов'язана з його ускладненням у період становлення державності, надалі ж правопорядок залишається відносно відкритим до іноземних впливів — насамперед у сфері, охопленій законодавством; 3) реформування правопорядку можливе без взаємодії із зарубіжним правом, шляхом еволюційного створення нових елементів, але наявність готових іноземних моделей може прискорити цей процес; 4) перенесення духу (сутності) права можливе лише до населення, яке ще не є нацією і не має свого національного правопорядку, або в результаті змішання вихідців із різних народів, у інших випадках можливе перенесення лише змісту права; 5) запозичені та самобутні елементи в межах правопорядку не залишаються простою сумішшю, будь-який перенесений в результаті правової взаємодії елемент не залишається незмінним, а модифікується у національному праві й підпорядковується його своєрідними елементами, націоналізується; 6) надмірні запозичення можуть привести до денаціоналізації правопорядку, результатом чого може стати припинення його саморозвитку і зникнення; 7) припускається можливість виокремлення у наці-

ональному праві запозичених елементів, а також відмова від них — пурифікація (очищення) — крім випадків, коли запозичені елементи утворили первинний субстрат національного права; 8) не кожне зарубіжне право сумісне з конкретним національним правопорядком і може бути запозичене.

Соціологічна концепція взаємодії правопорядків виходила з того, що запозичення відбувається через різноманітні потреби конкретного суспільства у конкретний час, а також із нормальності діалогу національних правопорядків, внаслідок якого вони не можуть залишатися «чистими» / абсолютно своєрідними. Вона спиралася на такі засади: 1) прагматичний підхід до співвідношення і взаємодії самобутніх і запозичених елементів національного правопорядку, обхід питання про відповідність запозичуваного права національним духу і культурі, ідея збереження своєрідності національного права при здійсненні запозичень (національного правопорядку як унікального комплексу елементів — незалежно від їх походження); 2) ідея переважно односпрямованого вектору і стадіальності прогресивного розвитку права, що дає змогу говорити про більш і менш розвинені правопорядки та обгрунтовує концепт наявності «кращого права» як більш досконалої (порівняно з національною) правової моделі; 3) розгляд запозичення як ефективного засобу модернізації права та унормування нових видів правовідносин; 4) вимога відповідності запозичуваного права рівню національного соціального розвитку як його сумісності з національним правом; 5) вимога раціональності запозичення (зокрема, усвідомленості проблеми та можливого шляху її вирішення, оцінки відповідних зарубіжних рішень), ідея можливості планованого і науково обгрунтованого запозичення як елемента правової політики; 6) вимога обов'язкової адаптації запозиченого права для забезпечення його відповідності особливостям суспільних відносин країни-реципієнта.

На нашу думку, засади обох концепцій є сумісними, а найбільш базові з них співпадають: 1) розуміння сучасних правопорядків як відкритих, визнання неуникненності їх взаємодії й більшої чи меншої користі від неї; 2) визнання наявності подібних проблем у різних правопорядках і відповідно припущення існування більш досконалих моделей їх вирішення, що можуть бути запозичені; 3) припущення можливості перенесення елементів права від одного правопорядку в інший без втрати їх змісту; 4) ідея добровільної й обмеженої рецепції, що виходить з усвідомлених потреб суспільства-реципієнта та сумісності правопорядків; 5) вимога адаптації форми запозичених елементів і кореляції їх змісту для забезпечення відповідності умовам суспільства-реципієнта; 6) презумпція формування загального в праві в результаті історичної, конкретної, постійної взаємодії правопорядків.

Окрім того, слід наголосити на тому, що: а) самі автори цих концепцій визнавали їх сумісними, нерідко обидві були присутні в працях тих самих учених; б) для обох концепцій характерний один і той самий комплекс понять, що свідчить про формування сталих базових концептів у цій сфері («спілкування права», адаптація права, змішаність / конвенційність правопорядків, «краще право», денаціоналізація («зчужоземнення») права, відкритий правопорядок, «чистий» правопорядок, «початкові звичаї» та ін.).

Усе це дає змогу стверджувати формування двоєдиної загальної теорії взаємодії правових систем протягом досліджуваного періоду.

Розділ 10
Особливе в праві та класифікація національних правопорядків

10.1. Постановка питання і класифікація правопорядків на правові сім'ї

В основі формування класифікацій правових систем лежали теоретичні пошуки вчених щодо особливого в праві. Деякі філософи наприкінці XVIII — на початку XIX ст. виступили з критикою праць Канта «критичного» періоду, заперечуючи ідею чистого розуму на підставі пов'язаності мислення й мови, неможливості універсальної поза-мовної структури мислення. Зокрема, Гердер у праці «Розсуд і досвід. Метакритика критики чистого розуму» (1799 р.) та Й.Г. Гаман у «Метакритиці про пуризм чистого розуму» (1800 р.) стверджували неможливість існування розуму поза досвідом, а також залежність категорій мислення від мови[2642]. Таку ж думку, але виходячи з інших позицій, формулювали на початку XIX ст. традиціоналісти Ж. де Местр, Д.Г.А. де Бональд і Г.Ф.Р. де Ля Мене: «Припускаючи, що мислення залежить від мови, вони робили висновок, що початково закладені в мові структури позначаються й на мисленні»[2643].

Гегель у 1802 р. писав про те, що кожний народ є частиною ширшої «цілісності народів», при цьому однозначно вказуючи на множину останніх[2644]. А Фейєрбах у 1810 р. вказував на культурно споріднені та віддалені нації[2645]. Пізніше він і Ганс писали про обмеженість ідеї природного права та філософії, що відображають природно-кліматичні умови, тип господарства та модель мислення певного кола народів у певному регіоні[2646]. І Савіньї, і Тибо в контексті дискусії 1810–1817 рр.

[2642] *Рьод В.* Шлях філософії: з XVII по XIX століття / Пер. з нім. В. Терлецького, О. Ведрова. Київ: Дух і Літера, 2009. С. 207, 209.
[2643] Цит. за: Там само. С. 138.
[2644] *Гегель Г.В.Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве… С. 267–268.
[2645] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 15.
[2646] *фон Фейербах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 13–14, 21; *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 76–77.

запропонували, хоча й не розвинули докладно, ідею щодо існування соціального особливого в праві — середнього елемента між соціальним окремим і соціальним загальним — ідею правових систем римсько-германського типу.

У «Філософії права» Гегель, розмірковуючи про сутність міжнародного права, визначив союзи держав як особливе у світовому правовому розвитку — поряд із загальним та окремим, вид — поряд з родом і одиничним[2647]. Він відзначав можливість об'єктивації особливого — міжнародного союзу держав, який можна назвати сім'єю і розглядати як індивіда (так само, як індивідами є окремі народи), при цьому зазначаючи, що виникнення однієї такої сім'ї викличе й формування інших («створити протилежність і породити ворога»)[2648]. На думку Гегеля, у грецькій та германській епохах («всесвітньо-історичних царствах») — на відміну від римської, де «індивідуальності окремих народів гинуть у єдності пантеону» — ціле «розпадається на кола особливих народних духів»[2649]. Отже, Гегель стверджував історичність і подальшу можливість існування сталих груп народів і, відповідно, національних правопорядків, чи не вперше назвав таку сукупність особливим у правовому розвитку і пропонував розглядати її як внутрішньо пов'язаний феномен. Зазначимо, що у виданій того ж року «Юридичній енциклопедії» Н.Н. Фальк стверджував існування у національних правопорядках не лише окремого та загального, а й особливого[2650].

Більше того, це відповідало загальній філософії Гегеля. Він вважав особливе моментом розвитку будь-якого поняття, поряд з одиничним і загальним, а перехід від одиничного до особливого і загального унаочнював як відношення між індивідом, видом і родом[2651]. Поняття про особливе відповідає судженню і умовиводу рефлексії в гегелівській логіці, що виводяться із судження і умовиводу наявного буття[2652]. Водночас це відповідає другому ступеню об'єктивності у Гегеля — хімізму. Якщо на першому ступені, механічному, об'єкти відносяться до інших об'єктів як до чогось зовнішнього, хоча й взаємодіють з ними, то на другому, хімічному ступені виявляється «внутрішня спорідненість об'єктів — їх органічний зв'язок», а також вони починають співвідноситися між собою. Третій ступінь об'єктивності, телеологічний, суттєво відрізняється від перших двох, адже передбачає залучення, окрім об'єктів, також суб'єкта[2653]. Отже, для Гегеля особливе є результатом взаємодії окремих і максимальним рівнем об'єктивного світу, подолати який можна лише суб'єктивно.

[2647] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або Природне право і державознавство… С. 218.
[2648] Там само. С. 283.
[2649] Там само. С. 296–298.
[2650] *Фальк Н.Н.* Различия в праве и сравнительное правоведение… С. 197.
[2651] *Дворцов А.Т.* Гегель… С. 110.
[2652] Там само. С. 111.
[2653] Цит. і виклад за: Там само. С. 113.

Пухта в «Енциклопедії права» зазначав, що юридична наука, на відміну від філософії, розглядає не загальний зв'язок національних правопорядків, а «особливий зв'язок», що здійснюється через «перехід одного права в інше», рецепцію права одного народу іншим; при цьому (знов-таки, на відміну від філософії) національні правопорядки не втрачають своїх якостей як відносно ізольованого «організму»[2654]. Зв'язок («духовний обіг») у межах міжнаціональних правових спільностей є правовим і конкретним, а не філософським чи метафізичним[2655]. Важливо, що вчений наголошує на відсутності одиниці в правовому розвитку, вищої за сім'ю народів[2656].

В основі *ідеї правової сім'ї* лежав мовно-культурний критерій класифікації національних правопорядків, який можна визнати найбільш розробленим у досліджуваний період. Слід зазначити, що ще професор Лейденського університету Жозеф Юстус Скалігер (1540–1609) у праці «Opuscula varia», виданій у 1610 р., класифікував європейські мови на одинадцять мовних сімей: чотири великі (приблизно — романська, грецька, германська і слов'янська) і сім малих. Його учень голландський вчений Іоан де Лаат (1581–1649) запропонував правила порівняльного мовознавства, що передбачали класифікацію мов на сім'ї. Як зазначає Р. Бод, теорія порівняльного мовознавства активно розвивалася у XVIII ст., засновник компаративістики Вільям Джонс (1746–1794) виступив з ідеєю праіндоєвропейського походження європейських мов, а Гердер, Руссо та інші вчені взяли участь у дискусії навколо цього питання[2657].

Отже, ідеї мовної спільності, мовної спорідненості, генеалогії мов, класифікації мов були доволі поширені у науковому та філософському дискурсах кінця XVIII — початку XIX ст. Це дістало відображення і в юридичних працях. Зокрема, Д. Келлі зазначав, що для геттінгенських учених, і насамперед Й. Пюттера, був характерний постійний пошук автохтонної германської традиції в праві, яку слід було очистити від іноземних запозичень[2658]. На думку Пюттера, право вкорінене в звичаєвій конституції не лише окремого народу, а й групи народів, а також пов'язане з природно-кліматичними умовами[2659].

Пюттер у «Новому досвіді юридичної енциклопедії та методології» запропонував класифікацію європейських народів на групи і навіть присвятив цьому окремий підрозділ своєї праці. По-перше, він поділяв європейські країни на північно-східні та південно-західні, республіки і монархії, спадкові та виборні, католицькі та протестантські, змішані

[2654] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 90–91.
[2655] Там само. С. 97–98.
[2656] Там само. С. 23.
[2657] *Бод Р.* Забуті науки. Історія гуманітарних наук… С. 154, 181–182.
[2658] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції… С. 232.
[2659] Там само.

тощо. По-друге, європейські народи поділялися за походженням — німецьким чи слов'янським[2660]. При цьому він писав про сім'ї держав (і тут же — народів), у основі яких лежить одне «корінне» право, а спорідненість у їх межах має й надалі зберігатися[2661]. Водночас він визнавав, що в процесі розвитку груп народів і держав їх правопорядки можуть стати змішаними, причому запозичені елементи можуть стати принципово важливими для збереження єдності сім'ї народів (римське і канонічне право у германців) і повинні бути узгоджені між собою[2662].

Кант у «Вічному мирі» як на одне з джерел подібності у розвитку національних правопорядків вказував на етнокультурну спорідненість[2663], а Гердер — на історичне існування груп народів («родів»), що споріднені у мовному відношенні, способом мислення та побутом, й діляться в результаті конфліктів[2664]. Також Гердер вказував на існування літератури про спорідненість народів[2665], а Фейєрбах у «Погляді на німецьке правознавство» згадував про «поодинокі, частково давно забуті розвідки так званих германістів»[2666].

Т. Чацький виокремлював слов'янське, готське / північне (скандинавське), германське «покоління» народів[2667]. В основі покоління, припускав учений, може бути походження від одного народу та єдине, так би мовити, першоправо. Для покоління властивий спільний дух і відчуття побратимства[2668]. Він писав про спорідненість слов'ян з готськими народами, а також постійні контакти з германцями, змішання цих поколінь, значні запозичення від них та інших народів у мові та праві (в тому числі звичаєвому). При цьому слов'янське право і північне право Чацький вважав вільними від впливу римського права[2669]. І.Ф. Тимковський у 1808 р. писав про спорідненість окремих народів за походженням (від одного племені), мовою та релігією, що значною мірою впливає на розвиток права у межах відповідних груп правопорядків[2670].

Фейєрбах у 1810 р. стверджував можливість пояснення права однієї країни (Німеччини) за допомогою права іншої країни (Франції) — зва-

---

[2660] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 28.
[2661] Ibid. S. 93.
[2662] Ibid. S. 95–96.
[2663] *Кант И.* Вечный мир… С. 34, 40.
[2664] *Гердер Й.Г.* Мова і національна індивідуальність… С. 39, 41.
[2665] Там само. С. 39.
[2666] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 15.
[2667] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. VII, 5, 19; *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 77, 95.
[2668] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. 7.
[2669] Ibid. S. VII, 8, 11, 25, 45–46; *Czacki T.* Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich?.. S. 1, 94, 95, 97, 99–116, 120–121.
[2670] *Тимковский И.* О применении знаний к состоянию и цели государства… С. 22–23.

жаючи на спільне германське походження двох народів[2671]. У своїй пізнішій праці «Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство» він стверджував, що кожний окремий народ і його правопорядок «існує не сам по собі, але лише в рамках або в зв'язку з природно посталою системою народів і для людства є чимось значущим лише як частина цього цілого»[2672], щоправда, не уточнюючи, чи ціле — це група народів чи всі народи загалом. Але далі він вказував, що народи з їх правопорядками пов'язані між собою як гілки дерев спільним стовбуром і корінням, а дерева мають видові та родові ознаки, й усі види та підвиди разом становлять ціле[2673].

Міттермайєр у «Вступі до вивчення історії германського права» визнав змішаність германського права й складність (хоча й бажаність) повернення до його первинної чистоти[2674]. Характеру германського права він присвятив цілий розділ цієї праці[2675]. Серед шляхів утворення міжнаціональних правових спільностей Міттермайєр назвав міграції народів, колонізацію або «окультуреннЯ» державою чи народом інших народів (приклад — римляни та частина сучасних народів, серед яких учений безпосередньо натякав на французів), а також фактично вказав інший, природний / органічний шлях — саморозвиток народу і його поступовий поділ на кілька народів (германці)[2676]. У першої групи народів, виділеної Міттермайєром (умовно назвемо їх романськими) право за змістом є більш абстрактним і апріорним, а його основним джерелом виступає кодифіковане законодавство. У другої ж, германської, групи право є більш фрагментарним і казуальним (що випливає з конкретних правовідносин), а його джерела різні — законодавство, звичай, судова практика[2677]. Говорячи про «систему германського права», Міттермайєр, згідно з контекстом, однозначно стверджує цілісність його внутрішньої структури як типу (вона пізнається аналітично), а не єдиного наднаціонального правопорядку[2678].

На думку Міттермайєра, духу германського права відповідає монархія, слабке суспільне життя, відсутність чіткого поділу на стани. «Духу інших» (римського, французького та, можливо, інших романських країн) відповідає республіка, свобода, патріотизм, індивідуалізм, розви-

---

[2671] *фон Фейербах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 15.
[2672] *фон Фейербах П.Й.А.* Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 11–12.
[2673] Там само. С. 12.
[2674] *Mittermaier C.J.A.* Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts… S. 3, 5–6, 10, 12, 78.
[2675] Ibid. S. 57.
[2676] Ibid. S. 60–61, 63–64, 73.
[2677] Ibid. S. 64–65.
[2678] Ibid. S. 65–67.

нене суспільне життя, чітко визначений соціальний статус особи[2679]. Також Міттермайєр відзначав значний вплив християнства на германське право, зокрема на сімейне право, статус жінки[2680]. Суттєвий вплив на германське право мали фізичні та кліматичні умови території розселення германців: наприклад, сприятливий клімат для землеробства пояснює особливості соціальної структури населення й особливості розвитку феодального права, нерозвивненість інституту рабства[2681]. На думку Міттермайєра, при поділі народу всі новоутворені народи зберігають його моральність, характер, звички (зокрема, для германських народів характерні автономія особи, потяг до суспільної самоорганізації поза впливом держави — в економічній, політичній, освітньо-науковій сферах)[2682].

Тибо у 1814 р. пропонував кодифікувати право німецьких держав, але вказував, що його основою має бути реконструкція давньогерманського права, «в Германському дусі з Германською силою»[2683]. При цьому він указував на єдиний національний характер, на те, що право є одним із чинників, покликаних не розділяти, а об'єднувати націю, але межі нації (німецької? в межах колишньої Священної Римської імперії германської нації? загальногерманської?) окреслено не було[2684].

Савіньї, конструюючи плюралістичне право для не зовсім визначеної нації (германської чи німецької), говорячи про «чималу кількість систем римсько-германського права»[2685] у межах окремих держав (станом на час написання його праці вже не об'єднаних умовно єдиною державою, якою до 1806 р. була Священна Римська імперія германської нації), які не уніфікуються, а пізнаються порівняльно, імпліцитно проголосив існування наднаціональних правових спільностей, які за допустимою та поширеною й тоді аналогією з порівняльним мовознавством можна назвати правовими сім'ями.

Ще у статті «Про університети» 1802 р., а також пізніше Савіньї підкреслював особливу роль університетів у досягненні національної єдності, безпосередньо закликав до запровадження в університетах курсів із загальнонімецького права на порівняльній основі: «По-перше, тому що більшу частину прав земель можна зрозуміти лише шляхом порівняння й зведення їх до давніх національних коренів; по-друге, тому що вже все історичне окремих німецьких земель викликає природний інтерес усієї

[2679] Ibid. S. 67–68.
[2680] Ibid. S. 68–70.
[2681] Ibid. S. 70–72.
[2682] Ibid. S. 73–77.
[2683] *Тибо А.Ф.Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии… С. 105, 109–110, 120–121.
[2684] Там само. С. 102–103, 106–107, 109, 114. Див. також: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?... С. 2015.
[2685] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 151.

нації». Він наголошував на особливій ролі університетської освіти і науки у становленні національного права[2686], але межі національного (німецького) права та його співвідношення з германським не було жодним чином визначено. На це звертав увагу О. Бео, наголошуючи, що Савіньї відстоює єдність цивільного права для чогось, що не має кордонів чи інших меж, але пов'язане мовою і культурою, — для чогось, що, власне, не є єдиним, але має таким стати завдяки праву[2687]. Більше того, Савіньї писав у множині про народи Німеччини (цим поняттям могла означатися лише колишня територія Священої Римської Імперії Германської Нації), необхідність їх об'єднання в єдину націю, а отже, остання поки ще не існує[2688].

У праці «Про покликання…» Савіньї вказував на важливість державної єдності («центру» і «локалізації») в минулому для формування єдиного права народів певної етномовної спільності[2689]. У 1814–1816 рр. та пізніше він вказував на необхідність порівняльного вивчення німецького права у колі права германських народів й цим вважав за можливе «зробити цивільне право спільною справою нації та досягнути тим самим нового зміцнення її єдності»[2690]. При цьому безпосередньо називалися й землі, що нині не входять до складу Німеччини, зокрема Австрія.

У статті «Голоси за і проти нової кодифікації» (1816 р.) Савіньї вже чітко наголошував на германських народах («племенах») у множині — вони різні, але міцно споріднені[2691]. А германське право ширше за кордони Німеччини: «Слід розуміти, що германське право в науковому сенсі жодним чином не слід обмежувати тим, що діє в самій Німеччині, але більшою мірою охоплює всі германські племена»[2692]. У 1815 р. про це писав також інший видатний представник історичної школи права К.Ф. Ейнгорн: право германських народів різне, але споріднене і має пізнаватися в порівнянні[2693]. Пізніше, у «Системі сучасного римського права», Савіньї так само писав про «споріднені племена», які можна

[2686] Там само. С. 201, 202, 207; *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière… P. 29, 31.
[2687] *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière… P. 11–15, 26.
[2688] Ibid. S. 30.
[2689] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 146.
[2690] von Savigny F.K. Stimmen für und wider neue Gesetzbücher… S. 8–9; *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 131–133; *фон Савиньи Ф.К.* О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции»… С. 211–212; *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 45; *фон Иеринг Р.* Историческая школа юристов… С. 83.
[2691] *von Savigny F.K.* Stimmen für und wider neue Gesetzbücher… С. 8–9; *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 45; *фон Иеринг Р.* Историческая школа юристов… С. 83.
[2692] Цит. за: *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[2693] Див.: *фон Гирке О.* Историческая школа права и германисты… С. 45.

вважати все ж окремими націями, право яких не співпадає, але «виявляє подібність»[2694]. Можемо погодитися з О. Бео в тому, що у працях Савіньї присутня «ієрархізована опозиція між німецькою нацією і германськими племенами», в якій все німецьке, включно з правом, є вищим і водночас вужчим за все германське[2695]. Савіньї виділяв принаймні ще дві міжнаціональні правові спільності — «християнські європейські народи негерманського коріння» (під якими розумів насамперед слов'ян) і східні народи, з яких перші, хоч і мають інше походження, але за своїм станом ближчі до германців[2696].

І.Б. Раковецький у працях «Про цивільний стан давніх слов'ян» і «Правда Руська або права великого князя Ярослава Володимировича» зазначав, що на ідею дослідження духу слов'янського права його надихнула праця Гердера «Ідеї до філософії історії людства», в якій, зокрема, вказувалося на існування єдиного «слов'янського народу»[2697]. Він виокремлював різні «покоління» (коліна) / «згромадження» / «кола» / «побратимства» народів (слов'яни, готи / скандинави, німці / германці, англо-саксони, східні народи), об'єднані походженням від єдиного народу, єдиною мовою (або генетичним зв'язком з єдиною мовою) та спільною батьківщиною, а також відчуттям близькості й приязні[2698]. Раковецький писав про особливий дух і характер слов'ян, що збереглися попри їх поділ; зокрема, вони є народами вільними і прихильними до республіканської форми правління[2699]. Кожне покоління має своє історичне призначення. Для кожного покоління характерна нерозривна єдність релігії, звичаїв, мови та права («Цілий стан цивільний і політичний, права, релігійні поняття і співи народні, міцно вкорінений характер, традиції, звичаї і старожитня предків наших мова»), а також суспільного розвитку[2700]. Вчений, слідом за Ганкою, припускає існування, так би мовити, першоправа — єдиного давнього слов'янського кодексу[2701].

Ці покоління виступають у його праці як природні вороги, запозичення в праві між ними оцінюються негативно, але визнається історичний вплив готського (скандинавського) права на вже сформоване слов'янське право (германський / «німецький» вплив заперечується), й навпа-

[2694] *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 284–285.
[2695] *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière… S. 27.
[2696] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 88; *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…
[2697] *Rakowiecki J.B.* Prawda ruska. T. I… S. 246.
[2698] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 2–3, 6; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. I, II, VII, 4, 81–82, 128, 135; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 245–246, 312–313, 316.
[2699] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. I, II, VIII, 81–82, 130, 227, 242, 245, 253.
[2700] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 3, 15–16; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 227, 315.
[2701] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 242–243.

ки — вплив слов'янського права на готське і англо-саксонське[2702]. Більше того, Раковецький стверджував, що грецька і латинська мови (в його широкому розумінні — також і культури, право) походять від слов'янської[2703].

Покоління в певний історичний час діляться на відгалуження — народи або менші групи народів (теж покоління), як і мови на діалекти[2704]. Причинами цього можуть бути географічна роз'єднаність, що породжує суттєві відмінності в потребах (очевидно, в господарстві, побуті, політичних відносинах) та антропологічні відмінності, підкорення іншими народами, змішання з іншими народами, вплив інших народів; мова та культура одних народів можуть виявляти більшу чистоту, а інших — бути змішаними[2705]. Зокрема, серед слов'янських народів сформувалася східнослов'янська (слов'яно-руська) та західнослов'янська групи, права яких теж мають особливий дух, але відповідний загальнослов'янському духу; при цьому характери можуть бути відмінні[2706]. За допомогою знання культури народу та його генеалогії можна зрозуміти культури всіх народів відповідного покоління[2707].

Як зазначав Ф. Зігель, працю Раковецького «Правда Руська або права великого князя Ярослава Володимировича» «була першою спробою порівняти Руську Правду з іншими слов'янськими пам'ятниками і першою працею, де говориться про єдиний дух, що просякає законодавство слов'ян»[2708].

Ганс у передмові до свого «Спадкового права…» (1823 р.) виділяв східне, грецьке, римське і германське право[2709]. В самому тексті першого тому праці (1824 р.) він виокремив до-римські правопорядки: східне право (до якого відніс індійське, китайське, іудейсько-талмудичне, мусульманське), а також аттичне (давньогрецьке). Але у другому томі (1825 р.) вчений розглядав римське право як продовження грецького. У третьому томі (1829 р.) Ганс виділяє «право Середньовіччя», а в його межах — канонічне і романське (Італія, Іспанія і Португалія) право, у

[2702] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 2; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 128, 133, 135, 228, 244, 252–253.

[2703] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 153, 243 та ін.

[2704] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 15; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. VII, 81–82.

[2705] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 81–83; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 187–188, 254, 313, 315.

[2706] *Rakowiecki I.B.* O stanie cywilnym dawnych slowian… S. 15; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. IX, 128–129, 139, 198, 243; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 188, 243.

[2707] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 84; *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. II… S. 243, 245.

[2708] *Зигель Ф.* Славянское право // Энциклопедия Брокгауза и Ефрона [Електронний ресурс] // Сайт «Викитека». Режим доступу: http://ru.wikisource.org/wiki/ЭСБЕ/Славянское_право

[2709] *Ганс Э.* Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права»… С. 96–97 та ін.

четвертому томі (1835 р.) також серед середньовічних правопорядків він виокремлює романо-германське (Франція), германо-романське (Англія, Шотландія), скандинавське (Ісландія, Норвегія, Данія, Швеція) право. У п'ятьому і шостому томах мали бути розглянуті відповідно германське і слов'янське право протягом Середніх віків[2710]. А в передмові до «Лекцій з філософії історії» Гегеля Ганс вказував на «великі групи народів», у основі яких лежать різні думки (способи мислення)[2711].

Пухта в «Енциклопедії права» відзначав, що при розпаді народу на кілька народів (племен, гілок) останні зберігають спорідненість між собою, зокрема у мові та праві, мисленні, хоча кожний розвивається окремо; відмінності між ними вчений визначав як «провінціалізми». Стосунки таких народів між собою Пухта визначав як єдність, в якій кожний має свою партикулярність, а також як відношення роду і виду[2712]. Пухта чітко виокремлює народи «германського племені» / «германського походження». Германцям він приписує спільні особливості політичного розвитку: «Останнім часом під впливом германських племен перевагу одержала монархія»[2713].

К.С. Цахаріа у статті «Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн» вказував на існування в Середньовіччі єдиного культурного простору народів германського походження, а також стверджував існування «загального германського права»[2714]. Він називав усі держави германського походження (розглянуті Іспанія, Португалія, Франція, Нідерланди, Англія, Данія, Швеція, Норвегія, німецькі держави, Австрія, Швейцарія, Італія) єдиною «великою сім'єю»[2715].

На думку Цахаріа, германське право є єдиним феноменом, а тому, наприклад, за допомогою права країн, що більшою мірою зберегли цей первинний елемент, можна пояснити засади права всіх германських держав. Розвиток германських народів, у тому числі їх права, Цахаріа порівнював з деревом, гілки якого пов'язані зв'язками споріднення. Але разом із самостійним розвитком законодавства цих країн «загальне германське право втрачає дедалі більше території, на яку раніше поширювалася його дія»[2716].

[2710] *Эмих В.В.* Ганс VS Савиньи: полемика между философской и исторической школами права… С. 145; *Эмих В.В.* Эдуард Ганс о праве, его происхождении и развитии… С. 314–315; *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса… С. 108–109.

[2711] *Ганс Э.* Предисловие издателя // Гегель Г.В.Ф. Лекции по философии истории… С. 460–461.

[2712] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 22–23.

[2713] Там само. С. 23, 59, 97.

[2714] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 198, 205.

[2715] Там само. С. 208.

[2716] Там само. С. 206–207.

У межах германської правової сім'ї Цахаріа виділяв також менші групи національних правопорядків — англійську, північноєвропейську та власне германську (що зберегла свою «чистоту»). Англійську правову систему виокремлено з огляду на особливості системи джерел права — некодифікованість і фрагментарність законодавства, значну роль судової практики та звичаю (останнє вчений вважав подібним до римського права) та ін., а також незастосування самого римського права. Також він вказував на принципову відповідність права США та Ірландії англійській моделі, а право Шотландії вважав спорідненим із германським правом[2717]. Північноєвропейську / скандинавську групу правових систем (Данії, Швеції, Норвегії) Цахаріа вважав спорідненою з англійським правом. У цих країнах краще збереглося старе германське право, тут не було помітного впливу римського і феодального права[2718]. Поряд з германцями Цахаріа виділяв народ «сарматського походження», що створив Російську імперію, — він суттєво відрізняється від германців («більш ніж однією ознакою») у політичному і правовому сенсі[2719].

Духу слов'янського законодавства значну увагу приділив Р.М. Губе у своїй дисертації «Спадкування за законом у римському, германському та слов'янському праві», захищеній у Варшавському університеті 1830 р. Він зазначав, що протягом століть германські народи справили визначальний вплив на частину слов'янських народів, а тому «істинний характер слов'янської народності ми повинні шукати в найвіддаленішому періоді, коли ще германці не встигли з нами зблизитися»[2720]. Засобом пізнання засад слов'янського права Губе називав «порівняння споріднених між собою законодавств», а засобом реконструкції права окремого слов'янського народу — аналогію із знанням слов'янського права загалом — на основі презумпції сутнісної і змістовної єдності при можливих формальних відмінностях[2721].

В.А. Мацеєвський в «Історії слов'янських законодавств» (4 томи, 1832–1835 рр.) представив фундаментальне дослідження права народів, що належать до слов'янської мовної сім'ї, ствердивши існування відповідної правової сім'ї («родини»). Задум створити цю працю виник у В.А. Мацеєвського ще у 1820 р., коли він брав участь у роботі законодавчої комісії, створеної імператором Олександром I для перегляду і виправлення чинних законів Царства Польського. Праця мала продемонструвати самобутність і кращість слов'янського права порівняно з римським і німецьким, безперервність і цілісність його розвитку («пишемо не старожитності, а історію слов'янських прав»), а також показати можливість використання засад слов'янського права у сучасній законо-

[2717] Там само. С. 205.
[2718] Там само. С. 206.
[2719] Там само. С. 208.
[2720] *Губе Р.М.* История древнего наследственного права у славян… С. 61.
[2721] Там само. С. 87.

творчості. Цей задум був розглянутий і схвалений згаданою комісією, але робота над його втіленням зайняла дванадцять років[2722].

Мацеєвський зазначав, що, задумуючи своє дослідження, він, зокрема, спирався на праці Ф. Майєра і за аналогією з тим, як останній вивчав «дух германського права», реконструював «образ слов'янського законодавства»[2723]. Мацеєвський стверджує єдність і взаємопов'язаність антропологічного, етнічного розвитку, території (з її фізично-кліматичними умовами), мови, культури, політичного розвитку та права слов'ян, їх спільний дух і характер, у тому числі «дух слов'янських законодавств»[2724]. Загалом він виокремлював кола споріднених народів («родини»), що походять від одного народу, право яких є взаємодоповнюваним та у межах яких насамперед відбувається мовна й правова взаємодія[2725]. Також, на прикладі слов'ян, Мацеєвський розглядав «родину» як «велике ціле», припускав можливість її об'єднання в «єдину громаду» або принаймні координації політичного та правового розвитку народів групи, стверджував особливе призначення правової родини, яке слід розгадати[2726]. При цьому він засуджував запозичення в праві від народів іншої «родини» (у випадку із слов'янами — від германських народів та з римського права) — «зчужоземнення», адже це порушує єдність групи, її дух; водночас він визнавав можливість іноземного поштовху в розвитку права групи народів. Мацеєвський стверджував ворожість груп народів між собою[2727]. Групи народів можуть ділитися на менші групи («щепи») через різні причини, в тому числі зовнішній вплив (зокрема, це стосується поділу слов'ян на західних і східних), але при цьому зберігають свій дух і характер, у тому числі в праві[2728].

Гегель у «Конституції Німеччини» (1802 р.) стверджував, що германці протягом своєї історії створили новий принцип — конституційної монархії з представницькою системою правління, що має стати загальноєвропейським і водночас скласти епоху в світовій історії[2729]. Також у «Філософії права» він писав про «північний принцип германських народів»[2730].

Проте розгорнуте бачення особливого в правовому розвитку й класифікації національних правопорядків він представив лише у «Лекціях з філософії історії», опублікованих після його смерті. Зокрема, Гегель

[2722] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. III, 52; *Обозрение* русских газет и журналов за первую треть 1858 года… С. 23–24.
[2723] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. VI, 2, 53.
[2724] Ibid. S. III–IV, VII–VIII, 4–6, 11, 51, 53–56.
[2725] Ibid. S. X, 3–4, 6, 35, 55.
[2726] Ibid. S. 1, 53–54.
[2727] Ibid. S. VII, 2–3, 6, 35, 54–55, 67–69.
[2728] Ibid. S. 5, 70.
[2729] *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля… С. 18–19.
[2730] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або Природне право і державознавство… С. 298.

пропонує поділ європейських народів і держав на групи, в основі якого — поділ за мовною ознакою: германські, романські та слов'янські народи. Мови германських народів наближені до німецької. До них Гегель зараховує Німеччину, Скандинавію, Англію[2731]. Для них характерна цілісність германського духу, а римський вплив тут був обмежений просторово і нетривалий[2732]. На відміну від попередніх світів становлення германців засновувалося не на внутрішній еволюції, а на засвоєнні й доланні інших культур (а також релігії, державного ладу, права) у напрямі усвідомлення своєї особливості[2733].

Важливо, що Гегель у «Лекціях з філософії історії» пише про германські народи / племена у множині, а не в однині[2734]. При цьому він приписує їм колективний дух, що має культурне, релігійне, політичне вираження, а також більш розвинений, ніж у інших груп народів. Зокрема, германські народи поступово розвинули, в тому числі під впливом християнства, принцип свободи всіх людей, а у політичній сфері — монархії; вони покликані здійснити християнський принцип у державотворенні. Саме германські держави є справді християнськими, адже «Римську імперію було зруйновано християнством»[2735]. Гегель виділяє особливу германську душу, германський характер, але водночас пише про суттєві відмінності між характерами німців та англійців. На прикладі германців він стверджує, що група народів може мати колективне покликання, особливе місце у всесвітній історії. Гегель стверджував історичну реальність єдиної германської мови, принаймні у часи великого переселення народів[2736].

Гегель порівнював германські народи із сім'єю, водночас розпад Франкської держави розглядав як закономірний, як «відновлення особливих націй» з їх народними духами, що були тимчасово об'єднані силою і авторитетом; об'єднання різних народів, навіть споріднених, у одній державі вважав неприродним[2737]. Суттєві внутрішні відмінності в германському світі є наслідком Реформації: «Дух виясню̀є себе в реальному розмежуванні: тепер у германському світі виявляються відмінності, й вони є суттєвими»[2738].

Інша група — романські народи, мови яких є сумішшю латини і «германської мови», й так само змішаними, не-цілісними є їх походження, духовний, суспільний, політичний розвиток. До них Гегель відносив Італію, Іспанію, Португалію, Францію[2739]. Для духу романських націй,

---

[2731] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 368, 426.
[2732] Там само. С. 368.
[2733] Там само. С. 361.
[2734] Там само. С. 152, 361, 368–369.
[2735] Там само. С. 71, 148, 151, 353, 361, 369, 371, 381.
[2736] Там само. С. 367, 371, 427, 442.
[2737] Там само. С. 383–385.
[2738] Там само. С. 365.
[2739] Там само. С. 367–368, 426.

на його думку, характерне роздвоєння, що походить від «змішання римської і германської крові», особливі риси притаманні романському характеру, але через роздвоєність мислитель відмовляє романським народам у душі («внутрішній світ чужий їм»). Романські народи передають свій внутрішній світ церкві, відокремлюють світське від духовного[2740].

Ще однією групою є слов'яни («величезна слов'янська нація», «слов'янські нації») у Східній Європі, західною межею розселення яких є Ельба і Дунай. Частина цих народів «долучилася до західного розуму» (вірогідно, йдеться про поширення католицизму, а згодом — протестантських конфесій), інша частина — ні, але, на думку Гегеля, слов'яни досі ще не явили «самостійний момент у низці виявлень розуму в світі»[2741]. Для слов'ян, як переважно землеробів, характерні панування і підкорення, пов'язаність з природою, а тому їх дух і державність розвивалися повільно[2742].

Як ми вже зазначали, що у всіх університетах німецьких держав на юридичних факультетах поширилося викладання загальних і галузевих курсів із загальнонімецького права (незважаючи на існування автономних правових систем у кожній німецькій державі), побудованих на порівняльно-правовій основі. Звісно, в цих курсах неможливо було накреслити межу між німецьким і германським правом. Також у 1820-х роках у програмі Кільського університету була присутня праворегіонознавча дисципліна «Історія нордичного права», назва якої може свідчити про типологізацію правових систем скандинавських країн[2743].

10.2. Інші моделі класифікації правових систем

Фізико-географічний детермінізм у Гегеля. У «Лекціях з філософії історії» Гегель представив своє бачення впливу «світу простору» на соціальний світ саме в макровимірі — великих регіонів світу. Для нього цей світ стійкий і неісторичний, і він діалектично протистоїть світу циклічного розвитку («світу часу») та власне історії («прогресу»)[2744].

Гегель виділив великі світові регіони, народи яких мають принципові подібності в культурному, соціальному, політичному і правовому розвитку. Він визнавав зв'язок з природою не лише духу одного народу, а й груп народів, що походять від одиничних народів, і цю роз'єднаність пропонував сприймати як особливі можливості[2745]. Природно-кліматичні умови різних регіонів (насамперед йдеться про континенти), на думку

[2740] Там само. С. 427, 441–442.
[2741] Там само. С. 368, 426.
[2742] Там само. С. 426.
[2743] Про це див.: *Кресін О.В.* Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст… С. 136–153.
[2744] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 149.
[2745] Там само. С. 126.

Гегеля, мають істотне значення для розвитку думки, поряд з багатьма випадковими відмінностями. Складні природні умови (занадто холодний чи занадто спекотний клімат) не сприяють появі всесвітньо-історичних народів, ареною всесвітньої історії є північна частина поміркованого кліматичного поясу[2746]. Вчений наголошував на спільності характеру народів цілого континенту (зокрема, Африки, Азії)[2747].

На думку Гегеля, для Африки характерне безводне плоскогір'я, «міцно замкнене в собі», що зумовлює домінування скотарського господарства. Для африканського характеру властиві безпосередність, відсутність пошуку об'єктивних закономірностей, суспільства і права — усе, що характеризує природну, не-соціальну людину, царство природної свободи, «патріархальну самостійність»[2748]. Для Азії характерне перемежування безводних плоскогір'їв і долин річок, що створює можливості як для територій патріархального побуту, так і для виникнення ізольованих центрів культури («засяяння світла духу» і початку світової історії). Умови Азії створюють можливості для скотарства, землеробства, промислів. У соціально-політичній і правовій сферах це має вираження у відносинах власності, суб'єктивної свободи особи, панування і підкорення, деспотизму (коли всі інституційні форми наявні, але люди не є суб'єктами державотворення), єдності релігії та держави, закону і припису[2749]. Далекий Схід Гегель вважав ізольованим від решти світу, таким, що не бере участі у всесвітній історії[2750]. Близький Схід, зазначав Гегель, є контактною зоною, що належить як до Азії, так і до Європи, саме тут зародилася ідея органічної єдності людського суспільства, до якого причетний кожний, зі спільним духом — а отже, дух відокремився від природи[2751].

У Європі представлено різні форми рельєфу — плоскогір'я, долини річок і приморські території, що створює набір різних можливостей розвитку, в тому числі підтримання «світового зв'язку». Відповідно європейські умови створюють можливості для різних форм виробництва, а також торгівлі й судноплавства. Для Європи характерний принцип громадянської свободи[2752]. У межах цієї частини світу Гегель виділяє Південну Європу як територію греко-римської традиції. У греків і римлян, на його думку, панувала ідея об'єктивної свободи лише деяких людей, сформувалися ідея особи та абстрактної всезагальності, у політичній сфері — демократії та аристократії, в юридичній — позитивного права[2753]. Північна і Центральна Європа, на його думку, становить окре-

[2746] Там само. С. 126–127, 133–134.
[2747] Там само. С. 138, 148.
[2748] Там само. С. 134, 136, 138, 144.
[2749] Там само. С. 71, 134, 136, 143–144, 147–148, 154, 203, 208, 283.
[2750] Там само. С. 133, 209, 249.
[2751] Там само. С. 143, 145, 208–211, 250.
[2752] Там само. С. 134, 136, 144.
[2753] Там само. С. 71–72, 148, 150–151, 283, 303, 312, 353.

мий регіон, що тривалий час був ізольований від світової історії[2754]. Америку Гегель вважав «відголоском старого світу і вираженням чужої життєвості» (Північну Америку — відголоском германського світу, Південну Америку — католицької Іспанії), але припускав, що її регіони стануть окремими світами[2755].

Релігійні ареали. Можливість часткової об'єктивації загального в праві, на яку вказують учені кінця XVIII — першої третини XIX ст., пов'язана з впливом релігії (духовним зв'язком окремих) та чинністю канонічного права. Але в цей час у деяких країнах (наприклад, у Франції) скасовується чинність канонічного права, в інших (наприклад, на просторі колишньої Священної Римської Імперії Германської Нації) продовжує стверджуватися співжиття різних християнських конфесій з їх окремим правом, а також вирішується питання щодо емансипації єврейського населення і т.ін. Ця абсолютно очевидна правова реальність не могла заперечуватися сучасниками, натомість могло йтися лише про можливість різних форм об'єктивації загальних елементів у вченнях різних християнських конфесій у національно-державних правопорядках тих країн, де ці конфесії домінують. Тут відсутні загальність як вселюдськість, загальність як однаковість, загальність як інституалізованість, йдеться насправді про особливу регіональну традицію, що практично втратила рештки трансцендентності щодо національного права і поступово в різних формах поглинається останнім. Водночас низка вчених приділяли увагу також впливу вчень інших релігій на правовий розвиток груп національних правопорядків.

Кант у «Вічному мирі» серед джерел подібності у розвитку національних правопорядків вказував на належність до однієї конфесії[2756]. Пухта вказував на відмінність у правовідносинах, що регулюються правом держави і церкви, та відповідно відмінність створюваних останніми правових інститутів. При цьому церкву він розглядав як таке ж органічне ціле, як сім'я та народ; базове органічне — сім'я — окремо співвідноситься з двома іншими. Релігійна спільність у баченні Пухти набуває раціонального і водночас соціального значення як «спільна свідомість про Бога»[2757].

Як зазначав Гегель у «Лекціях з філософії історії», багатьом «світам» притаманна певна релігія, й конструювання держави і права без її врахування в країнах відповідного ареалу є недолугим, приводить до абстрактності права, його відриву від сумління людей. Конкретна релігія, християнство, передбачає створення певного типу держави[2758]. Особливий політичний потенціал Гегель приписує ісламу, що інтегрує

[2754] Там само. С. 133, 145.
[2755] Там само. С. 132.
[2756] *Кант И.* Вечный мир… С. 34, 40.
[2757] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 17, 51, 56, 69.
[2758] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 100–101, 353.

єдиним духом Схід, знищує політичний партикуляризм і соціальну залежність людини. Але християнство, «християнський світ» уявляється Гегелю вінцем творіння, реалізацією істини[2759].

Гегель приписував різний дух католицизму та протестантизму, що впливає на розвиток суспільства, держави і права, пропонував і наголошував поняття «протестантський світ» і «католицький світ»[2760]. Зокрема, католицизм «не допускає внутрішньої справедливості та моральності держави», «не визнає самостійності та субстанційності права і моральності», не веде до вдосконалення права. Католицизму властиво спиратися в політиці на силу та підкорення їй. Тому розвиток, у тому числі просвітницький рух, тут є ворожим церкві, розум і релігія взаємно суперечні, а тому розумний державний лад неможливий[2761].

Церква і держава в європейській історії виступають як протилежності, що зрештою примирюються в германському світі в результаті Реформації. Реформацію Гегель розглядав як чисто германське явище (Німеччина, Скандинавія, Англія), а її поширення серед інших народів не мало значного успіху[2762]. Протестантизм сприяє працелюбності, веде до суспільного та економічного процвітання, прогресивного політичного і правового розвитку. Він є вираженням звільнення людського духу, переходу від світу розсудку до світу розуму та реалізацією принципів останнього в реформуванні держав і правопорядків. Протестантизму властиве «відчуття» держави, побудоване на взаємній довірі людей, але також індивідуалізм, заснований на суб'єктивній свободі[2763]. Особливістю протестантизму є примирення людини з Богом і участь людини у здійсненні Божого замислу, істина проникає у мирське життя, держава стає носієм Божественої засади, право держави є вираженням розуму (і не суперечить релігії), а тому добровільне підкорення йому стає принципом і не знищує свободи людини. Формальність й колективність волі у протестантських державах ведуть до панування позитивного права[2764].

У «Системі сучасного римського права» (1840–1849 рр.) Савіньї наголошував, що спільність між правопорядками германських народів виникає насамперед не через етнокультурну спорідненість, а через спільну релігію[2765]. Наднаціональна правова спільність, як і нація, пов'язана «духовною спільністю» і «спільністю правосвідомості» як її

[2759] Там само. С. 361–362, 372–373.
[2760] Там само. С. 100–101, 445–446.
[2761] Там само. С. 101, 103, 130–131, 429, 445–446, 449, 452.
[2762] Там само. С. 362–363, 426.
[2763] Там само. С. 101, 130–131, 364.
[2764] Там само. С. 428–429, 446, 455.
[2765] *фон Савиньи Ф.К.* Система современного римского права… С. 284–285, 292. Щоправда, особливе у цій праці Савіньї переплітається із загальним–через проголошення загальності християнської моралі. Див.: Там само. — С. 303; *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition… С. 130–131.

частиною. Отже, основою національного права є національний дух, наднаціональних правових спільнот — так би мовити, наднаціональний дух. При цьому, щоправда, під питання підпадає те, на чому наполягав Савіньї, — зв'язок права та дієвого соціального суб'єкта. Але загалом церкву можна розглядати як наднаціональний соціальний інститут, який на той час продукував чинне, об'єктивне канонічне право. Савіньї вказував також на фактичну конфесійність (у межах усього християнства) міжнародного права.

Римська правова традиція. А.М. Михайлов відзначає, що за часів Савіньї серед юристів вважалося загальноприйнятим виділяти принаймні дві правові сім'ї, одна з яких побудована на римській юридичній традиції, а інша, англо-американська, — ні (принаймні на рівні догми і техніки права)[2766]. Таке узагальнення, що приваблює своєю очевидністю і простотою, звичайно, є перебільшенням. Проте для вчених із багатьох європейських країн, де римське право, хай навіть у модернізованій формі, безпосередньо застосовувалося або було засадою правової доктрини, поділ правопорядків за цією ознакою залишався актуальним.

Зокрема, Савіньї послідовно виділяв германські та римські елементи в праві німецьких держав і оцінював запозичення римського права у Німеччині в історичній ретроспективі як неминуче й частково позитивне явище[2767]. Як ми вже зазначали, він стверджував існування «систем римсько-германського права» в Європі, зокрема на території колишньої Священої Римської імперії германської нації[2768]. Попри те, що Савіньї досліджував насамперед римське право, це було не класичне римське право Римської чи Візантійської імперії, а таке і так, як воно застосовувалося германськими народами[2769].

Як зазначав О. Бео, нормативність римського права формально зникла разом із припиненням існування Священої Римської Імперії Германської Нації; а отже, його використання треба було знову легітимізувати. Для Савіньї римське право виступає як звичаєвий загальнонаціональний елемент, а германське право — як сукупність звичаєвих партикулярних елементів[2770]. А на думку М. Асламова, Савіньї, вказавши у 1816 р. на першорядну важливість вивчення німецькими юристами германського, римського і канонічного права, фактично проголосив

[2766] *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 269.
[2767] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 186 та ін.; *Кёниг И.* Савиньи и его отношение к современной юриспруденции… С. 364; *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?... P. 2027.
[2768] *фон Савиньи Ф.К.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции… С. 151.
[2769] *Келлі Д.* Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції… С. 236.
[2770] *Beaud O.* L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière… S. 13, 27–28, 31.

рівність їх значення як конструктивних елементів німецького права[2771]. Дж. Рюккерт звертав увагу на те, що Савіньї в «Історії римського права протягом Середніх Віків» (1815–1831 рр.) писав насамперед не про рецепцію, а про безперервність («еволюцію і трансформацію») розвитку римського права у народів, що раніше перебували у складі чи під впливом Римської імперії[2772].

Пухта розглядав римське право як спільний «духовний спадок» усіх європейських народів, а також їх «відгалужень» у інших частинах світу, право всіх цивілізованих народів[2773]. К.С. Цахаріа у 1829 р. зазначав, що сучасним результатом тривалого панування в минулому римського та канонічного права є близькість доктрини права в Європі, але не нормативна його єдність[2774]. А Гегель у «Лекціях з філософії історії» обгрунтовував політичний континуїтет франкської держави від Римської імперії через відношення правителя до римського папи, стверджував, що зовнішньо германський світ є продовженням римського, але із зовсім іншою духовною (в тому числі релігійною та політичною) сутністю[2775]. Зазначимо також, що у 1820-х роках у програмах німецьких університетів були такі навчальні дисципліни, як «Курс римського і німецького приватного права» (Фрейбург), «Римське і сучасне спадкове право» (Лейпціг), що об'єктивно підкреслювали континуїтет сучасного права від римської правової традиції[2776].

Водночас розвивалася критика класифікації правопорядків на підставі належності чи неналежності до цієї традиції. Зокрема, ще у 1800 р. Чацький стверджував, що у Середньовіччі, окрім романських країн, римське право мало обмежений вплив і лише на окремі регіони Німеччини, а скандинавські («північні») та слов'янські народи залишилися вільними від його впливу[2777]. На його думку, подібність у праві європейських народів зовсім не означає рецепції відповідних елементів з римського права[2778].

Західне і східне право. Як демонструє наш виклад щодо класифікації національних правопорядків на групи за мовно-культурною та релігійною ознаками, питання про ідентифікацію не-західних (тобто

[2771] *Асламов Н.Е.* Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс…

[2772] *Rückert J.* The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900… P. 122–124.

[2773] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 97–98; *Михайлов А.М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения… С. 160.

[2774] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 198.

[2775] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 362, 378.

[2776] Про це див.: *Кресін О.В.* Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст… С. 136–153.

[2777] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. 18–19.

[2778] Ibid. S. 29.

крім Європи і колонізованої Америки) народів і держав протягом досліджуваного періоду вирішене не було. Причиною цього, на нашу думку, була недостатність узагальнених філологічних і релігієзнавчих знань про не-західний світ, не кажучи вже про власне юридичні знання. Зокрема, зовсім нелогічним є виділення Савіньї та Раковецьким поряд із групами правопорядків, виокремлених за мовно-культурною ознакою, права східних народів. Виокремлення Гансом серед східних правопорядків індійського, китайського, іудейсько-талмудичного та мусульманського права як до-римських також не має логічної основи, окрім їх загального відокремлення від римської традиції. Наголос Гегеля на мусульманській правовій традиції міг би бути перспективним, якби супроводжувався докладним розглядом її та інших східних релігійних традицій. Його ж опис природно-кліматичних умов Азії та Африки, зважаючи на тогочасні досягнення географічних наук, можна визнати дуже поверховим — разом із відповідними висновками, а поділ Азії на Близький та Далекий Схід не мав жодного обгрунтування, окрім історичного зв'язку першого із західним світом та відносної ізольованості другого. Тому можемо визнати, що у першій третині XIX ст. поділ світу на західний / європейський (територіально або за правогенезою) та східний (не-західний) був неуникненним. Очевидно, що такий погляд був також однією із засад формулювання ідеї європейської єдності.

Зокрема, Й. Пюттер у 1767 р. ділив світ на європейський та не-європейський, причому народи останнього менш цивілізовані, а право — менш розвинене[2779]. Європейські держави та правопорядки, на його думку, як уже зазначалося, нерозривно пов'язані[2780]. А Гердер у своїй праці «Ще одна філософія історії» (1774 р.) вказував, що вчення Канта є прихованим євроцентризмом[2781].

Перспективи уніфікації права європейських держав на основі Цивільного кодексу Франції пропонував, зокрема, Фейєрбах у праці «Погляд на німецьке правознавство». Автор вбачав у цьому кодексі шлях до модернізації від римського до сучасного права для «європейського світу», «найшанованішої частини Європи, а незабаром, можливо, й усієї цивілізованої Європи». На думку Фейєрбаха, цей кодекс став і залишатиметься єдиним правом для багатьох європейських народів, створивши можливість для «загальної спільноти ідей та діянь, загального взаємного обміну досвідом, відкриттями та думками»[2782]. Він вказував на французьке законодавство як на зразок для німецьких держав, «школу політики і мистецтва законотворення», приклад досконалої

[2779] *Pütter J.S.* Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie… S. 28.
[2780] Ibid. S. 29.
[2781] *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?.. P. 2007, 2009.
[2782] *фон Фейєрбах П.Й.А.* Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження… С. 20.

логіки, синтезу досвіду регулювання сучасних (післяреволюційних, післяфеодальних) європейських соціальних відносин[2783].

Савіньї у 1815 р. писав про належність Америки до єдиного західного світу, попри трансформації у праві США його англійських джерел[2784]. А Раковецький у праці визнавав єдність та стадіальність розвитку європейського права[2785]. Пухта стверджував спільність європейських народів та їх відгалужень, в основі якої — «духовний спадок» римського права[2786]. Мацеєвський у «Історії слов'янських законодавств», поряд із правовими сім'ями (родинами) виділяв «велику родину народів європейських»[2787].

Гегель у «Філософії права» стверджував, що європейські народи «утворюють одну сім'ю за загальним принципом їхнього законодавства, їхніх звичаїв, їхньої освіти»[2788]. При цьому в «Лекціях з філософії історії» він фактично характеризував все не-західне (тобто, крім Європи, колонізованої європейцями Америки та Близького Сходу як перехідної зони) як недо-людське[2789]. Європу (належність до неї Східної Європи виглядає неоднозначною) Гегель неодноразово, разом з колонізованою Америкою, чи без неї, безпосередньо називає «Західним світом», протиставляючи «Східному світу»[2790].

Ганс у 1822 р. розглядав Європу як плюральну і водночас органічну єдність («багаточленний організм», внутрішньо зв'язаний і структурований), «тотальність», що сформувалася історично зусиллями людей, але є й невипадковою, прикладенням «духу розуму», а також реципійованих зовнішніх духовних впливів[2791]. Європа розглядається ним як жива істота («стара людина»), вказується на передання її досвіду (як сучасного зрізу, без історії) Західній півкулі (Америці), а також на те, що Азія розвивається слідом за Європою. Народи як одиниці в межах Європи є плюральними — розвивають своєрідні елементи культури і при цьому гармонізують свій розвиток з іншими народами: партикулярність, не втрачаючи себе, має «стати залежною часткою серед інших»[2792].

Цахаріа ототожнював європейські держави лише з «державами германського походження» (до них відносив широке коло держав). Він писав про єдність європейської цивілізації до Реформації, насамперед культурну, однією з основ якої була єдність церкви та літературної мови

[2783] Там само. С. 20–21.
[2784] *von Savigny F.K.* N.Th. v. Gönner. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit… S. 389.
[2785] *Rakowiecki I.B.* Prawda Ruska. T. I… S. 129, 134.
[2786] *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права… С. 97.
[2787] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1... S. 7.
[2788] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або Природне право і державознавство… С. 291.
[2789] *Гегель Г.В.Ф.* Лекции по философии истории… С. 138, 208–209.
[2790] Див. напр.: Там само. С. 403, 405.
[2791] *Gans E.* A Society to further Jewish integration… P. 215–216.
[2792] Ibid. P. 216–217.

(латини), ідея загальноєвропейської єдності[2793]. Причинами ослаблення європейської єдності, на його думку, було дорослішання народів, за якого дедалі більш відмінним стає їх політичний, правовий, культурний розвиток, різна доля Реформації в кожному народі, розвиток національних мов. Але попри це вчений стверджував існування «єдності європейського народу» і «єдності європейської культури» як «живого цілого», чому сприяють культурний взаємообмін і міграції[2794]. На думку Цахаріа, європейська єдність зберігається також через спільні історичні джерела (канонічне, римське і германське право), подібні проблеми у правовій сфері, що стоять перед європейськими країнами, та обмін моделями їх вирішення[2795].

Зазначимо також, що у програмах деяких німецьких університетів були навчальні дисципліни, спрямовані на осмислення європейської правової єдності. Як уже згадувалося, у 1820–1821 рр. у Фрейбурзькому університеті професор Й.П. фон Хорнтхол викладав «Історію європейських конституцій»[2796].

Можна стверджувати й існування у досліджуваний період, так би мовити, євроскептиків. Наприклад, Чацький заперечував ідею правової єдності середньовічних європейських народів, вказуючи, що їх право було виключно національним; у ньому не було місця й для впливу римського права[2797].

Міцно пов'язаною з класифікацією правового світу на західний і не-західний була також ідея поділу народів на цивілізовані та нецивілізовані. Як зазначає Б.С. Єрасов, у другій половині XVIII ст. й до 1819 р. слово «цивілізація» в європейській літературі вживалося в однині, передбачаючи поділ світу на дві нерівноцінні частини, «протиставляючи цивілізацію і «неосвічені народи», рівно як і цивілізацію та «темні століття» феодалізму і Середньовіччя»[2798].

Такий поділ, на нашу думку, був однозначним виявом заходоцентризму, за якого презюмувалося, що нецивілізовані народи принципово нічим не відрізняються від цивілізованих, окрім стадії свого розвитку. Зокрема, Гегель у «Філософії права» ділив усі народи на цивілізовані й нецивілізовані. При цьому шлях розвитку господарства, держави і права у всіх народів, на його думку, однаковий, а тому нецивілізовані

[2793] *Цахаріа К.С.* Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн»… С. 198–199, 203, 206.
[2794] Там само. С. 198–200.
[2795] Там само. С. 200–201.
[2796] *Ankundigung* der Vorlesungen, welche im Winterhalbeniahre 1820–1821 auf der Grossherzoglich–Badischen Albert-Ludwigus Universitat zu Freiburg im Breisgau gehalten werden… S. 209.
[2797] *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I… S. 16.
[2798] *Ерасов Б.С.* Цивилизация: слово–термин–теория // Сравнительное изучение цивилизаций: Хрестоматия / Сост., ред. и авт. вступ. ст. Б.С. Ерасов. Москва: Аспект Пресс, 1999. С. 10–11.

народи розглядаються як недостатньо розвинені й нерівноправні щодо цивілізованих, які ще мають довести право на свій окремий розвиток у боротьбі, в тому числі військовій[2799]. Так само виокремлював «найцивілізованіші народи» Мацеєвський[2800].

Висновки до десятого розділу

Поява ідеї соціального особливого, досить важлива для порівняльного правознавства, була, на нашу думку, закономірною, такою, що випливала із суперечності між апріорним проголошенням всесвітньої стадіальності правового розвитку (що також не враховувало неєвропейський правовий досвід) і вивченням конкретних механізмів взаємодії правових систем. Багато в чому ця ідея була побічним продуктом, по-перше, усвідомлення не-універсальності значення і реального поширення релігійних учень та римського права, по-друге, регіональності, культурної та іншої обумовленості ідей природного права, по-третє, намагання визначити межі етнокультурних традицій народів, що не співпадають з кордонами держав, по-четверте, виявлення нерівноцінних зв'язків між різними національними правопорядками. Наприкінці XVIII ст. ці ідеї, зокрема, виявилися у критиці низкою вчених ідеї чистого розуму Канта, твердженні про неможливість універсальної поза-мовної структури мислення та ін.

Протягом досліджуваного періоду було розвинено теорію сім'ї правових систем як середньої і максимальної об'єктивної одиниці між національним правопорядком і загальнолюдським правовим розвитком, що є внутрішньо пов'язаним феноменом, існування якого матеріалізується у вигляді особливих іманентних елементів у складі національного права. Це особливе в праві, згідно з поглядами тогочасних учених, можна визначити як суму суттєвих елементів і взаємодій, що склалися історично і є загальними для певної групи правопорядків. Філософсько-правові засади для узагальнення вчення про особливе в праві були створені Гегелем, Пухтою, Фальком — як моменту розвитку поняття права, виду судження і умовиводу, максимального ступеня об'єктивності в праві, що є результатом конкретної взаємодії окремих (національних правопорядків), передбачає втурішню спорідненість і співвіднесення об'єктів. Це найвища одиниця правового розвитку і найширший об'єкт юридичної науки; узагальнення ж більш високого рівня є суб'єктивними і входять до предмета філософії. Проблематика правових сімей та їх класифікації у досліджуваний період низкою вчених уже була виокремлена як сфера наукових знань.

Найбільш розробленим критерієм виокремлення особливого в праві був мовно-культурний. Він сформувався під очевидним впливом порів-

[2799] *Гегель Г.В.Ф.* Основи філософії права, або Природне право і державознавство… С. 291.
[2800] *Maciejowski W.A.* Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1… S. IX.

няльного мовознавства, типологія мовних сімей у якому, розвинена принаймні з початку XVII ст., стала основою для типології правових сімей. З порівняльного мовознавства в юридичну науку наприкінці XVIII — на початку XIX ст. перейшли ідеї правової спорідненості, між-національних правових спільностей, генеалогії правопорядків та їх класифікації. Найважливішими засадами мовно-культурного підходу до визначення і класифікації особливого в праві були: 1) презумпція відповідності мовно-комунікативного, духовно-культурного і правового розвитку, на основі чого теорію мовних сімей було перенесено до юридичної науки як теорію правових сімей («родин», «поколінь», «систем народів», «згромаджень», «кіл», «побратимств», «великих груп народів»); 2) розгляд правової сім'ї як одиниці правового розвитку, що за своїми характеристиками наближається до національного правопорядку; 3) твердження про формування правової сім'ї в результаті розділення єдиного народу з його єдиним «корінним» правом («першоправом») на певному етапі історичного розвитку, причому похідні від нього народи та їх правопорядки зберігають його основні характеристики і вектор розвитку; 4) уявлення про правову сім'ю як відносно культурно відособлений простір постійної внутрішньої правової комунікації (взаємного запозичення, конвергенції, координації), що не переростає у цілісний наднаціональний правопорядок.

Серед причин поділу народу на кілька народів учені вказували насамперед на: міграції та пов'язану з ними фізичну відокремленість його частин (що породжує відмінності в господарстві тощо), розпад держави, внутрішні та зовнішні конфлікти і підкорення іншими народами, колонізацію та інші випадки визначального впливу інших народів, поступове визрівання у межах народу нових народів, змішання з іншими народами. Чинниками збереження єдності правової сім'ї вчені називали: спільні мову (або спорідненість мов), дух (а також характер, спосіб мислення), релігію, звичаї, особливості суспільного розвитку, подібність природно-кліматичних умов і способу господарювання, взаємну прихильність і неприхильність до народів інших правових сімей, єдиний культурний простір, а також особливості ареалу запозичення зарубіжного права. Залежно від конкретного співвідношення чинників згуртування і роз'єднання у межах правових сімей можуть з'являтися менші групи національних правопорядків («щепи») або відбуватися процеси змішання з народами інших сімей.

Окрім мовно-культурного критерію, в основу визначення окремого в праві деякими вченими були покладені: фізико-географічний детермінізм, ареали поширення релігій, належність до римської правової традиції, поділ на західне і східне право. На нашу думку, ці теорії виявили свою непослідовність, а також субсидіарність щодо теорії правових сімей — кожна з них підтримувалася лише частиною вчених, вони не мали достатньо розвинених і відносно несуперечливих теоретичних

засад, завжди виступали у працях учених разом з поділом на правові сім'ї. Водночас їх об'єднує це пошук одиниці правового розвитку, ширшої за правову сім'ю. Загалом можна стверджувати, що такий пошук у досліджуваний період не був успішним і не супроводжувався конвенцією вчених.

Питання подальшого розвитку теоретичних засад порівняльно-правових досліджень (замість післямови)

У нашому дослідженні ми розглянули передумови формування і процес становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень до 1830-х років. Також у межах історіографічного аналізу ми звертаємо увагу на їх розвиток протягом другої третини XIX ст. Але виникає питання про оцінку цих етапів їх еволюції з точки зору сучасності та формування української традиції порівняльно-правових досліджень. Зокрема, на становлення порівняльно-правових досліджень в Україні визначальним чином вплинули ідеї та наукові програми основних шкіл європейських юристів другої половини XVIII — першої третини XIX ст. Одним із послідовників історичної школи права був професор Київського університету М.Д. Іванишев[2801], який мав змогу знайомитися з відповідними ідеями в Німеччині, слухаючи лекції Савіньї, та у Чехії, здійснюючи історико-правові дослідження під керівництвом Ганки. Праця М. Іванишева «Про плату за вбивство в давньому російському й інших слов'янських законодавствах у порівнянні з германською вирою» (1840) стала однією з перших порівняльно-правових дисертацій у Російській імперії.

М.Д. Іванишев вважав, що у культурному та правовому сенсі світ поділяється на наднаціональні спільноти, «племена» етнічно споріднених народів, що відповідають мовним сім'ям (слов'яни, германці та ін.). Розвиток права у межах кожної такої спільноти є унікальним, а пізнання національного права можливе насамперед у контексті та у порівнянні з іншими народами однієї мовної сім'ї. Як зазначав М.Д. Іванишев, слов'янам як єдиному «слов'янському племені» притаманний, як германцям, особливий «спільний характер», що визначає особливий шлях культурного розвитку «племені», проявами якого є

[2801] *Скрипилев Е.А.* Историко-сравнительный метод в правоведении России второй половины XIX–начала XX в. // Методология историко-правовых исследований / Отв. ред. В.Е.Гулиев. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1980. С.17; *Скакун О.Ф.* Историческая школа права на Украине // Проблемы правоведения. 1988. № 49. С. 46–47; *Ковальчук О.М.* Історико-правовий напрям на юридичному факультеті Київського університету (середина XIX–початок XX ст.) // Проблеми правознавства. 1991. Вип. 52. С. 29–30.

правове та політичне життя. Реципійовані чи довільно запроваджені державою правові норми, які не узгоджуються з культурою та звичаєвим правом народу, стають неефективними та не сприймаються суспільством, що змушує законодавця їх усувати. Між правом народів різних мовних сімей відбувається насамперед не дифузія, а боротьба. Метою порівняльного дослідження права слов'янських народів для М.Д. Іванишева стає пізнання загальнослов'янської правової культури, а також, на основі презумпції «чистоти» загальнослов'янського харакетру, заповнення прогалин у історії права кожного із цих народів за принципом аналогії[2802].

Наступний період у розвитку порівняльно-правових досліджень пов'язаний з новими науковими школами та розвитком їх інституціоналізації. Зокрема, йдеться про формування і домінування у них соціологічно-позитивістського (еволюційного) напряму і пов'язаного з ним порівняльно-етнологічного підходу в 1850–1870-х роках, заснованими публікацією в 1857 р. «Критики науки порівняльних законодавств» Е. Амарі[2803], у 1861 р. — «Стародавнього права» Г. Мейна[2804] і «Материнського права» Й. Бахофена[2805], пізнішими працями Й. Поста та Й. Колера[2806], натхненних успіхами і підходами мовознавства та біології (насамперед ученням Ч. Дарвіна), низки порівняльних дисциплін у межах різних наук[2807]. Наприклад, Л. Ребет пов'язував із цими працями появу в порівняльно-правових дослідженнях універсалістських підходів на основі ідеї щодо єдиної природи права, яка випливає з природних законів — що, однак, зовсім не означало повернення традиційного юснатуралістичного вчення, а натомість проникнення соціологічних

[2802] *Иванишев Н.Д.* О плате за убийство в древнем русском и других славянских законодательствах в сравнении с германской вирой // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX ст. / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін (кер. кол.), К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Видавництво «Логос», 2008. С. 67–82. Див. про це: *Кресін О.В.* Іванішев Микола Дмитрович // Порівняльно-правові дослідження. 2006. № 1. С. 191–195; *Кресін О.В.* Історична школа права і розвиток порівняльного правознавства в Україні… С. 335–338; *Кресін О.В.* Розвиток порівняльного правознавства в Україні в межах історичної школи права // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2006. № 4. С. 90–96; *Кресін О.В.* Розвиток методології порівняльного правознавства: історичний аспект… С. 128–130.

[2803] *Rotondi M.* Diritto comparato… S. 778; *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 127–131.

[2804] *Lee R.W.* L'Etude du droit compare en Grande-Bretagne… S. 344–345; *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 12–13.

[2805] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 18–19.

[2806] Там само. С. 19–20.

[2807] *Hall J.* Comparative law and social theory… P. 3–4; *Brown L.N.* L'Evolution du droit compare en Angleterre depuis 1869: un aperçu personnel… P. 356; *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах… С. 17; *Саидов Р.А.* Становление, развитие и применение сравнительно-исторического метода в юридической науке… С. 17; *Riles A.* Introduction: The projects of comparison… P. 9–10.

підходів О. Конта, заснованих на методології природничих наук[2808]. Р. Хайленд період з 1869 р. до Першої світової війни називає універсалістським, для якого характерне домінування еволюційної ідеї з такими її елементами, як віра у загальносвітовий односпрямований розвиток права та стадіальність такого розвитку, а також прагнення створити ідеальне право, яке може бути прийняте та застосоване у всіх країнах, виведення універсалістських теорій не лише з порівняння сучасних правових систем світу, а й з римського права, християнської та природно-правової доктрин; недооцінка місця і значення відмінностей у процесі порівняння, зведення причин існування відмінностей до історичних випадковостей[2809]. А Ф. Балаш зазначає, що в цей час учені намагалися на основі порівняння правових систем різних народів і часів сформулювати загальні закони правового розвитку, презюмуючи подібність історичного розвитку права у всіх країнах та можливість аналогії між правом менш розвинених («нецивілізованих») народів і ранніми стадіями еволюції права більш розвинених («цивілізованих») народів; найважливішим принципом була неподільність історико-порівняльного методу[2810].

Одним із найвидатніших представників соціологічного позитивізму в порівняльному правознавстві був англійський вчений Г.С. Мейн. У праці «Сільські громади на Сході та Заході» (1871 р.) він, зокрема, зазначав, що порівняльне правознавство *(comparative jurisprudence)* перетинається з історією та філософією права, хоча й не тотожне їм, воно не може обмежуватися простим співставленням позитивного права без історичного контексту і вивчення принципів права у різних суспільствах. «Якщо й не єдиною, то основною функцією порівняльного правознавства є допомога законотворенню та практичному застосуванню права. Відомо, що коли законодавці (я вживаю цей термін у найширшому значенні) у різних суспільствах прагнуть досягти, як це часто буває, однієї мети, механізм досягнення цієї мети буває зовсім різним… Отже, через співставлення та порівняння права можна одержати найцінніші матеріали для вдосконалення права. Немає галузі юридичних досліджень важливішої за цю, і від жодної я не очікую більшої користі для нашої країни, коли вона буде достатньою мірою впроваджена в нашу юридичну освіту»[2811].

Порівняльне правознавство, зазначав Г.С. Мейн, за своїм характером є порівняльно-історичним, і це природно, тому що у світі співіснує право, що належить до різних стадій розвитку людського суспільства: «Коли ми насправді, до певної міри, звільнимося від обмеженого уяв-

[2808] *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 147–148.
[2809] *Hyland R.* Comparative law… P. 185–187.
[2810] *Balazs F.* Paradigms of modern comparative law… P. 9.
[2811] *Maine H.S.* Village Communities in the East and West. Six Lections Delivered at Oxford. London: John Murray, 1871. P. 4–5.

лення про світ та людство, якому не завжди відповідають навіть найцивілізованіші суспільства й (я додам) деякі найбільші мислителі; коли ми отримаємо якесь адекватне уявлення про широту та різноманіття феномена людського суспільства; коли, зокрема, ми навчимося не виключати з нашого уявлення про Землю та людину такі великі й недосліджені регіони, які ми туманно називаємо Сходом, — ми побачимо, що не є ані капризом, ані парадоксом говорити, що межа між сучасністю та минулим зникає»[2812].

У зв'язку з цим до певної міри ми згодні з сучасними дослідниками В.Н. Денисовим та М.А. Дамірлі, які стверджують: у другій половині XIX ст. за домінування соціолого-позитивістських підходів у юридичній науці можна говорити про те, що порівняльне правознавство та загальна історія держави і права уявлялися разом насамперед як порівняльна історія права[2813]. Можливо, у найбільш концентрованій формі такі думки були виявлені якраз під час першого Міжнародного конгресу порівняльного права 1900 р. Описуючи конгрес, Ф.В. Тарановський писав: «Особливе завдання порівняльного правознавства вбачають у розробці історії розвитку права як такої, що розкрила би незмінні закони юридичної еволюції незалежно від історичного контексту окремих систем чинного права»[2814]. Ф. Поллок на конгресі зазначав: порівняльний метод завжди застосовується разом з історичним, а тому їх неможливо аналізувати окремо[2815]. М.М. Ковалевський заявляв про повну тотожність порівняльного правознавства та порівняльної історії права[2816]. А. Есмен, окрім того, зазначав, що ці науки разом є «життєвим нервом та головним двигуном» юриспруденції[2817].

М.М. Ковалевський у своєму виступі на конгресі сформулював нове бачення завдань порівняльної історії права. Зокрема, це визначення системних зв'язків між правовими нормами для кожної із стадій суспільного розвитку. На основі цього він вважав за можливе виокремлення у певній правовій системі зародків нового та пережитків минулого. На думку вченого, це дасть матеріал для законодавчих реформ: що з правових норм слід усунути, що нового слід запровадити[2818].

При цьому представники соціологічно-позитивістського напряму в цей період піддали сумніву евристичність класифікації правових систем. Зокрема, А.Г. Пост у праці «Зародки державних і правових відносин» стверджував, що гіпотези про існування таких правових спільнос-

[2812] Ibid. P. 6–7.
[2813] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения... С. 237–274; *Дамирли М.А.* Образ всеобщей истории права как науки // Правоведение. 2001. № 6. С. 183.
[2814] *Тарановский Ф.В.* Сравнительное право в конце XIX века... С. 23.
[2815] Там само. С. 11.
[2816] Там само. С. 20.
[2817] Там само. С. 26.
[2818] Там само. С. 20.

тей, які відповідали б ареалам поширення мовних сімей, етнічно споріднених народів чи релігій ніде у світі не були підтверджені наукою. І навпаки, за твердженням ученого, абсолютно однакові правові явища спостерігаються у народів, взаємовплив яких був виключений. «Людський дух творить у сфері права з вражаючою спільною для всього людства закономірністю, яка ставить поза сумнівом панування загальних залізних природних законів»[2819].

Також слід відзначити прогрес інституціоналізації порівняльно-правових досліджень: заснування Міжнародної асоціації за прогрес суспільних наук (1862 р.), одна із секцій якого була присвячена порівняльному правознавству, Товариства порівняльного законодавства у Франції (1869 р.), інших національних та міжнародних товариств, кафедри історичного та порівняльного правознавства в Оксфордському університеті (1869 р.), нормативного курсу порівняльного правознавства чи порівняльного законодавства в англійських та іспанських університетах (1850-і роки), кафедри порівняльних законодавств у Мадридському університеті у 1873 р., «Журналу міжнародного права та порівняльного законодавства» у Брюсселі (1869 р.) і низки інших спеціалізованих періодичних видань. Це вважається визнанням порівняльного правознавства як галузі юридичних знань[2820].

Подією особливого значення у межах цього періоду, що тривав до 1910-х років, було проведення Міжнародного конгресу порівняльного права 1900 р., у межах якого було докладно розглянуто питання теоретичних і методологічних засад порівняльно-правових досліджень — що дало підстави низці вчених вважати це роком становлення теорії порівняльного правознавства, зокрема під впливом універсалістських підходів і переконання в односпрямованості зближення правових систем[2821].

[2819] *Пост А.Г.* Зачатки государственных и правовых отношений. Очерки по всеобщей сравнительной истории государства и права / Пер. Н.В. Теплова, предисл. М.М. Ковалевского. Москва: Тип. И.А. Баландина, 1901. С. 12.

[2820] *Pollock F.* The History of Comparative Jurisprudence… P. 74, 85–86; *Тарановский Ф.В.* Сравнительное правоведение в конце XIX века… С. 2–5; *De Cruz P.* Comparative Law in a Changing World… P. 14–16. Пор.: *Hoeflich M.H.* Comparative Law in Antebellum America… P. 536–545; *Altamira y Crevea R.* Les etudes de droit compare en Espagne… P. 100; *Lee R.W.* L'Etude du droit compare en Grande-Bretagne… P. 345–347; *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research… P. 16–17; *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности… С. 9, 11; *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 20–21; *De Sola Canizares F.* Iniciacion al derecho comparado… P. 55–62; *Hall J.* Comparative law and social theory… P. 16; *Ancel M.* Cent ans de droit compare en France… S. 5–6; *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 89–90; *Саидов А.Х.* Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность… С. 32; *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?.. P. 2121; *Garcia Cantero G.* L'Enseignement du droit compare en Espagne: Apercu historique et etat actuel… S. 123–127.

[2821] *Тарановский Ф.В.* Сравнительное правоведение в конце XIX века… С. 4–5; *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности… С. 7–8; *Ребет Л.* Порівнальна метода в науці права… С. 149–151; *De Sola Canizares F.* Iniciacion al derecho comparado… P. 47; *Краснянский В.Э.* Метод сравнительного правоведения в советской

Паризький конгрес 1900 р., як і затьмарені ним та незаслужено призабуті щорічні конгреси Міжнародної асоціації за прогрес суспільних наук (з 1862 р.) та Всесвітній конгрес юристів та суддів у Сент-Луїсі 1904 р.[2822], не означав початку нової епохи в розвитку порівняльного правознавства, хоча й суттєво вплинув на його інтенсифікацію.

Деякі вчені також вказують на рух за оновлення німецького приватного права, який привів до прийняття Німецького цивільного уложення (В.Б. Евальд), на розпочату «діяльність з метою послідовного зближення правових систем» та використання результатів порівняльно-правових досліджень у законотворчій діяльності (Л.-Ж. Константинеско[2823], Г. Кьотц[2824], Р. Саккo[2825]) та ін.

Можливо, найбільш видатним українським представником соціологічного позитивізму в порівняльно-правових дослідженнях був М.М. Ковалевський. Вчений вже прямо позиціонує себе як позитивіст, піддає критиці представників історичної школи права, у тому числі прихильників школи «слов'янського права», за те, що вони намагалися націоналізувати явища, властиві абсолютно різним народам, на основі ідеї про «народний дух»[2826]. Право М.М. Ковалевський розглядав як продукт історичного розвитку суспільства. Розвиток права визначається економічною, суспільною, політичною, морально-релігійною, культурною еволюцією певного народу, а також розвитком науки і техніки; у свою чергу, право стає одним із чинників розвитку народу. Право стоїть над державою, об'єктивне і має бути незалежним від сваволі окремого індивіда чи держави, натомість має визначатися солідарною волею суспільства. Тому, на його думку, методологічну основу для порівняльного правознавства створює соціологія.

Учений вважав порівняльне правознавство та порівняльну історію права абсолютно тотожними. Порівняльне правознавство, на його думку, має виявляти, яке право відповідає кожній із стадій суспільного розвитку людства, системні зв'язки між правовими нормами для кожної

юридической науке… С. 34–35; *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 106–107, 115; *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I… С. 89–90; *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения… С. 237, 256. Пор.: Sacco R. One hundred years of comparative law… P. 1164–1165; *Sacco R.* Epilogue // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire… S. 338; *Бехруз Х.* Сравнительное правоведение… С. 91–92; *Jenks E.* On the Study of Comparative Jurisprudence // Journal of Society of Comparative Legislation. New Series. 1900. Vol. 2. P. 448.

[2822] Про них див., наприклад: *Clark D.S.* Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today // Tulane Law Review. 2000–2001. Vol. 75. P. 874, 888–889; *Clark D.S.* Establishing Comparative Law in the United States: The First Fifty Years // Washington University Global Studies Law Revue. 2005. Vol. 4. P. 583–585.

[2823] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 104.

[2824] *Kotz H.* Comparative law in Germany today… S. 754.

[2825] *Sacco R.* One hundred years of comparative law… P. 1164–1165.

[2826] *Ковалевский М.* Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права. Москва: Тип. О.Б. Миллера, 1880. С. 23, 70.

із стадій суспільного розвитку, що з юридичних норм можна вважати у певний час у конкретній країні пережитком минулого, а що — прогресивним явищем. Відповідно порівняльне правознавство дає змогу визначити поле та напрям для правових реформ, є основою для законодавчої політики держави. Крім того, порівняльно-історичне дослідження права, на його думку, дає змогу виявити, наскільки органічними є чинні правові норми чи запропоновані новели.

У своїй праці «Історико-порівняльний метод в юриспруденції та прийоми дослідження історії права» (1880 р.) він критично розглядає типологію подібностей Е. Фрімена[2827]. Зокрема, він вважає, що третя причина подібностей (спільне походження певних народів) не може бути достатньою мірою науково перевірена і є сумнівною: «Жоден народ не розвинув власної громадянськості сам по собі без етнографічного змішання з іншими, — змішання, викликаного нашестями та завоюваннями»[2828]. Натомість найважливішим він вважає другий з типів Е. Фрімена (подібність умов розвитку)[2829]. М.М. Ковалевський визнає можливість самостійного розвитку права у деяких народів, проте акцентує увагу на взаємовпливі народів у правовій сфері, що виявляється у постійних рецепціях — настільки значних за розмахом, що складно вирізнити національне у праві: «безпосередній вплив одного народу на інший, що усуває думку про самостійну юридичну творчість кожного (народу. — *О.К.*)»[2830].

На думку М.М. Ковалевського, порівняння не має обмежуватися народами певної раси, мови чи релігії. Порівняльно-правові дослідження мають зосередитися насамперед на вивченні правових явищ у країнах, що перебувають на однакових стадіях суспільного розвитку; розвиток права слід розглядати лише у контексті розвитку суспільства: «Безрезультатне просте порівняння двох народів, які перебувають на різних щаблях суспільного розвитку»[2831].

Метою порівняльно-правових досліджень є підготовка матеріалу для «конструювання історії прогресивного розвитку форм співжиття та їхнього зовнішнього відображення у праві», «визначення причин посту-

[2827] *Freeman E.* Comparative Politics. Six Lectures Read Before the Royal Institution in Jan. And Feb. 1873; with the Unity of History, the Rede Lecture, Read Before the University of Cambridge, May 29, 1872. London: Macmillan and Co, 1873. P. 24–36; *Сморгунов Л.В.* Современная сравнительная политология: Учебник. Москва: Российская политическая энциклопедия, 2002. С.14–15; *Максимейко Н.* Сравнительное изучение истории права. Вступительная лекция. Харьков: Паровая типография Зильберберг, 1897. С.4–5.

[2828] *Ковалевский М.* Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права… С. 14.

[2829] Там само. С. 11, 16-17, 19.

[2830] *Ковалевский М.М.* Предисловие // Пост А.Г. Зачатки государственных и правовых отношений: Очерки по всеобщей сравнительной истории государства и права / Пер. Н.В. Теплова. Москва: Тип. И.А. Баландина, 1901. С. 5.

[2831] Там само. С. 6; *Скрипилев Е.А.* Историко-сравнительный метод в правоведении России второй половины XIX–начала XX в... С. 25.

пової заміни одних форм людського співжиття та одних норм права іншими». На основі порівняльних історико-правових досліджень вчений вважає за можливе створити нову науку — «історію природного зростання людських суспільств»[2832]. Після визначення змісту стадій суспільного та правового розвитку, а також причин переходу від однієї стадії до іншої у світовому масштабі при порівняльному дослідженні розвитку суспільства і права окремої країни можна буде виявити й причини їх «відхилення» від «нормального ходу» світової суспільної еволюції[2833].

Отже, протягом цього періоду розвитку порівняльно-правових досліджень (1860–1910-і роки) у них виразно домінували підходи і програми соціологічно-позитивістської школи правової думки. Цей напрям проголосив, що джерелом знань є лише досвід, предметом дослідження — лише факти, методами пізнання дійсності — аналіз та синтез. Його представники вважали, що суспільний розвиток у різних країнах має спільні закономірності, а тому його можна розглядати як частину всесвітньої суспільної еволюції, яку має вивчати соціологія. Право стало розглядатися насамперед не як результат культурного чи інтелектуального розвитку, вольове встановлення, а як наслідок і чинник еволюції суспільства. Згідно з настановами цієї школи метою порівняльно-правових досліджень мало стати формулювання принципів та законів загального суспільного розвитку, а індивідуальні риси у розвитку кожного суспільства стали пояснюватися раціональними чинниками, наголос став робитися також на взаємовпливі правових систем.

Порівняльне правознавство представниками соціологічного позитивізму було широко визнане автономною і однією з найважливіших наукових юридичних дисциплін, щоправда, тотожною порівняльній історії права та до певної міри похідною в теоретико-методологічному сенсі від соціології. Його метою вважали віднайдення законів правового розвитку (у контексті суспільної еволюції) та на цій основі — визначення напряму і змісту правових реформ з метою забезпечення суспільного прогресу та наближення правових систем, а також створення засад для міжнародної уніфікації права. Представники соціологічного позитивізму в порівняльному правознавстві активно розробляли історичну типологію права, підходи до історичної реконструкції права та порівняльної оцінки стану і перспектив розвитку правової системи на основі презумпції тотожності юридичних явищ у однакових умовах суспільного розвитку, теоретичні питання взаємодії правових систем. Вони прямо заперечували або нівелювали як несуттєві та випадкові національні відмінно-

[2832] *Ковалевский М.* Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права... С. 19–22.
[2833] *Кресін О.В.* Розвиток порівняльного правознавства в Україні в межах школи соціологічного позитивізму // Право України. 2006. № 5. С. 162–166; *Кресін О.В.* Ковалевський Максим Максимович // Порівняльно-правові дослідження. 2006. № 1. С. 195–201; *Кресін О.В.* Соціологічний напрям у порівняльному правознавстві у другій половині XIX–на початку XX ст. // Порівняльно-правові дослідження. 2007. № 1-2. С. 44–50.

сті в праві, а відтак відмовилися від ідеї про будь-які наднаціональні спільності в праві. Заслугою соціологічно-позитивістського напряму порівняльно-правових досліджень є систематичне і свідоме творення їх теоретико-методологічних засад, а також методик їх практичного використання.

Новий період у розвитку порівняльно-правових досліджень розпочався у 1910-х роках і тривав до завершення Другої світової війни. Він пов'язується, з одного боку, з практико-прикладною орієнтацією і поширенням функціонального підходу. Однією з важливих подій, які означили його появу, стало завершення Першої світової війни. Зокрема, як зазначали Г.К. Гаттерідж, В.Н. Денисов, Р. Паунд, А. Тіллє, М. Файзієв, у цей час поширився скептицизм щодо можливості створення світового права, інтерес до порівняльного правознавства істотно зріс у зв'язку з усвідомленням важливості недопущення правового ізоляціонізму, зміною ставлення до зарубіжного досвіду з інструменталістського на ціннісне, а уніфікаційні проекти надалі охоплювали лише сферу приватного права і розглядалися як пошук спільності різних правових систем, засіб забезпечення практичних потреб, а не як рух до єдиного універсального правопорядку[2834].

Провідною проблематикою порівняльно-правових досліджень у цей час стало порівняння англо-американського та романо-германського права, натомість західне порівняльне правознавство ігнорувало не-західне, зокрема радянське та мусульманське, право як непорівнянне[2835]. Як зазначав Р. Хайленд, функціоналізм був спрямований на порівняння того, як різні правові системи вирішують певні правові проблеми, ігноруючи національну інституційну, доктринальну та техніко-юридичну специфіку. На основі цього встановлювалися фундаментальні подібності між правовими системами. Водночас функціоналізм не враховував історичний, культурний, релігійний та мовний контексти правових норм та рішень; проголошена ним презумпція ідентичності правових рішень визначала результат порівняння ще до його здійснення[2836].

У порівняльному правознавстві виникнення та розвиток функціонального методу в межах соціологічної юриспруденції у першій половині XX ст. пов'язані, зокрема, з іменем німецького вченого Е. Рабеля і американського — Р. Паунда. Розглядаючи вади позитивістського підходу, Р. Паунд писав: «Протягом певного часу відчувалося, що юриспру-

[2834] *Gutteridge H.C.* Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research. P. 19–20; *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения… С. 259–261; *Pound R.* Comparative Law in Space and Time… P. 70–80; *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения… С. 29–33, 56.
[2835] *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения… С. 29–33, 56; *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение… С. 73–87; *Gardner J.C.* The Study of Comparative Law in Great Britain // Journal of Comparative Legislation and International Law. 3d series. 1932. Vol. 14. P. 201–203.
[2836] *Hyland R.* Comparative law… P. 187–190.

денція відокремлювалася від інших суспільних наук, залишаючись сама по собі, з одного боку, і утверджувалося переконання в її самодостатності, з іншого боку, що було просто нещасливим для науки права, виходячи із загальних міркувань, тому що це передбачало вузьке та часткове бачення, а натомість відображало недостатню спроможність права відповідати суспільним потребам, недостатнє бажання юристів визнавати чи навіть сприймати такі потреби, і прірву між юридичною думкою та загальним баченням проблематики соціальної реформи»[2837].

Ще у 1906 р. Р. Паунд сформулював вимогу до юридичної науки досліджувати всі елементи правової системи, а також критерії оцінки права — справедливість та ефективність[2838]. Він сформулював ідею права як процесу, частини «соціальної інженерії», засобу регулювання і вдосконалення суспільних відносин. Право, на його думку, має визначатися і досліджуватися насамперед через свої функції[2839]. Як зазначав учений у праці «Свобода договору» (1909 р.), «юриспруденція є останньою з наук, яка відходить від методу дедукції та наперед визначених концепцій. Соціологічний напрям в юриспруденції є рухом за прагматизм як філософію права, за узгодження принципів та доктрин з умовами життя людини, які є визначальними, рух за те, щоби надати людському чиннику центральне місце...»[2840].

Такий підхід дав змогу створити концептуальну основу для порівняння правових систем, які мають різні структури масивів правових та позаправових регулятивних норм, відкрив нові горизонти порівняльного пізнання права, зокрема науково обгрунтованої типології та класифікації правових систем, уможливив порівняльне вивчення різнотипових правових систем[2841].

Протягом цього періоду домінуючою стала ідея про те, що порівняльне правознавство є не окремою наукою чи галуззю знань, а лише одним із спеціальних методів дослідження права, метою якого стає класифікація об'єктів зарубіжного права, а також засобом і сферою особливої нау-

---

[2837] *Pound R.* The Scope and the Purpose of Sociological Jurisprudence // Harvard Law Revue. 1911–1912. Vol. 25. P. 489. Цит. за: *Sutherland A.E.* One Man of His Time // Harvard Law Review. 1964. Vol. 78. No. 1. P. 17.

[2838] *Goodhart A.L.* Roscoe Pound // Harvard Law Review. 1964. Vol. 78. No. 1. P. 31. Див. також: von Mehren A.T. Roscoe Pound and Comparative Law // Harvard Law Review. 1965. Vol. 78. No. 8. P. 1591.

[2839] *Туманов В.А.* Буржуазная правовая идеология: к критике учений о праве… С. 286–287; *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I... С. 94–98; *Андруся к Т.Г.* Історія політичних та правових вчень. Львів: Видавничий центр ЛНУ ім. Івана Франка, 2001 С. 209–211.

[2840] *Pound R.* Liberty of Contract // Yale Law Journal. 1909. Vol. 18. P. 454. Цит. за: Sutherland A.E. One Man of His Time... P. 16.

[2841] *Кресін О.В.* Функціональний підхід у порівняльному правознавстві // Держава і право. 2005. Вип. 30. С. 536–541. Сам Р.Паунд, проте, обмежувався порівнянням лише романо-германського та англо-саксонського права, а решти «нерозвинених систем» торкався лише тією мірою, якою вони допомагають зрозуміти розвиток «розвинених систем». Див.: *von Mehren A.T.* Roscoe Pound and Comparative Law... P. 1588.

ково-практичної діяльності[2842]. А. Райлз це пояснювала тим, що порівняльне правознавство разом з відмовою від соціологічного позитивізму втратило свою біологічну матрицю, вийшло з класичної раціональності, стало поступово соціальним, і у зв'язку з цим втратило дисциплінарність, присвятило себе проектам (колоніальному; модернізації і реконструкції; інтернаціоналізації права; інституційної розбудови), що не мають єдиної ідентичності, не є всеохопними та обгрунтованими[2843].

З іншого боку, початок нового етапу розвитку пов'язаний з більшовицькою революцією 1917 р. Після встановлення радянської влади на більшій частині території колишньої Російської імперії єдиним визначеним державою підходом до порівняльно-правових досліджень у СРСР став діалектичний матеріалізм. Вчення К. Маркса та Ф. Енгельса, як і багато інших учень XIX ст., розглядало еволюцію права у контексті соціально-економічного розвитку, представляло право як нормативне відображення політичної волі влади, конструювало періодизацію історії права на основі суспільної еволюції. Творці марксизму здійснили оригінальний синтез концепцій попередників з низкою нових ідей, зокрема про розвиток продуктивних сил та виробничих відносин, класову боротьбу як головні чинники розвитку людства.

Держава і право розглядалися як надбудова над базисом — соціально-економічною структурою суспільства. Надбудова пов'язана з базисом причинно-наслідковими зв'язками і типологічно змінюється разом із зміною суспільної формації, основним змістом якої є спосіб виробництва та обміну, з одного боку, і класова структура суспільства — з іншого. Щоправда, вплив розвитку базису на надбудову не є безпосереднім, здійснюється через загальний розвиток суспільства та інші процеси, а тому в межах соціально-економічних типів-формацій надбудова може мати різні форми (наприклад, різні форми державного ладу). Тому елементом марксистського вчення є ідея про відносну зовнішню самостійність надбудови, яка виявляється в існуванні окремих закономірностей її розвитку, зворотному впливі, який здійснює надбудова на базис. Але внутрішньо надбудова повністю залежить від розвитку базису, а спрямованість практичної діяльності чи дії надбудови цілком визначаються класовою структурою суспільства[2844].

Марксизм вимагав при порівнянні розглядати право не саме по собі, а обов'язково у зв'язку з іншими явищами суспільного життя, застосовувати діалектичну логіку при виборі об'єктів порівняння та оцінці порів-

[2842] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения… С. 262–263; *Mayda J.* Some critical reflections on contemporary comparative law… S. 367 (Ми викладаємо зміст цієї праці за кн.: *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения… С. 107–108); *Riles A.* Introduction: The projects of comparison… P. 11; *Бехруз Х.* Сравнительное правоведение… С. 96–100.

[2843] Riles A. Introduction: The projects of comparison… P. 9–14.

[2844] Див. наприклад: История политических и правовых учений… С. 504–515.

нянності певних об'єктів тощо[2845]. Водночас, внаслідок крайньої ідеологізації та догматизму в марксистських порівняльно-правових дослідженнях до 1960-х років домінували оціночні судження, контрастні порівняння та протиставлення нового соціалістичного права «старому» буржуазному, абсолютизація ідеї прогресу, телеологічність, гіпертрофований соціологізм[2846]. Часто порівняння було суто формальним і підпорядковувалося наперед визначеній не науковій, а політико-ідеологічній меті. Як стверджували П. Лавінь, А.Х. Махненко та інші вчені, до кінця 1950-х років у Радянському Союзі ставлення до порівняльного правознавства було негативним[2847].

Український учений М.О. Чельцов-Бебутов у праці «Злочин і кара в історії та радянському праві» (1925 р.) виявив не просто схематизм, на що слушно звертав увагу В.Г. Графський[2848], а фактично проголосив соціально-економічний розвиток єдиним чинником, що безпосередньо визначає сутність права у кожній з формацій — у всіх народів. Виходячи з цього він некритично застосовував принцип аналогії для пізнання права народів на певній стадії суспільного розвитку. Так, сучасний правовий побут мешканців острова Самоа для нього, зважаючи на абсолютизовану марксистську методологію, достатньо характеризує правовий розвиток усіх народів у додержавний період — незважаючи на розвиток культури, релігії та інших не-економічних явищ[2849].

Водночас є приклади широкої постановки питання порівняльного пізнання права в українській науці того часу — М.І. Палієнком і

[2845] *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах... С. 32–33; *Файзиев М.М.* Использование классиками марксизма-ленинизма сравнительного метода при исследовании государственно-правовых явлений // Советское государство и право. 1973. № 8. С. 120–123.

[2846] *Туманов В.А.* Из истории марксистской критики буржуазной правовой идеологии // Советское государство и право. 1971. № 8. С. 115; *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах... С. 58–59; *Графский В.Г.* Опыт сравнительно-исторических исследований права в СССР в 20–30-е годы // Проблемы сравнительного правоведения. М., 1981. С. 95; *Графский В.Г.* Соотношение истории права и современности как методологическая проблема // Методология историко-правовых исследований / Отв. ред. В.Е. Гулиев. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1980. С. 47; *Лисенко О.М.* Порівняльне правознавство як наука та його місце в системі юридичних наук... С. 7; *Махненко А.Х.* О методе сравнительного правоведения в исследовании и преподавании государственного права зарубежных социалистических стран // Правоведение. 1967. № 1. С. 95.

[2847] *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах... С. 60–61; *Махненко А.Х.* О методе сравнительного правоведения в исследовании и преподавании государственного права зарубежных социалистических стран... С. 95; *Дамирли М.А.* Критический анализ теоретико-методологических основ советской историко-правовой науки // Юридический вестник. 2004. № 1. С. 123.

[2848] *Графский В.Г.* Опыт сравнительно-исторических исследований права в СССР в 20–30-е годы // Проблемы сравнительного правоведения. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1981. С. 87.

[2849] *Чельцов-Бебутов М.А.* Преступление и наказание в истории и в советском праве // Антологія української юридичної думки. В 10 т. Т. 9: Юридична думка радянської доби / Відп. ред. В.П. Нагребельний. Київ: Видавничий Дім «Юридична книга», 2004. С. 541–544.

В.М. Корецьким. У праці «Міжнародне господарське право та світове право» (1928 р.) В.М. Корецький стверджував, що за ідеалом єдиного для всього світу права завжди стоять інтереси певної держави чи групи держав, нав'язування певної правової та соціально-економічної моделі для досягнення власних політичних та економічних інтересів. В.М. Корецький одним із перших в українській юридичній науці розглянув питання про особливості використання порівняльно-правових досліджень у міжнародному приватному праві. Зокрема, він розглянув питання про уніформізм (уніфікацію) в праві та його перспективи. Частина науковців вважали уніформізм універсальним інструментом зближення національних правових систем та створення єдиного світового права. При цьому національні системи мали або стати тотожними, або зовсім зникнути. В результаті уніформізації правових норм міжнародні економічні відносини мали стати простішими та міцнішими. Такі погляди В.М. Корецький називав космополітизмом права, зазначав, що останній виник як філософсько-правове узагальнення дещо перебільшених тенденцій до інтенсифікації міжнародного економічного співробітництва та зближення національних правових систем.

Проте, як зазначав В.М. Корецький, на практиці приватне право в різних країнах та регіонах є настільки різноманітним, що уніформізувати його нереально. Тому обсяг пропонованого «світового права» звужується до окремих інститутів приватного права, а його простір — до кола «культурних» народів, або до сукупності держав у межах окремих регіонів. Намагання створити «світове право» викликають потужний національний опір, адже ототожнюються з посяганням на державну незалежність, із зреченням власної самобутності. До того ж за «світовим правом» часто стоїть певна національна правова модель.

В.М. Корецький також поставив питання про те, чи може «світове право» стати реальним засобом регулювання світових економічних відносин. Значною перешкодою можливому творенню «світового права» є жорстка конкуренція національних економік. Держави намагаються створити замкнені виробничі цикли на своїй території та здійснювати політику економічного протекціонізму. Принципи внутрішньої та зовнішньої економічної політики різні. Якщо держави прагнуть уніфікувати національне право, то щодо уніформізації / уніфікації міжнародного економічного права мають інші підходи. Кожна держава створює такі норми права, які мають допомогти національній економіці бути конкурентоспроможною на світовому ринку. Отже, творення «світового права» є насамперед політичним гаслом. На практиці ж слід ретельно вивчати національні правові системи. Право, на думку В.М. Корецького, дедалі сильніше пов'язується з територією, на якій воно регулює певні відносини, а національна правова система стає територіально зв'язаною. Тому він закликав заново вивчати «юридичну географію», адже «світове

право» стає не єдиним правом, а правом усього світу, конгломератом правових систем світу[2850].

Отже, у західному порівняльному правознавстві у цей час домінував функціоналістський напрям. Згідно з ним кожна правова система мала розглядатися як елемент життєдіяльності соціальної системи як певного організму, а критеріями оцінки права стали справедливість та ефективність. Право визначалося і досліджувалося насамперед через свої функції, як процес, засіб удосконалення суспільних відносин. Функціоналісти принципово розширили коло порівнюваних правових і неправових регуляторів, їх підходи дали змогу вперше адекватно розглянути різні (в тому числі незахідні) типи правових систем, створити нову обґрунтовану «правову карту світу», нове вчення про наднаціональні правові спільності (правові сім'ї) та відповідно класифікацію правових систем.

Марксистський напрям правової думки розглядав право у контексті соціально-економічного розвитку і принаймні у сфері порівняльного правознавства має розглядатися як відгалуження соціологічної юриспруденції, пов'язане із соціологічним позитивізмом. Для нього характерний гіпертрофований соціологізм — нівеляція усіх чинників правового розвитку, окрім соціально-економічного. Історична типологія права у межах запропонованого ним формаційного підходу будувалася на основі порівняльно-типологічного підходу, але була повністю підпорядкована догматизованому теоретичному підходу. Водночас марксистська ідея про відносну зовнішню самостійність надбудови, яка виявляється в існуванні окремих закономірностей її розвитку, зворотному впливі, який здійснює надбудова на базис, створювала обмежені засади для визнання різноманіття у праві та можливості для його порівняння, результат якого, щоправда, був сутнісно визначений наперед. У результаті в СРСР до кінця 1950-х років ставлення до порівняльного правознавства було негативним, розвиток останнього був штучно загальмований.

Наступний період у розвитку порівняльно-правових досліджень розпочався після Другої світової війни. У цей час, з одного боку, принципо-

[2850] *Корецкий В.М.* Международное хозяйственное право и мировое право // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. С. 214–25; *Кресін О.В.* Передмова // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. С. 21–24; *Кресін О.В.* Методологія та інституціоналізація порівняльних історико-правових досліджень у радянський період // Держава і право. 2005. Вип. 29. С. 691–698; *Кресін О.В.* До питання про внесок В.М. Корецького у розвиток методологічних засад порівняльного правознавства: по сторінках праць українського вченого // Наукові читання. Присвячені пам'яті В.М. Корецького: Зб. наук. праць. Київ, 2008. С. 134–135.

во розширилися коло об'єктів і предмет дослідження — сформувалася низка постколоніальних держав, суттєво трансформувалися правові системи країн, які стали на соціалістичний шлях розвитку, розпочалася релігійна фундаменталізація багатьох правових систем, активне творення загального і регіонального міжнародного права, що виявило невідповідність рівня юридичної компаративістики завданням, які перед нею стояли. З іншого боку, це був період домінування та кризи функціоналістського підходу, а також «критичної теорії компаративізму»[2851].

У цей час зріс інтерес і до теоретичних проблем порівняльного правознавства, дістали поширення порівняльні дослідження у сфері публічного права[2852], активно розробляється проблематика правової карти світу. В порівняльному правознавстві поширилася системологія, яка також відобразила визнання компаративістами «права таким, яким воно є, а не так, як воно формалізоване», з'явилося розуміння різноджерельності права та багатофакторності його функціонування[2853]. Як зазначає В.Н. Денисов, центральною серед таких досліджень стає класифікація правових систем у правові сім'ї — «світові моделі права», розроблена Р. Давидом. Вона стала спробою подолати позитивістську обмеженість функціонального підходу в порівняльному правознавстві, перейти до плюралістичного критерію порівняння, який би дав змогу врахувати вплив релігії, ідеології, культури на право. Такі методологічні зміни дали змогу включити до предмета досліджень порівняльного правознавства не-західне право, зокрема, соціалістичне та релігійні правові системи[2854].

Також учені відзначають суттєві зміни у культурно-ціннісній ідентифікації порівняльно-правових досліджень. Зокрема, Р. Давид вказував, що у них стали вбачати необхідний елемент науки і правової культу-

---

[2851] *Саидов А.Х.* О современном состоянии буржуазного сравнительного правоведения // Критика буржуазных политических и правовых концепций. Москва: Ин-т государства и права АН СССР, 1984. С. 48–52; *Туманов В.А.* О развитии сравнительного правоведения // Советское государство и право. 1982. № 11. С. 41; *Саидов А.Х.* Теоретические проблемы советского сравнительного правоведения. Автореф.... к.ю.н. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1984. С. 1–3, 20; *Reimann M.* The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century // American Journal of Comparative Law. 2002. Vol. 50. P. 672–673; *Туманов В.А.* Вступительная статья // Очерки сравнительного права / Под ред. В.А. Туманова. Москва: Прогресс, 1981. С. 5–7; *Ансель М.* Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права: Сборник / Сост., перевод и вступ. статья В.А. Туманова. Москва: Прогресс, 1981. С. 39–41; *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения… С. 33–36.

[2852] *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение… С. 73–87; *Бехруз Х.Н.* Сравнительное правоведение… С. 96–100.

[2853] *Sacco R.* One Hundred Years of Comparative Law… P. 1165, 1167–1168; *Palmer V.V.* From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology // Global Jurist Frontiers. 2004. Vol. 4. Issue 2. P. 25–29; *Bermann G.A.* The Discipline of Comparative Law in the United States… P. 1048–1052.

[2854] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения… С. 267–269.

ри[2855], А.О. Тіллє та М.М. Файзієв — на остаточний відхід від ідеї про можливість створення світового права[2856]. Р. Сакко наголошував на завершенні формування плюралістичної ментальності та обгрунтуванні правового різноманіття, засудженні правового націоналізму, остаточному визнанні легітимності та цінності англо-американського та соціалістичного права[2857].

Також слід звернути увагу на подальшу інституціоналізацію порівняльно-правових досліджень — створення нових об'єднань компаративістів, збільшення частки порівняльно-правових дисциплін в юридичній освіті, проведення регулярних міжнародних компаративістських конгресів, видання «Міжнародної енциклопедії порівняльного права» та ін.[2858] Учені звертають увагу на те, що в цей час знову починає домінувати дисциплінарний погляд на організацію порівняльно-правових досліджень — у вигляді порівняльного правознавства[2859].

Відправним пунктом для трансформації теоретичних засад порівняльно-правових досліджень після Другої світової війни стали дискусії в ЮНЕСКО. Вирішуючи питання про розвиток науки як про одну з цілей створення ЮНЕСКО, її Секретаріат у 1946 р. серед суспільних наук визнав дві юридичні науки — міжнародне право та порівняльне право[2860]. Найбільшим форумом під егідою ЮНЕСКО, скликаним для обговорення питань міжнародної інституціоналізації порівняльного правознавства, стали збори зі створення Міжнародного комітету порівняльного права 21–23 березня 1949 р., які відбулися у штаб-квартирі ЮНЕСКО. Відкриваючи збори, генеральний директор ЮНЕСКО Дж.Т. Бодет підкреслив, що «порівняльне дослідження національних правових систем є дисципліною, яка, зокрема, покликана сприяти міжнародному взаєморозумінню», «припиненню взаємного ігнорування народами життя та шляху розвитку одне одного, боротьбі проти фальшивих доктрин нерівності людей і рас, підтримці демократичних принципів гідності, рівності та взаємної поваги народів»[2861]. На його думку,

[2855] *Давид Р., Жоффре-Спиноза К.* Основные правовые системы современности… С. 8; *Кресін О.В.* Рене Давид: право як гуманізм // Порівняльне правознавство. 2012. № 1–2. С. 295–297; *Кресін О.В.* Рене Давид — видатний фахівець у галузі досліджень правових систем світу // Право України. 2012. № 1–2. С. 508–510.

[2856] *Тилле А., Файзиев М.* Общие проблемы сравнительного правоведения… С. 33–36.

[2857] *Sacco R.* One Hundred Years of Comparative Law… P. 1165, 1167–1168; *Riles A.* Introduction: The projects of comparison… P. 14.

[2858] *Константинеско Л.-Ж.* Развитие сравнительного правоведения… С. 148–149; *Бехруз Х.Н.* Сравнительное правоедение… С. 96–100.

[2859] *Riles A.* Introduction: The projects of comparison… P. 14–15.

[2860] *UNESCO* and the social sciences // International Social Science Bulletin. 1949. Vol. I. No. 1–2. P. 9; *Кресін О.В.* Ювілей Міжнародної асоціації юридичних наук і питання про внесок ЮНЕСКО у розвиток порівняльного правознавства // Порівняльно-правові дослідження. 2011. № 1. С. 24–42.

[2861] *Speech* delivered on 21 march 1949 at the opening of the preparatory meeting for the establishment of an International Comparative Law Association by Mr. Jaime Torres Bodet, director-general of UNESCO // International Social Science Bulletin. 1949. Vol. I. No. 1–2.

лише використання порівняльного методу, яке формує порівняльне правознавство, перетворює дослідження права на міжнародну науку. Він підкреслив, що й саме порівняльне правознавство є окремою науковою дисципліною, «важливість якої донині недооцінювалася»[2862].

Учасники зібрання, і, зокрема, Е. Рабель, зазначали, що уніфікація права не є метою порівняльно-правових досліджень та їх міжнародної координації: «метою… є не подолання відмінностей у правових системах, але висвітлення існуючих відмінностей через вивчення, зокрема, фундаментальних економічних, політичних, філософських та соціологічних ідей, на яких вони були засновані»[2863]. Щодо проблем розвитку порівняльного правознавства як науки, І. Кіш наголосив на помилковості й неприпустимості ототожнення порівняльного права і зарубіжного права, яке характерне для юристів у багатьох країнах, а також на тому, що сучасні юристи не можуть собі дозволити ігнорувати порівняльно-правові знання[2864].

Міжнародний комітет порівняльного права за дорученням ЮНЕСКО вперше здійснив дослідження викладання порівняльного правознавства у різних країнах світу і сформував нове бачення надзвичайно важливої ролі відповідних загальної та галузевих навчальних дисциплін як невід'ємного компоненту вищої юридичної освіти, що було схвалене ЮНЕСКО і запропоноване для реалізації її країнам-членам та міжнародним організаціям. Окрім того, як додаток до офіційного документу ЮНЕСКО країнам-членам були надіслані й схвалені Міжнародним комітетом модельні програми з порівняльного правознавства, що вперше створило своєрідний мінімальний стандарт викладання цієї дисципліни. Ідеї та діяльність Міжнародного комітету дали змогу пізніше створити унікальний освітній центр — Міжнародний факультет порівняльного права[2865].

Р. 6; *Кресін О.В.* Ювілей Міжнародної асоціації юридичних наук і питання про внесок ЮНЕСКО у розвиток порівняльного правознавства… С. 24–42.

[2862] *Preparatory* meeting for the establishment of an International Comparative Law Association. Summary record of the the first meeting. UNESCO/SS/EDC/Conf.1/SR1. Paris, 28 March 1949. P. 3–5; *Кресін О.В.* Питання порівняльного правознавства в діяльності ЮНЕСКО і заснування Міжнародного комітету порівняльного права // Правова держава. 2011. Вип. 22. С. 450–458.

[2863] *Preparatory* meeting for the establishment of an International Comparative Law Association. UNESCO/SS/EDC/Conf.1/SR1. Paris, 28 March 1949... P. 8–9; *Preparatory* meeting for the establishment of an International Comparative Law Association. Summary record of the meetings of the Sub-Commission instructed to examine the influence of the differences in national juridical systems on tensions affecting international understanding. UNESCO/SS/EDC/Conf.1.S.C.TEN/SR1. Paris, 13 April 1949. P. 7.

[2864] *Preparatory* meeting for the establishment of an International Comparative Law Association. Procedure committee. Summary record of the first meeting. UNESCO/SS/EDC/Conf.1/SC.PRO/SR1. Paris, 30 March 1949. P. 4–5.

[2865] *The work* of the International Committee of Comparative Law // International Social Science Journal. 1951. Vol. III. No. 1. P. 114–115; *Avant-project* de Rapport general de M. Niboyet. UNESCO/MRT/13. Paris, le 7 janvier 1952. P. 102; *The university* teaching of social sciences: law…; *Кресін О.В.* Питання щодо розвитку викладання порівняльного

Починаючи від першого проекту створення при ЮНЕСКО міжнародної організації у сфері порівняльного правознавства, запропонованого Р. Давидом, питання його ціннісного потенціалу вченими ставилося навіть вище, ніж власне пізнавальні завдання. Ці ідеї були розвинуті іншими вченими, причетними до заснування цієї організації, до розуміння порівняльного правознавства як «скарбниці правових цінностей», одного з чинників формування міжнародної свідомості й, зрештою, «сучасної форми правового гуманізму» (Ж. Бесдеван та ін.). На нашу думку, не буде перебільшенням стверджувати, що сам факт створення Міжнародного комітету порівняльного права при ЮНЕСКО, дискусії, які відбулися при цьому, до яких були залучені вчені з десятків країн світу, характер подальшої діяльності цієї організації не лише відобразили ціннісний поворот у розумінні сутності суспільних наук загалом, але й багато в чому сформували відповідну парадигму сучасного порівняльного правознавства, яку характеризують плюралізм і повага до відмінностей, долання ізоляціонізму, полілог правових систем, традицій, культур[2866].

Навіть зміна назви Міжнародного комітету на Міжнародну асоціацію юридичних наук при збереженні первинної назви за одним з керівних органів МАЮН є символічною — як визнання особливої ролі порівняльного правознавства у трансформації юридичної науки — з одного боку, його провідного і автономного статусу в її структурі — з іншого. Вважаємо, що ці дискусії та діяльність МАЮН стали одним з найбільш потужних чинників розвитку порівняльно-правових досліджень у середині — другій половині XX ст.

У середині — другій половині XX ст. сформувалося відгалуження соціологічної юриспруденції, яке умовно можна назвати аксіологічним напрямом. Для нього характерний акцент на цінностях, які багато у чому мають наднаціональний характер, формуються, зокрема, під впливом релігійних доктрин та політико-правових ідей.

Практичним втіленням аксіологічних підходів у порівняльно-правових дослідженнях стало сприйняття цивілізаційних теорій, а саме теорій локальних цивілізацій та цивілізаційних циклів. Загалом прямо чи неакцентовано визнаючи наявність загальносвітових закономірностей

правознавства у діяльності ЮНЕСКО і Міжнародного комітету порівняльного права–Міжнародної асоціації юридичних наук // Порівняльне правознавство: досвід і проблеми викладання: Збірник наукових праць і навчально-методичних матеріалів / За ред. Ю.С. Шемшученка, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін. Київ: ВДК Університету «Україна», 2011. С. 72–81.

[2866] *Кресін О.В.* Становлення наукових і ціннісних засад діяльності Міжнародної академії порівняльного права...; *Кресін О.В.* Питання про ціннісний потенціал порівняльного правознавства у процесі створення Міжнародного комітету порівняльного права–Міжнародної асоціації юридичних наук // Проблеми порівняльного правознавства: Збірник тез наукових доповідей III Міжнародної наукової конференції «Компаративістські читання» / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.К. Маріна, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар. Київ; Львів: ЛьвДУВС, 2011. С. 10–14.

правового розвитку та його стадіальність, представники аксіологічного напряму в юридичній науці розглядають кожну із цивілізацій (традицій права, правових культур) як окремий феномен у культурно-історичній еволюції, а при порівняльному дослідженні зіставляють насамперед динаміку циклічного розвитку цивілізацій, а також елементи цивілізацій[2867].

Поштовхом до розвитку порівняльного правознавства у СРСР стало проголошення у 1960-х роках ідеї мирного співіснування соціалістичної та капіталістичної світових систем, що було формальною відмовою від ідеї насильницького «експорту» революції. Ця ідея передбачала «конкуренцію сили прикладу» замість «конкуренції сили зброї» в суперництві капіталістичної та соціалістичної соціальних систем[2868]. Відповідно з'явилася орієнтація на порівняння, хай навіть переважно контрастне, соціалістичного та буржуазного права. Цьому об'єктивно сприяло й пожвавлення економічних зв'язків між СРСР та капіталістичними країнами, яке супроводжувалося збільшенням практичної потреби у порівняльному дослідженні зарубіжного права, а також формування світової соціалістичної правової сім'ї, пов'язаної системою міжнародних договорів, і розширення кола нових постколоніальних держав, що більшою чи меншою мірою потрапили до сфери радянського політичного та економічного впливу.

У цей період поряд із безумовним визнанням формаційної періодизації розвивався погляд на буржуазне право не просто як на рудимент, а як на синхронний із соціалістичним правом феномен. Відповідно проголошувалася можливість і корисність порівняння політичних і правових явищ, які належать до різних соціально-економічних формацій. У 1970–1980-х роках порівняльно-правові дослідження набули популярності, з'явилася велика кількість відповідних монографій, збірників, статей учених із СРСР та інших соціалістичних країн. Серед дослі-

[2867] *Бехруз Х.* Основы цивилизационного подхода в сравнительном правоведении. Одесса: Фенікс, 2007; *Чиркін В.* Формаційно-цивілізаційний підхід до класифікації правових систем і сімей // Порівняльне правознавство. 2012. № 3–4. С. 63–83; *Захарова М.* Ціннісні підстави виокремлення правових співтовариств: досвід минулого і сьогодення // Порівняльне правознавство. 2012. № 3-4. С. 91–102; *Крестовська Н.М.* Цивілізаційний підхід у порівняльному правознавстві // Правова держава. 2016. Вип. 27. С. 443–449; *Кресін О.В.* Функціоналістський та цивілізаціоністський напрями в сучасній українській юридичній компаративістиці // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. статей / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Таврійський національний університет ім. В.І. Вернадського, Київський університет права НАН України, 2006. С. 125–135; *Кресін О.В.* Цивілізаційний підхід у порівняльних історико-правових дослідженнях // Міграційні процеси в Україні і світі: історико-юридичні аспекти. Сімферополь: ДіАйПі, 2006. С. 310–317; *Кресін О.В.* Цивілізаціоністський напрям у порівняльному правознавстві // Держава і право. 2006. Вип. 31. С. 476–482; *Кресін О.В.* Методологія та інституціоналізація порівняльних історико-правових досліджень у радянський період… С.691–698.

[2868] *Мирное* сосуществование // Дипломатический словарь. В трех томах. Изд. 4-е. / Ред кол. А.А. Громыко и др. Т. II: К-Р. Москва: Наука, 1984. С. 226–227.

джень цього часу слід виділити працю українського ученого В.Н. Денисова «До критики буржуазних концепцій порівняльного правознавства» (1985 р.)[2869], яка є першим в українській юридичній науці систематичним розглядом історії розвитку порівняльного правознавства. У своєму дослідженні В.Н. Денисов наголошував на непересічному ціннісному та ідеологічному значенні порівняльного правознавства в умовах змагання соціалістичної та капіталістичної суспільно-політичних, економічних, правових систем. Учені по обидва боки цього протистояння часто покладали в основу порівняльно-правових досліджень прагнення довести типологічну вищість своєї правової системи та недосконалість, рудиментарність чи випадковість іншого типу права. Водночас порівняльне правознавство здатне не лише поглибити теоретичні знання про право, про зарубіжні національні правові системи, а й створювати умови для мирного співробітництва держав з різним суспільним ладом, сприяти зменшенню напруженості міжнародних відносин. При цьому вчений наголошує на тому, що порівняльне правознавство не повинно розглядатися як інструмент зближення правових систем соціалістичних та капіталістичних країн, а при їх порівнянні має використовуватися контрастний підхід.

На думку В.Н. Денисова, погляд на порівняльне правознавство як на науку недостатньо обгрунтований і дедалі більше виявляє свою недосконалість. Натомість утверджується усвідомлення його як методу, метою якого є класифікація об'єктів зарубіжного права, і насамперед моделей права. У цьому контексті В.Н. Денисов розглядав концепцію «правових сімей» Р. Давида. Її він вважає спробою виходу з «глухого кута функціональної школи порівняльного права», яка використовувала юридико-технічні критерії класифікації. Зокрема, новим у науковому доробку Р. Давида, на думку українського вченого, є обгрунтування множинності / плюралістичності критеріїв порівняння. Хоча в понятті «правова сім'я» основними є формальні класифікаційні критерії, запропоновано додаткові — філософські, політичні та економічні принципи існування різних суспільств та правових систем. Нові критерії у класифікації правових систем Р. Давида дали змогу західній компаративістиці змінити концептуальний погляд на соціалістичне право, визнати його існування як самостійної моделі правового розвитку. Водночас, як зазначав В.Н. Денисов, відбувається лише механічний синтез розвинутої функціональної методології з новим ідеологічним підходом, а загалом методологічні засади сучасної західної компаративістики є еклектичними[2870].

[2869] *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения... С. 158–187.

[2870] *Кресін О.В.* Внесок В.Н. Денисова в розробку проблем порівняльного правознавства… С. 542–547.

Отже, у другій половині 40-х років XX ст. розпочався новий період розвитку порівняльно-правових досліджень, що характеризується кризою євроцентристської і формуванням плюралістичної парадигми, перетворенням порівняльного правознавства на глобальну систему знань та інституцій. Підсумком тривалої еволюції порівняльного правознавства стали його визнання в системі організацій ООН, трансформація його теоретичних і методологічних засад у ході тривалої й представницької дискусії під егідою ЮНЕСКО, надання його подальшому розвитку потужної міжнародної підтримки. Саме після 1945 р. у порівняльному правознавстві розвинулася «теорія відмінностей», сформувалася плюралістична ментальність компаративістів, були обгрунтовані правове різноманіття та рівноцінність правових систем, відмова від орієнтації на уніфікацію і створення світового права, а натомість вивчення правових систем світу як самодостатніх і рівноцінних у своїй чинності. Можна стверджувати, що дискусії в процесі створення МКПП / МАЮН створили засади розвитку аксіології порівняльного правознавства; сформували його сучасну парадигму, яку характеризують плюралізм і повага до відмінностей, долання ізоляціонізму, полілог правових систем, традицій, культур; стали основою зближення і подальшого розвитку методологічного та концептуально-термінологічного апарату компаративістів.

Відображенням змін у підходах в юридичній науці загалом і в порівняльному правознавстві зокрема, в тому числі під впливом осмислення підсумків Другої світової війни, стали праці, в яких було трансформовано функціоналістський, а до певної міри і марксистський підходи. Саме в цьому контексті слід сприймати нове бачення цієї науки та правової карти світу в працях Р. Давида, яке суттєво вплинуло на західну та радянську науку.

Праці Р. Давида та інших учених, написані після 1945 р., з одного боку, стали продовженням розвитку функціоналістського підходу, а з іншого — виразним виявом їх трансформації та поєднання з аксіологічним напрямом у межах соціологічної юриспруденції. Поступово такі ідеї проникали й у марксистську компаративістику, що створювало основи для активного розвитку й оновлення останньої, сприйняття буржуазного права не як рудименту, а синхронного із соціалістичним правом феномена, сприйняття класифікаційних схем західної компаративістики (ідея про різні типи буржуазного права), відмови від підміни порівняння догмою, початку інтеграції радянського порівняльного правознавства у світовий науковий контекст (переклади і критичні дослідження замість загального відкидання), порівняльного дослідження права у контексті не лише соціального та економічного розвитку, а й еволюції політико-правової думки та релігійних доктрин, а також правових запозичень, визнання ціннісного потенціалу порівняльного правознавства, зокрема щодо сприяння мирному співіснуванню держав з різним суспільним ладом.

Новітній, сучасний етап порівняльного правознавства, на думку вчених, зокрема А.Х. Саїдова та Х.Н. Бехруза, розпочався у 80–90-х роках XX ст. Він зумовлений дискусією щодо сутності та завдань юридичної компаративістики в умовах розвитку й усвідомлення глобалізаційних процесів, розпаду СРСР та кардинальних змін у пострадянських правових системах, посилення європейської інтеграції, що привела до формування нової наднаціональної правової системи ЄС, появи низки нових національних правових систем у результаті розпаду федеративних держав тощо. Як зазначає А.Х. Саїдов, характерними рисами сучасного періоду є криза та розрив наступності поколінь учених[2871].

На думку Р. Сакко і Р. Хайленда, нині у порівняльному правознавстві, що остаточно відокремилося від правового «поліглотизму» і практицизму, спрямоване на розуміння зарубіжного права замість просто ознайомлення з ним, домінує теорія відмінностей, згідно з якою для кожної правової системи притаманні власне бачення справедливості, концепція права та його місця в житті людини; неможливо визначити рівень розвитку права, на якому відмінності зникнуть; відмінності є такою ж цінністю, як і подібності, а у порівняльно-правових дослідженнях мають усвідомлюватися, а не применшуватися[2872]. Як зазначає А. Райлз, тенденцією останніх десятиліть у порівняльному правознавстві є «конструювання автономної та поважної академічної дисципліни — щоби презентувати порівняльне право як майбутній авангард правової теорії», що передбачає прощання з концентрацією на практичних проектах і звернення до теоретико-методологічних засад (що також є проектом)[2873].

У сучасний період спостерігається подальша криза функціоналістських підходів і переважання культуроцентричного, а також розвиток філософського напряму в порівняльному правознавстві. Зокрема, саме починаючи з 1990-х років активно створюються теоретико-методологічні засади культуроцентричного напряму, які до того часу без необхідної трансформації запозичувалися з не-юридичних наук. Для сучасних представників цього напряму в юридичній компаративістиці характерні такі ідеї та погляди: парадигма «правової системи» пов'язана із західною теорією права, не відповідає реаліям не-західного світу, створює, а не вирішує проблеми на наднаціональному рівні; тому об'єктами порівняльного правознавства мають бути національні та наднаціональні традиції права, в основі яких — як об'єктивна, так і суб'єктивна реаль-

[2871] *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение… С. 73–87; *Бехруз Х.Н.* Сравнительное правоведение… С. 96–100; *Денисов В.Н.* К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения... С. 270, 272; Див. також: *Palmer V.V.* Insularity and Leadership in American Comparative Law: The Past One Hundred Years // Tulane Law Review. 2000–2001. Vol. 75. P. 1093–1094.

[2872] *Sacco R.* One Hundred Years of Comparative Law… P. 1162, 1170; *Hyland R.* Comparative law. P. 193–197.

[2873] *Riles A.* Introduction: The projects of comparison… P. 18.

ність — колективна ментальність, спільне світосприйняття, визнання значними групами людей спільної історико-культурної спадщини та готовність продовжити її в майбутнє; відмова у порівняльному правознавстві від власне порівняння права як «моністичного» підходу, елементами якого є нібито оцінювання та вибір, нав'язування певних цінностей, а отже, необ'єктивність; проголошення натомість ідеї співмірності або неспівмірності традицій права, що дає змогу розглядати їх феноменологічно — як добрі самі по собі, захищаючи їх від імперіалізму єдиної цінності.

Яскравими представниками культуроцентричного підходу є, зокрема, П. Гленн, П. Легран[2874], Ч. Варга[2875], Х.Н. Бехруз[2876]. Одним із засновників цього підходу в порівняльному правознавстві в 1970-х роках став американський вчений Дж.Г. Меррімен. Він наголошував, що компаративіст не є частиною механізму розробки і втілення політичних рішень, натомість самі рішення є частиною предметного поля порівняльного правознавства. Унікальною внутрішньою логікою кожної правової системи є її правова культура. Саме вона формує первинні норми, згідно з якими функціонує право. При цьому Меррімен свідомо розмиває межу між правовою і неправовою нормативністю, вказуючи на несамодостатність позитивізму. Такий підхід, на нашу думку, виключав можливість досягнення ідентичності між інститутами чи нормами різних правових систем. Меррімен запровадив у порівняльному правознавстві поняття «правова традиція» із суттєво відмінним, ніж у теорії права, значенням, що поглинає і синтезує правову систему, правову культуру, історію національного права. Порівняння правових традицій передбачало вихід за межі нормативності в праві до нормативності в культурі, розуміння, а не нехтування чи знання і стирання відмінностей[2877].

Культуроцентричний підхід у порівняльному правознавстві було розвинуто в книзі Гленна «Правові традиції світу», нагородженій спеціальним призом Міжнародної академії порівняльного права у 1998 р. і вперше виданій у 2000 р., а пізніше доопрацьованій і виданій ще кілька разів. Учений зазначав, що парадигма «правової системи» пов'язана із західною теорією права і не сприяє взаємному розумінню між юристами різних країн, вирішенню правових проблем наднаціонального, всесвіт-

[2874] *Legrand P.* The same and the different // Comparative legal studies: traditions and transitions / Ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University press, 2003. P. 240–311; *Легран П.* Неможливість «правових трансплантантів» // Порівняльне правознавство. 2013. № 1–2. С. 46–59.

[2875] *Варга Ч.* Правові традиції? У пошуках правових сімей і культур: Відкрита лекція / Пер. О.В. Ткаченка; за наук. ред. О.В. Кресіна. Київ-Львів: ЗУКЦ, 2012.

[2876] *Бехруз Х.* Основы цивилизационного подхода в сравнительном правоведении…

[2877] Докладніше про це: *Мельничук О.І., Кресін О.В.* Меррімен Джон Генрі // Видатні компаративісти: Творчий шлях, ідеї, праці / Кресін О.В. (кер. авт. кол.), Денисов В.Н., Дамірлі М.А. та ін. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Вид-во «Логос», 2007. С. 89–99.

нього значення, таких, як забезпечення прав людини, «може розумітися скоріше як частина проблеми, ніж її вирішення»[2878]. Навіть при вивченні права окремої країни Гленн пропонував взяти за предмет не національну правову систему як сучасне поняття, а національну правову традицію. Але так само невідповідною він вважав концепцію «правової культури», виникнення якої пов'язане з європейським Просвітництвом, що робить її «до певної міри сумнівною». Окрім того, «концентруючись на сучасних формах людської думки та діяльності, вона протиставляється будь-якій нормативності у минулому»[2879].

Водночас Гленн усвідомлював суперечливість парадигми «традиції». Дослідження окремої традиції він вважав неадекватним, адже обрана вченим традиція може бути нетиповою, приховувати своє відношення до інших традицій. Порівняльне дослідження різних традицій створює інші проблеми: як класифікувати традиції, на основі яких критеріїв слід співставляти різні традиції, чи можлива взагалі теорія «традиції»? Учений визнав, що він висвітлює у своєму дослідженні окремі традиції права, проте не може запропонувати переліку чи класифікації традицій. Наприклад, виділяючи окремо традиції загального (англо-американського) та цивільного (романо-германського) права, Гленн водночас не раз говорив про «західну традицію права»[2880]. В іншій своїй праці він запропонував ієрархію традицій права: національна традиція — транснаціональна (складна) традиція[2881].

Гленн також відмовився від загального визначення «традиції права», яке б охопило суттєві ознаки та характеристики цього концепту. За його визнанням, у книзі теорія традиції права «обмірковується, але не конструюється». Водночас учений зазначав, що вона визначається через «принципи, норми чи інституції, що тривають довше за сучасні політичні організації (держави. — *О.К.*)». На його думку, в основі традиції лежить насамперед культурно-ідеологічне явище — система поглядів, світосприйняття, яке може перетворитися на традицію, якщо здобуде певне коло адептів. Таким чином, долається і позитивізм, й органіцистська філософія, традиція є як об'єктивною, так і суб'єктивною реальністю, «тісно пов'язана з питанням ідентичності та відносин між людьми», становить конституїтивний елемент суспільств. Належність людини до певної традиції може бути й не успадкованою, а добровільно обраною. Зміст традицій є змінюваним, незакінченим, а також індивідуалізова-

[2878] *Glenn H.P.* Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2004. P. XXIV–XXV.
[2879] Ibid. P. XXIV–XXV, 6–7.
[2880] Ibid. P. XXV, 4.
[2881] *Загоруйко К.Ф.* Гленн Г.П. Являются ли правовые традиции несоизмеримыми? (Реферат статьи: Glenn H.P. Are legal traditions incommensurable? // American journal of comparative law. 2001. Vol. 49. № 1. P. 133–145) // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Реферативный журнал. Серия 4. Государство и право. 2002. № 2. С. 16.

ним у кожної людини, що зараховує себе до спадкоємців традиції. Традиція є «ресурсом, з якого можуть виводитися мотиви змін, легітиматором для нових ідей, який допомагає уникати суспільного резонансу», «минуле мобілізується для винайдення майбутнього»[2882].

Традиції не є вічними, вони народжуються та вмирають. Зокрема, останнє відбувається тоді, коли у суспільній свідомості традиція починає вважатися застарілою, невідповідною, невиправданою. Але й тоді, заперечуючи традицію, люди, власне, відштовхуються від її змісту, а тому «опозиція окремій традиції буде неминуче... визначатися традицією»[2883].

Як при феноменології культуроцентричного підходу осягнути міжнаціональні тенденції та взаємовпливи в праві? На це питання відповідь дала книга Гленна «Про загальні права» (2004 р.). Автор описує ареали та історію поширення певних типів права у світі — таких, як римське, французьке, німецьке, англійське, іудейське, християнське канонічне, мусульманське право та ін. При цьому немає межі між національним, міжнародним, релігійним правом — вони розглядаються як нормативні моделі чи моделі правового мислення, що в певних випадках нав'язувалися чи конкурували об'єктивно, а в деяких — конкурують на рівні свідомості та мислення окремої людини, і не лише юриста або чиновника, а й звичайної людини, яка формує своє уявлення про справедливе та лінію своєї поведінки (з важливим застереженням — формалізацією права на певному, насамперед національному, рівні). Ареал поширення, прийняття таких ідей може бути і регіональним, і, в їх поступовому частковому історичному синтезі, всесвітнім — що формує особливий і загальний рівні в правовому розвитку, відновлює порушену «Правовими традиціями світу» цілісність компаративістського дискурсу[2884]. Багато в чому, на нашу думку, це є розвитком, універсалізацією теорії правових формантів Р. Сакко, але сутнісно відображає насамперед кантівську ідею космополітичного права.

Серед особливостей підходів культуроцентричного напряму, які можуть викликати критику або несприйняття представників інших напрямів порівняльного правознавства, а також поставити під сумнів традиційний характер цієї науки, на нашу думку, можна виділити такі: відмова або недостатня увага до визначення традиції права, а також її структури, суттєвих ознак та характеристик; відмова від всеохопної класифікації традицій права або її разюча неузгодженість, що супроводжується відсутністю єдиних засад і критеріїв; ігнорування самостійних елементів у розвитку права, технічного боку правового розвитку; інтуїтивний та індивідуальний підхід у описі традицій права, який принци-

[2882] *Glenn H.P.* Legal Traditions of the World… P. XXV, 6–7, 13–15, 23.
[2883] Ibid. P. 6, 18.
[2884] *Glenn H.P.* On common laws. Oxford: Oxford university press, 2005. P. VII–IX, 143–144; *Кресін О.В.* Зрозуміти Патрика Гленна…

пово зменшує можливості для їх порівняльного пізнання; ігнорування різнопорядковості та ототожнення культурних та соціальних систем та ін.

Можна стверджувати, що аксіологічний підхід у порівняльному правознавстві в Україні достатньо поширений. Наприклад, як зазначають О.І. та Є.О. Харитонови у підручнику «Порівняльне право Європи», в Європі існують дві «локальні цивілізації»/«традиції права» — східно- і західноєвропейська, що відрізняються насамперед на ціннісному, культурно-релігійному, ментальному рівнях. Розвиток права, на думку авторів, є похідним від культурного розвитку цивілізації. Західноєвропейська традиція права «веде родовід від грецької та римської Античності», а східноєвропейська — це православні народи, які перебували під владою чи впливом Візантійської імперії[2885]. Є.О. Харитонов наголошує насамперед на ціннісному змісті «традиції права», колективній пам'яті, а також на інтуїтивному виборі предметів аналізу[2886]. О.І. Харитонова прикладає теорію цивілізаційних циклів до історії права, водночас поєднуючи її з ідеєю про стадіальний розвиток людства загалом[2887].

Значну увагу концептуалізації аксіологічно-цивілізаційного підходу приділив Х.Н. Бехруз. Він зазначає, що саме цивілізаційні «компоненти» відіграють «вирішальну роль у розумінні сутності та змісту тієї чи іншої правової системи», хоча «суто юридичні компоненти... є важливими»[2888]. Його бачення цивілізаційного підходу побудоване на критиці марксистського формаційного підходу як такого, що відображає насамперед «західні» історичні правові реалії, і є, отже, регіонально обмеженим. На думку Х.Н. Бехруза, цивілізаційний підхід, на відміну від формаційного, дає змогу подолати євроцентризм інших порівняльно-правових підходів, розглядати світовий правовий розвиток як поліваріантний, а усі правові системи — як унікальні та рівноцінні. Це, як зазначає вчений, сприяє виконанню однієї з головних функцій порівняльного правознавства — сприяння міжнародному порозумінню, діалогу між носіями різних культур, збереженню правового різноманіття[2889].

Евристичність цивілізаційного підходу, на думку вченого, полягає у тому, що «його використання у порівняльному правознавстві забезпечує об'єктивний розгляд не лише існуючих правових систем, а й правових

[2885] *Харитонова О.І., Харитонов Є.О.* Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. Харків: Одіссей, 2002. С. 3–4, 46, 49.
[2886] *Харитонов Є.О.* До питання про доцільність дослідження західної традиції приватного права українськими науковцями // Актуальні проблеми держави і права. 2004. Вип. 23. С. 35, 38.
[2887] *Харитонова О.* Циклічний розвиток європейської цивілізації як чинник рецепції античного права // Середньовічна Європа: погляд з кінця XX ст.: Матеріали міжнародної наукової конференції. Чернівці, 2000. С. 14, 16.
[2888] *Бехруз Х.* Основы цивилизационного подхода в сравнительном правоведении... С. 46.
[2889] Там само. С. 7, 27, 29, 36–37.

традицій, правових культур, правових менталітетів та різних підходів до праворозуміння, що є визначальним для функціонування правових систем». Також цивілізаційний підхід дає змогу «не лише зрозуміти механізм функціонування правових систем, а й робити певні прогнози щодо перспектив їх розвитку»[2890].

Х.Н. Бехруз вважає цивілізаційний та аксіологічний підходи тісно взаємопов'язаними, але окремими. Водночас ця теза у його працях детальніше не аргументована, а авторський виклад переконує в їх сутнісній нерозмежованості: «Аксіологічний підхід при розгляді ісламського права дає нам змогу реально оцінити місце і роль ісламу як релігії, цивілізації та основи права»[2891]. Фактично основним конституїтивним елементом обох підходів для автора є релігія, її вплив на правову культуру, правовий менталітет, праворозуміння.

На нашу думку, культуроцентричний підхід у порівняльному правознавстві досі перебуває на етапі свого становлення. Культурний детермінізм на практиці може призводити до зниження ролі юридико-технічного вивчення права, що зменшує достовірність результатів досліджень. Окрім того, уявлення про відповідність правового та культурного розвитку, на яке спираються представники цього напряму, не має достатнього обгрунтування. Також для нього характерна термінологічна невизначеність. Інтуїтивізм, що панує при феноменологічному розгляді окремих цивілізацій / традицій права, не є надійною основою для системно-структурного аналізу останніх. Цьому підходові бракує власне юридичного аналізу форм та способів впливу культури на правотворення та правореалізацію.

Проте культуроцентричний підхід не можна відкидати. Його доцільно переосмислити та застосовувати в комплексі з іншими підходами та методами. Можливо, головним його здобутком є висунення тези про важливість вивчення культурно-ціннісного контексту права (насамперед соціальних доктрин різних релігій), який, поряд з іншими чинниками, може визначати особливості розвитку правової системи. Це, з одного боку, розширює предметну сферу юридичної науки, дає змогу пояснити те, чому не міг дати ради функціоналізм. З іншого боку, культуроцентричний підхід відкрив обмеженість традиційного західного юридичного світогляду.

Нині можна спостерігати модифікації культуроцентричного підходу в напрямі його поєднання з більш традиційними напрямами соціологічної юриспруденції. Це дістало відображення, зокрема, у: раціональному поясненні та функціональній реконструкції розвитку впливу елементів культури та ідеологічних комплексів (наприклад, соціальних доктрин церков) на позитивне право; визнанні існування як традицій права, так

[2890] Там само. С. 7, 40.
[2891] Там само. С. 37; *Бехруз Х.* Исламские традиции права: Монография. Одесса: Юридична література, 2006. С. 40.

і правових сімей, створенні кількарівневих (наднаціональна традиція права — правова сім'я — правова система) типологізацій правових комплексів та ін.

Відбувається і суттєва трансформація функціоналізму в порівняльно-правових дослідженнях. Як зазначає О.В. Ткаченко, традиційні постулати функціоналізму в їх класичній формі в цих дослідженнях більше не відтворюються, сучасні вчені вважають недостатньою мірою відповідними багатогранній дійсності його презумпції (право відповідає на потреби суспільства; проблеми щонайменше є подібними, якщо не ідентичними, у різних правових системах); ці проблеми вирішуються у тотожний спосіб)[2892]. Як відзначає дослідник, одночасно умовою і результатом відродження активного теоретичного і методологічного пошуку в порівняльному правознавстві є усвідомлення недостатності й обмеженості класичного функціоналізму; у цьому процесі конструюються як некласичні варіації функціоналізму, так і «широка герменевтична методологічна парадигма» цієї науки, але розробленої альтернативи функціоналізму поки що не існує, для її появи необхідне нове осмислення самих засад — «формування власного філософсько-методологічного змісту порівняльного правознавства»[2893].

Загалом вважаємо, що функціоналістський та культуроцентричний напрями порівняльного правознавства, а також різноманітні варіанти їх поєднання чи трансформації:

— створили методологічні основи для «відкриття» світу не-європейських правових систем, пізнання їх не як недосконалих чи рудиментарних, а як рівноправних та самоцінних — інакших, заклавши підгрунтя для адекватного й неупередженого вивчення власного та зарубіжного права;

— розробили наукову теорію транснаціональних правових спільнот (правових сімей, традицій права), яка дала змогу пізнавати регіональні особливості національних правових систем;

— розширили уявлення про предметну сферу правової науки, включивши до неї раніше ігноровані джерела права та правові установи, а також, до певної міри, правову культуру;

— відкрили нову функціональну парадигму права, яка дала змогу пізнавати ефективність правових норм, відрізняти «живе» право від «мертвого», вивчати та порівнювати правові інститути та норми у правових системах з різними системами джерел права;

— визначили нову роль (правильно чи ні?) історії права в юридичній науці — пізнання минулого як традиції, що триває; порівняльне пра-

[2892] *Ткаченко А.В.* Энигма функционализма: некоторые размышления относительно происхождения, содержания и перспектив функционального метода сравнительного правоведения: Монография. Киев: Науковий світ, 2012. С. 103, 128.
[2893] Там само. С. 131–132, 161–162.

вознавство за своїм змістом дедалі більше стає, власне, історико-порівняльним.

Одним із найбільш динамічних напрямів у сучасному порівняльному правознавстві є філософський. Для нього характерний наголос на ролі порівняння як виміру осягнення права — одному з трьох існуючих (поряд з історичним і теоретичним), взаємодоповнюваності юридичних наук, методології юридичної компаративістики, ідеї систем порівняльно-правового знання, його якості й системності, ролі порівняльного правознавства у відкритті сутності явища взаємодії та ізольованості в праві, динаміки розвитку цього явища в умовах руху до цілісності світу[2894].

Яскравим представником цього підходу був П.Ф. Мартиненко, автор перших українських праць з філософії порівняльного правознавства. У своїх працях 1990–1991 рр. він визначав останнє як науку, що вивчає зв'язки та взаємодії різних правових систем, принципи їх типологічної спільності, елементи схожості та відмінності, спільного та національно-специфічного, порівнянності та непорівнянності, їх внутрішні типологічні тенденції. Порівняльне вивчення, на його думку, є третім «виміром» осягнення права — поряд з історичним і теоретичним.

Розглядаючи питання про природу порівняльного правознавства (наука чи метод), П.Ф. Мартиненко зазначав, що метод не існує сам по собі, а виражений у взаємозв'язку предмета дослідження і отриманих знань про нього, нерозривний з наукою. Він стверджував, що кожна з юридичних наук спирається на власний метод, а кожний метод належить до певної науки. Кожна наука розробляє проблеми свого методу, а сукупне знання про цей метод входить до складу відповідної науки. Тому П.Ф. Мартиненко вважав неприйнятною думку про те, що порівняльне правознавство є лише методом, але не може бути наукою. Такий погляд він вважав логічно незавершеним і неконструктивним. Лише в єдності порівняльно-правовий і порівняльно-типологічний методи як елементи порівняльно-типологічного підходу продукують особливу категорію порівняльно-правового знання у правознавстві. Порівняльно-типологічний підхід веде до специфічного порівняльно-типологічного пізнання й узагальнення, продукування нових знань про право на основі його типових моделей і співставного вивчення правових систем та їх елементів.

Тільки порівняльно-типологічний підхід дає змогу відкрити сутність явища взаємодії та ізольованості в праві, динаміку розвитку цього явища в умовах руху до цілісності світу. Таким чином, на думку П.Ф. Мартиненка, порівняльне правознавство — частина загальної системи науково-правового знання, яка виражає якісну специфіку порівняльно-типологічного пізнання. Три підходи — теоретичний, історич-

[2894] Див. зокрема: *Тихомиров А.Д.* Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы...; *Філософія* порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015 та ін.

ний, порівняльно-типологічний — позначають предметні галузі пізнавальної діяльності в праві і є основою категоріальної диференціації правових наук, логічної структури правознавства. Порівняльно-типологічний підхід розкриває поліваріантність права, будується за принципом сходження від співставлення до типологічного збігу і формує різні системи порівняльно-правового знання.

На думку П.Ф. Мартиненка, порівняльно-типологічний підхід може визначати подібне або аналогічне, але пояснити природу аналогічності неможливо без теорії держави і права; порівняльне правознавство орієнтується насамперед на опис порівнюваних правових об'єктів, а теорія держави і права — на їх пояснення. Одна і та ж предметна сфера може бути вивчена з позицій всіх трьох підходів і відображена у різних наукових системах. П.Ф. Мартиненко вважав (слідом за угорським компаративістом І. Сабо), що загальне порівняльне правознавство займає проміжне місце між емпіричним (порівняльно-правовими дослідженнями у галузевих юридичних науках) і теоретичним (загальною теорією держави і права) рівнями правового пізнання: воно засновується на емпіричних даних і доводить їх до рівня типологічного узагальнення та моделювання, а теоретико-правове знання використовує як свою методологічну основу, розвиваючи й збагачуючи її у певних напрямах.

З порівняльно-правових позицій П.Ф. Мартиненко оцінював загальносвітовий вимір розвитку права, процеси взаємовпливів у ньому, що, на його думку, ведуть не до створення єдиного світового права, а до накопичення загальнолюдських елементів і рис у існуючих правових системах, інтернаціоналізації їх змісту[2895].

Загалом можна говорити про методологічний плюралізм у сучасному порівняльному правознавстві, відсутність домінування якогось одного напряму та відкриті перспективи, пов'язані з трансформацією традиційних і появою нових напрямів.

* * *

У цій монографії ми виокремили теоретичні засади порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. З погляду історії політичних і правових учень їх можна розглядати як проблеми, конкретно-історичні відповіді на такі ж конкретно-історичні питання, що постали перед західно- і центральноєвропейськими вченими того часу. Зокрема, це проблеми: предмета і об'єкта порівняльно-правових досліджень, цілей порівняння права, ролі порівняння у формуванні загального вчення про право, організації / дисциплінарності загального і галузевого порівняльно-правового знання, формуван-

[2895] *Мартиненко П.Ф.* Порівняльне правознавство: онтологічний статус...; *Мартыненко П.Ф.* Целостность мира и сравнительное правоведение... Про це див.: *Кресін О.В.* Петро Федорович Мартиненко і його філософія порівняльного правознавства… С. 33–44; *Кресін О.В.* Мартиненко Петро Федорович… С. 192–200.

ня порівняльно-правової наукової картини світу та похідної від неї правової карти світу, засад взаємодії правових систем. Чи можна сказати, що ці проблеми стали наскрізними для порівняльно-правових досліджень протягом минулих двох століть? Безумовно, так.

Водночас конкретно-історичні відповіді на ці питання суттєво змінювалися. Так, для юридичного і соціологічного позитивізму, марксизму і функціоналізму предметом розгляду в порівняльно-правових дослідженнях було насамперед позитивне право (законодавство, звичаєве право, судове право, міжнародні договори, канонічне право), меншою мірою — соціальні доктрини церков, етичні системи та ідеологія. Нині ж частина вчених відстоює залучення до предмета таких досліджень елементів мислення про право. Основним об'єктом порівняльно-правових досліджень як протягом періоду, який ми розглянули, так і донині залишаються особливості національних правових систем, але до нього увійшли також інші типи правових систем — міжнародне право, право міжнародних організацій, транснаціональне право та ін.

Цілі порівняння права як протягом досліджуваного періоду, так і нині можна поділити на суто наукові (пізнавальні), ціннісні та практичні. Звичайно, нині вони більш конкретизовані. Наприклад, у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. проекти із зближення правових систем могли передбачатися лише теоретично, згодом рух за уніфікацію, уніформізацію, гармонізацію права став масовим явищем, із своїми теоретичними, методологічними, методичними розробками.

Питання щодо ролі порівняння у формуванні загального вчення про право завжди залишалося дискусійним і мало насамперед дві відповіді — індуктивну і дедуктивну. Частина вчених у різні часи відстоювала принцип формування теоретичного знання на основі визначених у результаті порівняльно-правових досліджень закономірностей, інші відстоювали теорію права як правильну — похідну від філософії. Для одних дослідників порівняльно-правовий підхід був провідним при формуванні теоретичного знання, інші зводили його до спеціальнонаукового методу, що не продукує теоретичних знань.

Суперечка щодо організації порівняльно-правового знання — в 1) окрему дисциплінарну систему порівняльно-правових дисциплін (порівняльне правознавство, порівняльна / загальна історія права, галузеві порівняльно-правові дисципліни), чи 2) порівняльне правознавство і сукупність порівняльного знання у межах галузевих юридичних наук (без інституціоналізації відповідних дисциплін у їх межах), чи 3) сукупність неінституціоналізованого порівняльно-правового знання у межах юридичних наук — триває вже понад два століття і, очевидно, триватиме й надалі. Об'єктивною і незаперечною в ній є лише наявність порівняльно-правових досліджень, що продукують специфічне порівняльно-правове знання. Те, що додалося до цієї суперечки, — це уявлення низки вчених про компаративізм як елемент юридичного мис-

лення, розвиток і поширення якого є цінністю набагато більшою, ніж дисциплінарне оформлення знань (О.Д. Тихомиров та ін.).

Протягом двох століть компаративісти пізнавали правову карту світу шляхом класифікації національних правових систем. Але і протягом першої третини XIX ст., і пізніше осмислення її теоретичних засад, що обіймаються поняттям «наукова картина світу», було лише фрагментарним — що може бути з певністю реконструйоване, але ніде не присутнє в цілісному і завершеному вигляді. Постановка проблеми щодо порівняльно-правової наукової картини світу в цілому відбувається лише нині.

Вчення про взаємодію правових систем — її характер, межі, форми, засоби і результати — еволюціонувало відповідно до розвитку теоретичних засад різних напрямів порівняльно-правових досліджень і практики такої взаємодії. Звичайно, питання щодо взаємодії національного права з міжнародним та правом міжнародних організацій почали розроблятися дещо пізніше. Можливо, відмінністю сучасних підходів є більший наголос на проблемах взаємодії нормативних (як правових, так і неправових) елементів внутрішнього і зовнішнього походження у межах національної правової системи.

Отже, можна стверджувати, що комплекс питань, який охоплюється поняттям «теоретичні засади порівняльно-правових досліджень», нині залишається практично тим самим, що й у часи свого становлення двісті років тому. Більше того, навіть значна частина відповідей на ці питання за своєю сутністю не змінилася. Чому? Розгляд цього питання заслуговує на те, щоби стати предметом окремого дослідження.

Висновки

1. Вивчення еволюції порівняльно-правових досліджень має тривалу історію (близько 180 років) і стало окремим предметом уваги вчених вже понад століття. До середини XX ст. можна говорити про окремі сплески зацікавлення цим предметом, опісля — про постійне збільшення кількості досліджень, а протягом останньої чверті століття — про їх кардинальне кількісне та якісне зростання. За останні понад сто років можна спостерігати формування загальноприйнятої моделі відповідних наукових праць, постійне відтворення і вдосконалення якої супроводжувалося недостатнім зверненням до джерел, а також ігноруванням чи фрагментарним аналізом ранньої історії порівняльно-правових досліджень та їх теоретичних засад. Це призвело до усталення необгрунтованих тверджень щодо пізнього (у другій половині XIX чи на початку XX ст.) становлення останніх. Поширення нових жанрів наукових праць у цій сфері та звернення уваги вчених на ранню історію порівняльно-правових досліджень (аналіз окремих періодів, еволюції у межах окремих країн, ідей та праць окремих учених, інституціоналізації, теоретико-методологічних аспектів дослідження історії порівняльного правознавства), починаючи з 90-х років XX ст., суттєво збагатили базу для вивчення розвитку юридичної компаративістики, але поки не привели до широких узагальнень і перегляду усталених історичних схем. Аналіз історіографії дає змогу здійснити класифікацію представлених у ній підходів до виникнення та трансформації порівняльно-правових досліджень на: філософсько-світоглядний, теоретичний та методологічний, інституційний, зовнішній.

2. Основними сюжетами історіографії передісторії та історії порівняльно-правових досліджень є характеристика окремих їх періодів. Незважаючи на строкатість оцінок учених, вони погоджуються, що елементи порівняльного аналізу, насамперед як елемент юридичної техніки, почали використовуватися ще в Стародавньому світі, але протягом століть залишалися одиничними, принагідними, ізольованими (не мали безпосередньої спадкоємності), синкретичними (не відокремлювалися від інших сфер та видів пізнання), не мали розвиненої методології та самостійних теоретичних засад, але містили елементи компаративістського ставлення до права. Водночас щодо періодів починаючи з Відродження та Реформації вчені погоджуються щодо: зростання кількості порівняльно-правових досліджень, появи в них елементів критич-

ного аналізу, релятивізму та історизму, початку осмислення особливостей використання порівняльного методу в правовому пізнанні.

Друга половина XVIII — перша третина XIX ст. залишаються малодослідженим періодом еволюції порівняльно-правових досліджень, що визначається авторами здебільшого через зовнішні умови та чинники (становлення національних правопорядків, соціально-економічні зміни, трансформації у філософії, вплив активного розвитку порівняльної методології в інших науках). Лише протягом останніх десятиліть зроблено кроки до вивчення власне розвитку порівняльно-правових досліджень протягом цього періоду, в результаті чого доведено: їх суттєве поширення, формування наукових шкіл з чітко визначеними порівняльно-правовими програмами, переважну орієнтацію досліджень на ідентифікацію національного права та його особливостей, перехід до переважно міждержавного порівняння, початок перетворення порівняльно-правових досліджень на спеціалізовану сферу в межах юридичної науки, дискредитацію дедуктивних підходів протягом цього часу і поширення історизму, появу перших елементів інституціоналізації порівняльно-правових досліджень.

Також автори синтетичних нарисів переважно погоджуються в тому, що протягом цього часу: теоретичні та методологічні засади порівняльно-правових досліджень практично не розроблялися, відповідні одиничні розробки не знаходили розуміння та визнання юристів; компаративісти становили вузьке коло осіб, суттєво не впливали на розвиток юридичної науки. Проаналізовані багатьма дослідниками у межах спеціальних сюжетів (аналіз ідей П.Й.А. Фейербаха, історичної школи права, історико-філософської школи, розвитку порівняльно-правових досліджень поза Німеччиною та їх інституціоналізації) матеріали, особливо протягом останніх десятиліть, дають підстави заперечити останні твердження, але поки що вони загалом не були піддані сумніву. Наслідком недостатності використовуваної вченими джерельної бази та браку безпосереднього ознайомлення з нею є домінування звуженого та викривленого розуміння розвитку порівняльно-правових досліджень другої половини XVIII — першої третини XIX ст. Це ж стосується вивчення еволюції останніх протягом другої третини XIX ст., що без достатніх аргументів проголошується періодом їх стагнації чи навіть занепаду.

3. У даному дослідженні виявлено основні підходи до визначення об'єкта у контексті дослідження становлення теоретичних засад порівняльного-правових досліджень, історії політичних та правових вчень, історії науки — кумулятивний і не-кумулятивний — і обгрунтовано доцільність їх поєднання. Об'єктами дослідження є: 1) відтворення, на основі реконструкції та систематизації ідей та дискусій другої половини XVIII — першої третини XIX ст., цілісного розвитку комплексу теоретичного порівняльно-правового знання; 2) визначення ролі та значення

порівняльно-правового знання у становленні та диференціації юридичних наук протягом цього періоду; 3) відтворення наукової порівняльно-правової картини світу в контексті кризи метафізичної картини світу класичної філософії.

4. На основі осмислення основних підходів до визначення предмета дослідження у контексті теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, порівняльного правознавства, науки загалом (у наукознавстві), історії політичних і правових учень, історії суспільних і гуманітарних наук, історії юридичної науки предмет даного дослідження можна визначити як формування та внутрішню історію теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. — як 1) сфери інтелектуального пошуку і водночас комплексу теорій, концепцій та понять щодо природи порівняльно-правового знання, його предмета, об'єктів, цілей, дисциплінарної організації, місця в дисциплінарній структурі юридичних знань, що 2) одночасно відображають особливі світоглядні настанови, результати емпіричного порівняльного пізнання та загальний теоретичний розвиток юридичних наук у певних історичних, географічних, культурних, групових та інших межах, але 3) виокремлені у відносне ціле в результаті узагальнення і теоретизування та мають значення узгодженого у цих межах фундаментального знання, що сприймалося вченими цього періоду як достовірна і об'єктивна основа розвитку наукових і науково-практичних програм, формулювання загальних і спеціальних теорій нижчого рівня.

5. Хронологічні межі дослідження визначено на основі застосування підходів, запропонованих у історіографії, до узагальненого змісту принципово розширеного кола джерел. Передумови становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень сформувалися протягом XVI–XVIII ст. Саме ж становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень відбулося у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. Завершення цього і початок наступного періоду пов'язані з: 1) кризою основних наукових шкіл, розщепленням і трансформацією їх програм; 2) зародженням і швидким поширенням нових шкіл; 3) суттєвою зміною ареалу розвитку порівняльно-правових досліджень та дисциплін; 4) соціальною кризою, осмислення якої піддало сумніву самодостатність концепції національного права як однієї з ключових для тогочасних порівняльно-правових досліджень. Також слід зважати на принцип розумної достатньості — обраний період дає змогу комплексно розглянути обраний предмет у його виникненні, діалектичному переході від одного ступеня розвитку до іншого.

6. Світоглядною засадою дослідження є соціологічний різновид позитивістського праворозуміння, що виключає з системи методів пізнання будь-які метафізичні пізнавальні засоби, надає їй виразно діалектичної сутності та переважно дескриптивного, індуктивного характеру.

Предметно орієнтованим і водночас уточнюючим елементом цього праворозуміння виступає філософія компаративізму як емпірично орієнтований, історичний, соціальний, плюралістичний, просторовий світогляд. Основними методологічними підходами є порівняльно-правовий і проблемно-тематичний. Дослідження спирається на комплекс філософських, загальнонаукових методів та пізнавальні засоби окремих наук (історії права, історії політичних і правових учень, історії та соціології науки, історії порівняльного правознавства і порівняльно-правових досліджень як сфери наукового пізнання).

7. Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень неможливо уявити без вирізнення їх предмета та об'єкта. Однією з визначальних передумов становлення предмета порівняльно-правових досліджень була генеза предмета юридичних наук взагалі. Дуалізм останнього протягом століть (природне і позитивне право) відображав синкретичність загального вчення про право з філософією, припускав не лише несамоцінність наявних позитивних правопорядків, а й випадковість їх особливостей, підкоряв їх плюралізм моністичному метафізичному еталону. Відповідно здійснення порівняльно-правових досліджень таких випадкових явищ між собою не мало сенсу, а інформація про зарубіжне право могла мати вузьке практичне значення чи слугувати ілюстрацією до апріорних юснатуралістичних схем.

8. Сутністю поступової трансформації розуміння предмета правознавства з часів Реформації до Просвітництва була насамперед секуляризація природного права, що давало змогу його пізнання засобами філософії поза теологічною догматикою, а також визнання автономії людської волі в праві, що збільшувало значення позитивного права як сфери людської раціональності. Але лише у XVIII — на початку XIX ст. було проголошено неуніверсальний, неметафізичний, неправовий характер природного права, яке є породженням людської думки, його виведено за межі предмета правознавства. Природне право було позбавлене будь-якого позитивного змісту і стало розглядатися як негативне (визначає межі права) або як узагальнення позитивного права. Ексклюзивність позитивного права (наявного, емпірично пізнаваного) перетворила національні правопорядки на самодостатній предмет дослідження, дала змогу розглядати їх як прояви людського правового досвіду, а їх різноманіття — як невипадкове і стале явище, яке потребує наукового осмислення.

9. Процес трансформації суб'єктної сфери права та об'єкта юридичних наук також був тривалим, він розпочався у XVI ст. з визнання автономії соціальної сфери буття людини та виокремлення світської етики людських відносин, що не співпадали з доктриною католицької церкви. Це поступово реалізувалося в ідеях соціальної інтеграції, формами якої є, зокрема, суспільство і держава, а також автономії соціального (створеного суспільством, у тому числі інституалізованим у державу, та група-

ми у його межах) права. Ідеї територіальності суспільств, їх локалізації у просторі були передумовою визнання соціального і правового плюралізму в світі, рівності соціальних правопорядків. Поступове переростання соціальної філософії у соціально-політичну і соціально-правову за своєю сутністю, пов'язане з формуванням ідеї державоцентризму правового розвитку, виражається в ідеї поглинення державою суспільства, робить її та її право тотальними, але й нестабільними, позбавляючи сталого зв'язку з їх соціальною основою.

Новим суб'єктом правового розвитку поступово було визнано націю, а об'єктом юридичної науки стає національний правопорядок. Ідея нації як функціонального співтовариства, за своїм персональним і територіальним охопленням тотожного суспільству, вольове державотворення і правотворення якої спирається на тривалу історичну традицію і є одним із виражень органічного і духовно-культурного розвитку, колективної раціональності, остаточно поглинає в собі особу, поєднує суб'єктивну і об'єктивну волю, легітимує національні державу і право і одночасно стверджує рівність і плюралізм правопорядків.

Цьому ідейному розвитку відповідає процес становлення доктрини приватного і публічного національного права, а також соціалізації доктрини міжнародного права у XVI–XVIII ст., що засновувався, зокрема, на розширеному тлумаченні та інтерполяції доктрини римського права, її поєднанні із звичаєвим правом, а також юридизації світської етики соціальних відносин, а його принциповою засадою стало договірне узгодження індивідуальних воль. Доктрини національного публічного права і міжнародного права виступили як два боки ствердження соціальності й територіальності національних правопорядків, їх самодостатності, рівності, множинності та сутнісної єдності як ексклюзивної одиниці плюрального правового розвитку, окремого в праві.

10. Підсумком трьохсотлітнього розвитку суспільної думки в Європі (XVI — кінець XVIII ст.) стало руйнування ідеї теоцентричного ієрархічного світу та утвердження нового, соціального світогляду — світського, горизонтального, плюралістичного і компаративістського за своєю сутністю, основними суб'єктами якого стали утворені на основі раціональної чи ірраціональної волі людей соціальні об'єднання — суспільства, нації, держави. Моністичний і тотальний світ поступово розпався на найдрібніші вольові монади — індивідів, які на його уламках сконструювали новий світ соціальних політичних і правових тотальностей, рівних і суверенних в силу наділення їх рівною і суверенною волею через позитивний суспільний договір (суспільство, держава) та суспільну свідомість (нація).

Народився світ особливостей і відмінностей, що не міг бути пізнаний ані метафізичною філософією, ані природно-правовою чи догматичною правовою думкою. Методології, засновані на підходах теософії, філософії, природничих і технічних наук, виявилися недостатніми для пізнан-

ня цієї нової соціальної (в тому числі соціально-правової) позитивної реальності, що остаточно матеріалізувалася після Французької революції та наполеонівських воєн. І саме ця когнітивна криза привела до формування (докорінної трансформації) позитивних суспільних наук у цілому й утвердження трансформованого правознавства як позитивної суспільної науки зокрема. Одним із конституїтивних елементів, що міг забезпечити її єдність в умовах банкрутства філософського монізму, мало стати порівняльно-правове знання.

11. Шлях до опанування нових предмета і об'єкта правознавства — порівняльне пізнання позитивної соціальної дійсності — був уже апробований раніше в науках про людину. Зокрема, у анатомії порівняльний підхід привів до універсалізації її предмета, усвідомлення неунікальності людської природи, дав змогу здійснити класифікацію організмів на види, а також виявив дві моделі організації отриманого порівняльного знання — як однієї з основ науки і як спеціальної порівняльної дисципліни у межах науки як комплексу наукових дисциплін. У другій половині XVIII — на початку XIX ст. порівняльний підхід розглядався як один з основних засобів трансформації всіх наук, у тому числі гуманітарних та суспільних, засадою розвитку яких стало переконання у окремішності соціальної природи людини, сутністю якої є свобода, самостановлення (не-субстанційне та історичне), різноманіття. Це послідовно реалізувалося, зокрема, у мовознавстві та історії, їх засадами стали: відмова від телеологічних і абстрактних тверджень, поєднання історичного і порівняльного підходів, єдині критерії оцінки явищ, виявлення взаємодій, класифікація. Наслідком цього стало формування таких дисциплін, як порівняльне мовознавство та загальна (всесвітня) історія.

12. Порівняльно-правові дослідження безпосередньо виростають з державознавства (статистики), що бурхливо розвивалася у першій половині XVIII ст., порівняльний характер і підходи якої наголошувалися і привели також до концептуалізації окремої дисципліни порівняльного державознавства (порівняльної статистики), а до предмета включалися суттєві елементи і контекст функціонування публічного та приватного права. Найяскравішим і найвпливовішим відображенням становлення передумов для появи порівняльно-правових досліджень стали праці Монтеск'є, який здійснив масштабний синтез позитивного права та правової думки різних народів, наголосив на обумовленості та нездоланності різноманіття правопорядків, запропонував оригінальне бачення класифікації та взаємодії національних правопорядків, а також окремого, особливого і загального в правовому розвитку. Осмислення праць Монтеск'є стало основою для свідомого здобуття і концептуалізації порівняльного знання у правознавстві.

13. У другій половині XVIII — у першій третині XIX ст. було сформовано вчення про цілі порівняльно-правових досліджень — наукові, ціннісні й практичні. До наукових цілей можна віднести: ідентифікацію

своєрідних елементів національного права та його оцінка, формулювання особливого в праві та класифікацію правопорядків, визначення загального в праві. Ціннісні цілі зводилися до сприяння порозумінню, поглиблення гуманістичного світогляду, убезпечення від ідей національної виключності та зверхності. Серед практичних цілей можна виокремити: змістовне або формальне конституювання національного права; узгодження елементів складного національного правопорядку; сприяння вдосконаленню національного права за допомогою запозичення зарубіжних правових моделей, забезпечення використання іноземного права в приватно-правовій сфері та міжнародних економічних відносинах.

14. Друга половина XVIII — перша третина XIX ст. — період остаточного відокремлення юридичного знання від філософії і формування на його основі позитивної, суспільної, емпіричної юридичної науки. Вчені однозначно визнали автономію науки про позитивне право, включно з формуванням власної системи понять на основі емпіричних досліджень, а також заперечили можливість природного права як власне права — через що історико-філософський та історичний напрями юридичної думки можна визнати різними боками раннього становлення позитивізму. В їх ученні відбулося поєднання емпіричного юридичного знання і правової доктрини, юридична наука була визнана окремою сферою діяльності юриста. Було також визнано, що предмет юридичної науки виходить за межі національного правопорядку і охоплює різноманіття правопорядків та їх взаємодію, вона сама на основі емпіричного пізнання створює загальне вчення про право. Тому порівняльно-правовий підхід став неуникненним, його значення для побудови юридичного знання було широко визнано і концептуалізовано та не викликало заперечень.

15. Поряд з ідеєю цілісності юридичної науки в досліджуваний період розвивалося й вчення про її диференціацію, розгляд її як комплексу наукових дисциплін, зокрема галузевих, загального позитивного правознавства та позитивної філософії права. При цьому частина вчених наполягала на порівняльному характері знання у межах загального позитивного правознавства чи прямо ототожнювала його з порівняльним правознавством. У цьому контексті можна стверджувати плюралізм організації порівняльно-правового знання в цей час — і як основи загального вчення про право в межах творення відповідної йому наукової дисципліни, і як однієї чи комплексу наукових і навчальних дисциплін — порівняльного правознавства, порівняльної історії права, порівняльних галузевих юридичних дисциплін.

16. Порівняльне правознавство було вперше визначене як теоретико-методологічний підхід у 1800 р., а як наукова дисципліна — у 1810 р., і свідомо розроблялося протягом досліджуваного періоду — переважно німецькими, але й іншими вченими. Порівняльне правознавство роз-

глядалося як одна з основних загальноправових дисциплін (поряд з історією (та/чи енциклопедією) і філософією права), предметом якої є національні правопорядки та процеси їх взаємодії, а об'єктом — тенденції їх розвитку, визначення окремого, особливого і загального в їх елементах, що є основою для формування загального вчення про право, понять і концепцій, створення теоретико-методологічних засад для галузевих юридичних наук, право-країнознавчих дисциплін і філософії права.

Невизнання багатьма ученими минулого і сучасності формування порівняльного правознавства як науки у першій третині XIX ст., ідеї щодо його «ембріонального» чи «допарадигмального» періоду засновуються, на нашу думку, на оперуванні вузьким колом джерел та презумпції раннього формування інших юридичних наук, від яких воно та інші порівняльно-правові дисципліни могли чи не могли відокремитися. Аналіз значно ширшого кола джерел, ніж те, яким користувалися до цього вчені, дає підстави стверджувати існування, попри тривалі уточнюючі дискусії, єдиних теоретичних засад порівняльно-правового мислення, що спиралося на значний масив порівняльно-правових досліджень, логіку і мотивацію вчених щодо організації порівняльно-правового знання у низку порівняльно-правових дисциплін, і насамперед у порівняльне правознавство. Питання про формування порівняльного правознавства вирішувалося практично одночасно з дисциплінарним становленням таких дисциплін, як історія права, філософія права, а також принциповою трансформацією енциклопедії права, причому частково тими ж ученими, які формували засади цих наукових проектів, а тому усвідомлювали межі й кореляцію цих дисциплін і порівняльного правознавства. Принципи виокремлення, одночасно функціонального і дисциплінарного, порівняльного правознавства були подібними до інших порівняльних дисциплін, таких, як порівняльна анатомія, порівняльне мовознавство та ін., які посіли й посідають досі значне місце в організаційній структурі наукового знання.

17. Виникнення порівняльної (загальної) історії права пов'язане з вимогою тогочасних учених щодо універсалізації предмета історії права, що активно формувалася в той час, а також поступовим виокремленням політико-правової проблематики в межах загальної (всесвітньої) історії протягом XVIII — початку XIX ст. Сучасний рівень розробки джерел дає підстави датувати появу цієї дисципліни щонайпізніше 1818 р. Порівняльна історія права в її тогочасних концептуалізаціях визначалася насамперед як окрема юридична (а також порівняльна та історична) наука, що формується на стику історії права, філософії права, порівняльного правознавства, має здобувати і узагальнювати, насамперед на основі порівняльного та хронологічного аналізу, знання про історію і сучасний стан права та правової думки різних народів, що є підставою для вироблення та уточнення понять, пізнання сутності правових явищ.

18. Формування порівняльного підходу в галузевих юридичних дослідженнях та відповідних наукових і навчальних дисциплінах відбувалося протягом тривалого часу і чітко виокремлюється принаймні з початку XVIII ст., перша відома його концептуалізація відбулася у 1800 р. Можна стверджувати дуже активний розвиток цього підходу, в тому числі як засади виокремлення комплексу галузевих порівняльно-правових навчальних дисциплін, протягом першої третини XIX ст., проте наявні джерела не дають підстав однозначно стверджувати свідоме формування теоретико-методологічних засад відповідних наукових дисциплін. Це питання залишається відкритим і вимагає спеціальних досліджень.

19. Найважливішим проявом порівняльно-правового мислення вчених-юристів, незалежно від його втілення в тій чи іншій науковій дисципліні, стало формування на тлі банкрутства універсалістських правових ідеологій того часу неметафізичної наукової картини світу — окремого, особливого і загального в правовому розвитку. Основою цієї наукової картини стала концептуалізація правової карти світу, що формується виключно з національно-державних правопорядків як окремих одиниць, територіальних і тотальних за своїм охопленням. Протягом досліджуваного періоду було розроблено дві теорії національно-державного права — соціально-вольову і органічну, що у суттєвих моментах поєднувалися як формальний і змістовний боки єдиного вчення і водночас корелювалися теорією щодо своєрідності окремого в праві.

20. Соціально-вольова теорія національно-державного права була заснована на вимозі територіально-суб'єктної відповідності правопорядку громадянському суспільству, нації та державі, їх ототожненні щодо сучасного розвитку права, попри їх історичне і функціональне розрізнення, переконанні, що завдяки державі національне право набуває остаточної і виразної інституційної форми і територіальності. Саме територіальність національно-державних правопорядків давала змогу виключно з них конструювати правову карту світу; соціальність волі та державність давали змогу об'єктивувати правопрядок та знімали в собі особу як суб'єкта права і її суб'єктивне право, перетворювали національне право на окрему одиницю правового розвитку; також соціально-вольова природа права давала змогу проголошувати тотожність наявного з належним, що означало самодостатність та ексклюзивність позитивного правопорядку; вимога державності для національного правопорядку остаточно відокремила право від інших соціальних регуляторів; розгляд національно-державних правопорядків як заснованих на соціальній волі дав змогу розглядати їх як рівноцінні.

21. Органічна теорія також розглядала національне право як одиницю правового розвитку, тотальність, що знімає в собі особу та її суб'єктивне право. Вона засновувалася на розгляді нації як природної популяції, водночас наділеної низкою соціальних і етнокультурних характе-

ристик та соціо-психологічною єдністю. У межах такого бачення правотворення є частиною життя нації й весь час супроводжує її розвиток незалежно від державотворення, хоча останнє й розглядається як ознака її зрілості. Це не заперечує ідеї соціальної волі, але робить останню похідною і детермінованою, одним з проявів і наслідком життєдіяльності нації, а не її конституантою, відмовляє соціальній волі й державі у самоцінності, підпорядковує собі останню. Органічна теорія більш послідовно створювала підстави для розгляду національних правових досвідів як рівних за своїм характером та індивідуальністю, а відповідних національних правопорядків — як невипадкових й тривалих у часі явищ. Водночас органічна теорія більшою мірою передбачала не лише формальну самостійність, а й змістовну неповторність національного правового досвіду, розглядала його у нерозривній єдності з духовним і культурним покликанням та розвитком нації.

22. Формальна окремішність національного правопорядку, визначена, з одного боку, волею національного суспільства, а з іншого — міжнародним правом, не пояснювала змістовну нетотожність правопорядків — адже вони могли б розглядатися як суто утилітарні, функціональні відокремлення загального для всіх людей права (незалежно від його походження та характеру — божественого, природного, розумного). Поставало питання про змістовну індивідуальність (своєрідність) кожного національного правопорядку — його унікальні елементи та особливості його загальних (поширених більш як в одному правопорядку) елементів.

Уявлення про своєрідність національного права спиралося насамперед на органічну теорію національного права, було похідним від неї, наголошуючи сутнісну роль саморозвитку в еволюції народу. Протягом досліджуваного періоду вчені висунули тезу щодо несамодостатності впливу незмінних природно-кліматичних умов і значною мірою похідних від них потреб і господарства народів, що виступають як рамки можливого в процесі розвитку народу, чия культура і самосвідомість пізнають ці обмеження і протиставляються їм. Суспільне життя розглядалося як вільне, самодетерміноване, а право — як його невід'ємний елемент у межах культурної традиції, прояв її усвідомлення і осмислення.

Принциповими засадами розуміння своєрідності в праві тогочасними вченими були: історичність своєрідних елементів у національному праві, що визначається суспільним розвитком у конкретних умовах, цілком або здебільшого відмовляючи їм у субстанційності; неможливість, принаймні щодо своїх суспільств та держав, існування абсолютно автохтонного права в сучасному світі, несамодостатність своєрідного, а також в принципі відкритість правових систем до взаємодії; залежність розширення чи звуження сфери своєрідних елементів у національному праві від волі суспільства та інших чинників, можливість альтернативних варіантів розвитку цієї сфери; неможливість цілковитого позбав-

лення національного права його своєрідних елементів без припинення його існування, їх необхідність.

23. Проголошення тогочасними вченими ексклюзивності окремих (національних правопорядків) на правовій карті світу супроводжувалося принциповим переосмисленням сутності та ролі загального в праві. Банкрутство ідей щодо можливості формалізації будь-якого загального в праві у вигляді окремого правопорядку було осмислене і проголошене багатьма вченими другої половини XVIII — першої третини XIX ст., які вказували на відсутність нормативного простору для нього в умовах визнання територіальності й суверенітету держав, а також на його непридатність — адже для кожної конкретної нації цей спекулятивно сконструйований правопорядок виявиться нічиїм та чужим одночасно. Це демонстрували тогочасні оцінки можливості позанаціонального правопорядку, що виявилися в поглядах на природу міжнародного права та домінування одних народів над іншими. Вчені дійшли висновку щодо неможливості формалізації загального в праві поза рамками національних правопорядків: домінування є завжди сутнісно, територіально, соціально обмеженим, приводить до обмежених змістовних змін, але не може подолати окреме без його повного знищення, а міжнародне право виступає як зовнішнє ствердження національно-державного правопорядку і має лише конкретно-національне матеріальне вираження. Загальне в праві, на думку тогочасних учених, мало втілюватися у самих національно-державних правопорядках, а поза ними могло бути лише процесуальним.

24. В умовах загальної конвенції тогочасних учених щодо нездоланності й тотальності форми окремого — національного правопорядку — пошуки загального в праві виявилися в спробах осмислення змістовних подібностей у розвитку правових систем через ідеї їх змістовної тотожності чи відносної змістовної подібності. Зокрема, протягом досліджуваного періоду вчені дійшли висновку щодо неможливості змістовної тотожності правових систем, а також єдиного інваріантного прогресу в правовій сфері, який завжди обумовлений насамперед низкою особливостей і чинників конкретних суспільств у конкретний час. Відповідно немає і не може бути універсально придатного позитивного права, що могло би бути сприйняте всіма правовими системами.

Менш радикальною, ніж уніформність, і більш прийнятною для тогочасних учених виявилася ідея відносної змістовної подібності правових систем. Йшлося про те, чи можлива, за умов множинності й некоординованості змісту національних правових систем, сутнісна єдність і стадіальність світового розвитку принципів позитивного права. Вчені визнали обмежену придатність, відносність ідеї такого розвитку — як однієї з іманентних тенденцій до доктринальної конвергенції (поряд з тенденцією до збереження та поглиблення індивідуальності), піддавши критиці її можливі телеологічні імплікації. Засадами такого бачення

були ідеї щодо того, що загальне в праві, яке не має власної форми, співвідноситься лише із своєрідним у рамках окремого (національного права), а передання соціального правового досвіду є історичним і конкретним — від одного окремого до іншого.

25. Іншим підходом до вивчення загального в праві протягом досліджуваного періоду стало вчення про діалог правових систем. Учені виокремлювали дві взаємопов'язані, але відмінні сфери цього діалогу: в межах національних правових систем та між ними. Внутрішній діалог, що спирався на ідею несамодостатності своєрідних елементів національного права в тогочасному світі, полягав у виокремленні, ідентифікації та усвідомленні певних елементів як змістовно загальних (а їх форма завжди національно-своєрідна). Окрім того, сукупність загальних та унікальних елементів національного права не є простою сумою, являє собою боротьбу і баланс, а результат і його складові, отже, можуть бути визначені лише апостеріорі. Діалог ставав внутрішньою взаємодією виокремлених і усвідомлених своєрідних і загальних елементів, а вчені чи правотворці залежно від своєї позиції могли робити вибір на користь пріоритетного розвитку перших, других або обох — з розумінням неуникненності внутрішнього плюралізму будь-якого національного правопорядку.

Концепція зовнішнього діалогу правопорядків передбачала узагальнення процесів виникнення подібностей у праві в результаті запозичення, кореляції та суперництва правопорядків. Хоча загальний елемент може виходити з єдності біологічної, фізичної, антропологічної природи людини, але він, на відміну від цієї природи, розвивається і трансформується у процесі людської взаємодії в суспільстві та між суспільствами. Вчені погоджувалися в тому, що при взаємодії окремих між собою вони виступають як цілісні (єдності загальних і своєрідних елементів), а результатом такої взаємодії є зростання ролі й обсягу загальних (поширених у більше ніж одному окремому) елементів, що, тим не менше, не втрачають свого іманентного (у межах національних правопорядків) характеру. Загальне у концепції зовнішнього діалогу перестає сприйматися як всезагальне і незворотнє, натомість як конкретно-соціальне (поширене у певному обмеженому колі правопорядків) та мінливе, як змінна сукупність взаємодій, що є насамперед не матеріальною, а процесуальною реальністю і може бути матеріалізована поза національними правопорядками лише у науковому тексті — як аналітична єдність. Водночас розвивається ідея процесуального характеру національної своєрідності в праві — як особливостей діалогу з іншими, участі у творенні епохи.

Визнання вченими неминучості національного різноманіття та нетотальності, нетрансцендентності, нематеріальності, процесуального та іманентного характеру соціального загального в праві ставило своє національне право в діалог з іншими. Цей діалог міг мати пере-

важно позитивний (обмін досвідом) чи негативний (чуже є негативним ідентифікатором свого) характер. Але акценти і наголоси не змінювали визнання того, що це є не два діалоги, а лише два боки одного діалогу, результатом якого є сприйняття сторонами (правотворцями та вченими) окремих елементів чи принципів права — загальне є конвенційним.

26. Протягом досліджуваного періоду було сформувано загальну теорію взаємодії правових систем. Засади концепцій у цій сфері є сумісними, а найбільш принципові з них співпадають: розуміння сучасних правопорядків як відкритих, визнання неуникненності їх взаємодії й більшої чи меншої користі від неї; визнання наявності подібних проблем у різних правопорядках і відповідно припущення існування досконаліших моделей їх вирішення, що можуть бути запозичені; припущення можливості перенесення елементів права від одного правопорядку в інший без втрати їх змісту; ідея добровільної й обмеженої рецепції, що виходить з усвідомлених потреб суспільства-реципієнта та сумісності правопорядків; вимога адаптації форми запозичених елементів і кореляції їх змісту для забезпечення відповідності умовам суспільства-реципієнта; презумпція формування іманентного загального в праві в результаті історичної, конкретної, постійної взаємодії правопорядків. Окрім того, було розроблено узгоджений комплекс сталих базових концептів у цій сфері.

27. Протягом досліджуваного періоду вперше була розроблена ідея соціального особливого в праві як елемента компаративістської наукової картини світу, що стало закономірним, випливало із суперечності між апріорним проголошенням загальності правового розвитку і вивченням конкретних механізмів взаємодії правових систем, а також із суперечливості визначення меж етнокультурних традицій народів, що не співпадають з кордонами держав, виявлення нерівноцінних зв'язків між різними національними правопорядками.

Було розвинено теорію сім'ї правових систем як середньої і водночас максимальної можливої об'єктивної одиниці між національним правопорядком і загальнолюдським правовим розвитком, що є внутрішньо пов'язаним феноменом, існування якого матеріалізується у вигляді особливих іманентних елементів у складі національного права. Це особливе в праві, згідно з поглядами тогочасних учених, можна визначити як суму суттєвих елементів і взаємодій, що склалися історично і є загальними для певної групи правопорядків. Проблематика особливого в праві та класифікації правовопорядків низкою вчених уже була виокремлена як сфера наукових знань.

Найбільш розробленим підходом до визначення і класифікації особливого в праві був мовно-культурний, засадами якого стали: презумпція відповідності мовно-комунікативного, духовно-культурного і правового розвитку, на основі чого теорію мовних сімей було перенесено до

юридичної науки як теорію правових сімей; розгляд правової сім'ї як одиниці правового розвитку, що за своїми характеристиками наближається до національного правопорядку; твердження про формування правової сім'ї в результаті розділення єдиного народу з його єдиним правом на певному етапі історичного розвитку, збереження його основних характеристик і вектору розвитку похідними від нього народами та їх правопорядками; уявлення про правову сім'ю як відносно культурно відособлений простір постійної внутрішньої правової взаємодії (взаємного запозичення, конвергенції, координації), що не переростає у цілісний наднаціональний правопорядок.

Окрім мовно-культурного підходу, в основу визначення окремого в праві були покладені інші критерії, але відповідні ідеї виявили свою непослідовність, а також субсидіарність щодо теорії правових сімей — кожна з них підтримувалася лише частиною вчених, вони не мали достатньо розвинених і відносно несуперечливих теоретичних засад, завжди виступали у працях учених разом з поділом на правові сім'ї. Їх об'єднує пошук одиниці правового розвитку, ширшої за правову сім'ю, який протягом досліджуваного періоду не був успішним і не супроводжувався конвенцією вчених.

28. Передумови становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень формувалися поступово і в контексті становлення тогочасної юридичної науки. Виникнення порівняльно-правових досліджень як цілеспрямованої діяльності вчених-юристів зумовлювалося утвердженням цих теоретичних засад, банкрутством метафізичних засад правознавства та основних універсалістських правових ідеологій, становленням національно-державних правопорядків у Європі, а також впливом розвитку порівняльного знання в межах інших наук. Протягом досліджуваного періоду сформувався плюралізм організації порівняльного знання — як основи загального вчення про право, а також комплексу компаративістських наукових і навчальних дисциплін — порівняльного правознавства, порівняльної історії права, галузевих порівняльно-правових дисциплін. Для всіх них були характерні єдині теоретичні засади здобуття, узагальнення і застосування порівняльно-правового знання. Принципові підходи до останнього в працях основних тогочасних наукових шкіл були не лише сумісними, але й взаємодоповнюваними, виступали як різні боки одного й того ж явища. На основі теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII — першій третині XIX ст. було концептуалізовано компаративістську наукову картину світу права, елементами якої є правова карта світу, вчення про окреме, загальне та особливе у правовому розвитку, своєрідні та загальні елементи національних правових систем, внутрішню і зовнішню взаємодію в праві, класифікацію правових систем. Комплексність, послідовна реалізація, запропоновані та інституалізовані форми організації знання свідчать про те, що протягом другої поло-

вини XVIII — першої третини XIX ст. відбувся процес становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень.

29. Українські мислителі та вчені (українсько-польські та українсько-російські), такі, як С. Оріховський, Т. Дрезнер, С.Ю. Десницький, Я.П. Козельський, Т. Чацький, І.Ф. Тимковський, І.Б. Раковецький, П.І. Дегай та інші, зробили вагомий внесок у розвиток передумов компаративістського мислення та становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень (розвиток порівняльного підходу до пізнання права, питання про цілі порівняння в праві, ідеї про порівняння як основу загального вчення про право і дисциплінарну організацію порівняльно-правового знання, соціально-вольова і органічна теорії національно-державного права, питання про своєрідні елементи національного права, ідеї про загальне як діалог правових систем та взаємодію в праві, класифікації правових систем). Їх праці є невід'ємною частиною становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у Європі.

30. Теоретичні засади порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII — першій третині XIX ст., з погляду історії політичних і правових учень, можна розглядати як проблеми, конкретно-історичні відповіді на такі ж конкретно-історичні питання. Зокрема, це проблеми: предмета і об'єкта порівняльно-правових досліджень, цілей порівняння права, ролі порівняння у формуванні загального вчення про право, організації/дисциплінарності загального і галузевого порівняльно-правового знання, формування порівняльно-правової наукової картини світу та похідної від неї правової карти світу, засад взаємодії правових систем. Ці проблеми стали наскрізними для порівняльно-правових досліджень протягом минулих двох століть. І хоча конкретно-історичні відповіді на ці питання суттєво змінювалися, основним предметом порівняльно-правових досліджень як протягом досліджуваного періоду, так і донині залишається позитивне право, а основним об'єктом — особливості національних правових систем, хоча до нього увійшли також інші типи правових систем. Цілі порівняння права, як тоді, так і нині можна поділити на суто наукові (пізнавальні), ціннісні та практичні, хоча нині вони більш конкретизовані. Питання про принципи формування загального вчення про право залишається дискусійним і має, як і протягом досліджуваного періоду, насамперед дві відповіді — індуктивну і дедуктивну, що й визначає ставлення до ролі порівняльно-правових досліджень: для одних дослідників порівняльно-правовий підхід є провідним при формуванні теоретичного знання, інші вважають його спеціальнонауковим методом, що не продукує теоретичних знань.

Суперечка щодо організації порівняльно-правового знання у 1) окрему дисциплінарну систему порівняльно-правових дисциплін (порівняльне правознавство, порівняльна / загальна історія права, галузеві порівняльно-правові дисципліни) чи 2) порівняльне правознавство і

сукупність порівняльного знання у межах галузевих юридичних наук (без інституціоналізації відповідних дисциплін у їх межах) чи 3) сукупність неінституціоналізованого порівняльно-правового знання у межах юридичних наук — триває вже понад два століття і, очевидно, тривати-ме й надалі. Об'єктивною і незаперечною в ній є лише наявність порівняльно-правових досліджень, що продукують специфічне порівняльно-правове знання. І протягом досліджуваного періоду, і нині компаративісти пізнають правову карту світу шляхом класифікації національних правових систем, продовжує вдосконалюватися й деталізуватися створене тоді вчення щодо взаємодії правових систем. Отже, комплекс питань, який охоплюється поняттям «теоретичні засади порівняльно-правових досліджень», нині залишається практично тим самим, що й у період свого становлення у другій половині XVIII — першій третині XIX століття.

Список використаних джерел

1. Аверин М.Б., Никитин П.В., Федорченко А.А. История и методология юридической науки. Курс лекций [Електронний ресурс] // Сайт Російської правової академії. Режим доступу: http://distance.rpa-mu.ru/files/mg/imun/author.html Поділ на сторінки відсутній.
2. Азаркин Н.М. Всеобщая история юриспруденции. Курс лекций. Москва: Юридическая литература, 2003. 608 с.
3. Азаркин Н.М. Монтескье. Москва: Юридическая литература, 1988. 128 с.
4. Акт об устроении // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 40 — 41.
5. Алексеев Н.Н. Науки общественные и естественные в историческом взаимоотношении их методов. Ч. I: Механическая теория общества. Исторический материализм. Москва: Типография Императорского Московского университета, 1912. XV, [3], 270 с.
6. Алтузий И. Политика // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 2: Европа V — XVII вв. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Москва: Мысль, 1999. С. 699 — 703.
7. Андрусяк Т.Г. Історія політичних та правових вчень. Лекції. Ч. 1. Львів, 1997. 70 с.
8. Андрусяк Т.Г. Історія політичних та правових вчень. Львів: Видавничий центр ЛНУ ім. Івана Франка, 2001. 220 с.
9. Андрущенко В. Історія соціальної філософії (західноєвропейський контекст). Київ: Тандем, 2000. 416 с.
10. Аношина Н.-Т.Ю. Головний акт Віденського конгресу 1815 року як основа міжнародного правопорядку XIX — початку XX століття: Монографія. Одеса: Фенікс, 2011. 192 с.
11. Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права: Сборник / Сост., перевод и вступ. статья В.А. Туманова. Москва: Прогресс, 1981. С. 36 — 86.
12. Асламов Н.Е. Философия истории немецкой исторической школы права: Дисс. … канд. филос. наук. Москва, 2012. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.disus.ru/dissertatsii/362037-1-istoriinemeckoy-istoricheskoy-shkoli-prava.php Поділ на сторінки відсутній.
13. Асламов Н.Е. Философия истории немецкой исторической школы права: Автореф. дисс. … канд. филос. наук. Москва, 2012. 22 с.

14. Аугсбургский религиозный мир // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. Москва: НОРМА, 2003. С. 716–718.
15. Бабич І. Виникнення та розвиток порівняльного правознавства як навчальної дисципліни // Підприємництво, господарство і право. 2007. № 4. С. 141 — 144.
16. Бабкін В.Д. Сучасна методологія досліджень історії держави і права України // Антологія української юридичної думки: У 10 т. Т. 10: Юридична наука незалежної України / Упор. В.Ф. Погорілко, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; відп. ред. Ю.С. Шемшученко, В.Ф. Погорілко. Київ: Юридична книга, 2005. С. 103–115.
17. [Балугьянский М.А.] Рассуждение о средствах исправления учреждений и законодательства в России // Сборник Императорского Русского Исторического Общества. Т. 90: Бумаги «Особого секретного комитета», учрежденного Высочайшим рескриптом 6 декабря 1826. Ч. 2 / Изд. под наблюд. А.А. Половцова. 1894. С. 27–38.
18. Барулин В.С. Социальная философия [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.gumer.info/bogoslov_Buks/Philos/Bar/ Поділ на сторінки відсутній.
19. Басалаева О.Г. Функция понимания в частнонаучной картине мира // Вестник Кемеровского государственного университета культуры и искусств. 2012. № 18. С. 215 — 221.
20. Баскин М.П. Монтескье. Изд. 2-е. Москва: Мысль, 1975. 165 с.
21. Баскин М.П. Шарль Луи Монтескье // Монтескье Ш. Избранные произведения / Общ. ред. и вступ. статья М.П. Баскина. Москва: Госполитиздат, 1955. С. 5 — 46.
22. Батиев Л. В. Учение Ш. Л. Монтескье о «духе законов» // Юридический вестник Ростовского государственного экономического университета. 2005. № 1 [Електронний ресурс] // Сайт «Федеральный правовой портал». Режим доступу: www.law.edu.ru Поділ на сторінки відсутній.
23. Батлер У.Э. Фрагменты ранней истории сравнительного правоведения // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 223 — 231.
24. Баязитова Г.И. Политико-правовые воззрения Жана Бодена: Автореф. дисс. … канд. истор. наук. Тюмень, 2006. — 24 с.
25. Баязитова Г.И. Политико-правовые воззрения Жана Бодена: Дисс. … канд. истор. наук. Тюмень, 2006. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.dissercat.com/content/politiko-pravovye-vozzreniya-zhana-bodena Поділ на сторінки відсутній.
26. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. Москва: РОССПЭН, 1998. 416 с.
27. Бентам И. О влиянии условий времени и места на законодательство / Бентам И. Принципы законодательства; О влиянии условий времени и места на законодательство; Руководство по политической экономии. Изд. 2-е. Москва: ЛИБРОКОМ, 2012. С. 77–107.

28. Бентам И. Принципы законодательства / Бентам И. Принципы законодательства; О влиянии условий времени и места на законодательство; Руководство по политической экономии. Изд. 2-е. Москва: ЛИБРОКОМ, 2012. С. 1 — 76.
29. Берк Э. Размышления о революции во Франции (за виданням: Берк Э. Размышления о революции во Франции и заседаниях некоторых обществ в Лондоне, относящихся к этому событию. Москва: Рудомино, 1993) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.politnauka.org/library/classic/berk.php Поділ на сторінки відсутній.
30. Берковский Й. Философия истории Канта в современном прочтении // Философские науки. 1997. № 3 — 4. С. 121–143.
31. Берман Г.Дж. Вера и закон: примирение права и религии. Москва: Ad Marginem, 1999. 432 с.
32. Бехруз Х. Исламские традиции права: Монография. Одесса: Юридична література, 2006. 296 с.
33. Бехруз Х. Основы цивилизационного подхода в сравнительном правоведении. Одесса: Фенікс, 2007. 64 с.
34. Бехруз Х. Порівняльне правознавство: Підручник. Одеса: Фенікс, 2009. 464 с.
35. Бехруз Х. Сравнительное правоведение: Учебник для вузов. Одесса: Фенікс; Москва: ТрансЛит, 2008. 504 с.
36. Бехруз Х. Становлення порівняльного правознавства як науки і навчальної дисципліни // Юридична наука та освіта: історія, сучасність, перспективи: Мат-ли IX історико-правової конф. / Редкол.: І.Б. Усенко (голова), І.В. Музика (відп. секр.), О.Н. Ярмиш та ін. Київ, 2004. С. 200 –206.
37. Бигич О.Л. Порівняльне правознавство: минуле та сучасне // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: Зб. мат-лів міжвуз. наук. конф. Вип. 2. Київ: Київський університет права, 2002. С. 31–34.
38. Бобкова М.С. Жан Боден и его трактат «Метод легкого познания истории» // Боден Ж. Метод легкого познания истории. Москва: Наука, 2000. С. 332 — 360.
39. Бовыкин Д.Ю. Идея нации во Франции в эпоху от Революции до Второй Империи // Национальная идея в Западной Европе в овое время. Очерки истории / Отв. ред. В.С. Бондарчук. Москва: Зерцало-М; Вече, 2005. С. 158 — 230.
40. Бод Р. Забуті науки. Історія гуманітарних наук / Пер. з нід. Я. Довгополого. Київ: Вид-во Жупанського, 2016. 376 с.
41. Боден Ж. Метод легкого познания истории. Москва: Наука, 2000. 416 с.
42. Боден Ж. Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли: В 5 т. Т. I. Зарубежная политическая мысль: истоки и эволюция / Рук. науч. совет: Г.Ю. Семигин (пред.) и др. Москва: Мысль, 1997. С. 300 — 308.
42А. Боден Ж. Шесть книг о государстве // Антология мировой правовой мысли. Т. 2. Москва: Мысль, 1999. С. 688 — 695.

43. Болебрух А.Г. Суспільно-політичні погляди українських мислителів XVIII — першої половини XIX ст. // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII — перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 4 — 28.
44. Бондарук В.О. Правова освіта в Замойській академії (1594–1784 рр.) // Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 49–51.
45. Бондарук В.О. Розвиток юридичної науки і освіти в Замойській академії (1594–1784 рр.): Дис. … канд. юр. наук. Київ, 2016. 241 с.
46. Бондарук Т.І. Теорія правоутворення Георга Фрідріха Пухти // Правова держава. 2009. Вип. 20. С. 51–57.
47. Булатов М.А. Немецкая классическая философия. Ч. II. Гегель. Фейербах. Киев: Стилос, 2006. 544 с.
48. Булдаков С.К. Научные, философские и методологические основания классической науки // Вестник Костромского государственного университета им. Н.А. Некрасова. 2013. № 2. С. 69–72.
49. Бутенко В.А. Гугеноты // Христианство. Энциклопедический словарь: В 3 т. Т. 1. Москва: Большая российская энциклопедия, 1993. С. 448–450.
50. Варга Ч. Правові традиції? У пошуках правових сімей і культур: Відкрита лекція / Пер. О.В. Ткаченка; за наук. ред. О.В. Кресіна. Київ-Львів: ЗУКЦ, 2012. 24 с.
51. Васильев Ю.А. Начало исторической науки в Европе: тезаурус Августа Людвига Шлёцера // Знание. Понимание. Умение. 2015. № 2. С. 152–160.
52. Вебер М. Протестантська етика і дух капіталізму. Київ: Основи, 1994. 261 с.
53. Видатні компаративісти: творчий шлях, ідеї, праці / Кер. авт. кол. О.В. Кресін та ін. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Логос, 2007. 144 с.
54. Вико Дж. Основания новой науке об общей природе наций. Киев: REFL-book, ИСА, 1994. 656 с.
54А. Вико Дж. Основания новой науке об общей природе наций // Философия истории: Антология: Учеб. пособие для студентов гуманит. вузов / Сост., ред. и вступ. ст. Ю.А. Кимелева. Москва: Аспект Пресс, 1995. С. 31–37.
55. Войно-Данчишина О.Л. Высшее юридическое образование в украинских губерниях Российской империи в первой половине XIX века // Юридична наука та освіта: історія, сучасність, перспективи: матеріали IX історико-правової конференції / Ред. кол. І.Б. Усенко (голова) та ін. Київ, 2004. С. 87–92.
56. Вульф Е.В. Значение работ Гумбольдта для географии растений // Гумбольдт А. География растений / Под ред. Е.В. Вульфа. Москва, Ленинград: ОГИЗ — СЕЛЬХОЗГИЗ, 1936. С. 5 — 14.
57. Гайденко П.П. Фихте Иоганн Готлиб // Новая философская энциклопедия: В 4 т. / Руководители проекта В.С. Степин, Г.Ю. Семигин. Т. 4. Москва: Мысль, 2010. С. 252–254.

58. Ганс Э. Предисловие издателя // Гегель Г.В.Ф. Лекции по философии истории / Пер. А.М. Водена. Санкт-Петербург: Наука, 2000. С. 459–468.
59. Ганс Э. Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права» / Пер. с нем. языка Е.В. Серебренниковой, В.В. Эмих; под ред. А.В. Кресина, В.В. Эмих // Філософія порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 74 — 100.
60. Гегель Г.В.Ф. Лекции по философии истории / Пер. А.М. Водена. Санкт-Петербург: Наука, 2000. 480 с.
61. Гегель Г.В.Ф. О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве // Гегель Политические произведения. Москва: Наука, 1978. С. 185–275.
62. Гегель Г.В.Ф. Основи філософії права, або природне право і державознавство. Київ: Юніверс, 2000. 336 с.
63. Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. Т. 1: Наука логики. Москва: Мысль, 1974. 452 с.
64. Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. Т. 3: Философия духа / Отв. ред. Е.П. Ситковский. Москва: Мысль, 1977. 471 с.
65. Гердер И.Г. Идеи к философии истории человечества / Пер. и примечания А.В. Михайлова. Москва: Наука, 1977. 703 с.
66. Гердер Й.Г. Мова і національна індивідуальність // Націоналізм: Антологія / Упор. О. Проценко, В. Лісовий. Київ: Смолоскип, 2000. С. 37–45.
67. фон Гирке О. Историческая школа права и германисты // Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 36–72.
68. Гленн П. Посмішка останнього компаративіста // Філософія порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ, Львів: Ліга-прес, 2015. С. 51–54.
69. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского / пер. с англ. А. Гутермана; предисл. и ред. А. Ческиса. Москва: Соцэкгиз, 1936. 503 с.
70. Горковенко И.А., Стрельченко В.И. Идея научной картины мира: постнеклассическая рациональность // Вестник Ленинградского государственного университета им. А.С. Пушкина. 2010. № 2. С. 133–141.
71. Грабарь В.Э. Элементы международного права в трудах легистов XII–XIV вв. Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1901. XII, 293 с.
72. Графский В.Г. Опыт сравнительно-исторических исследований права в СССР в 20–30-е годы // Проблемы сравнительного правоведения. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1981. С. 80–96.
73. Графский В.Г. Соотношение истории права и современности как методологическая проблема // Методология историко-правовых исс-

ледований / Отв. ред. В.Е. Гулиев. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1980. С. 46–53.
74. Графский В.Г. Сравнительная история политико-правовых идей и взглядов как научная проблема // Актуальные проблемы государства и права. Труды Института государства и права. 2010. № 3. С. 100–119.
75. Гроций Г. Введение в голландскую юриспруденцию / Пер. с англ. И.И. Дахно. Киев: Центр учебной литературы, 2016. 466 с.
76. Губе Р.М. История древнего наследственного права у славян // Сборник исторических и статистических сведений о России и народах ей единоверных и единоплеменных. Т. 1. Москва: Типография Августа Семена, 1845. С. 59–95.
77. Гуго Г. Учебник по курсу цивилистики // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. III. Европа. Америка: XVII–XX вв. / Нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проекта Г.Ю. Семигин. Москва: Мысль, 1999. С. 272–277.
78. Гумбольд А. Идеи о географии растений // Гумбольдт А. География растений / Под ред. Е.В. Вульфа. Москва, Ленинград: ОГИЗ-СЕЛЬХОЗГИЗ, 1936. С. 49–74.
79. Гумбольдт В. О сравнительном изучении языков применительно к различным эпохам их развития // Звегинцев В.А. История языкознания XIX–XX веков в очерках и извлечениях. Изд. 3-е, доп. Ч. I. Москва: Просвещение, 1964. С. 73–84.
80. Гурвич Г.Д. Идея социального права / Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избранные сочинения / Пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. Санкт-Петербург: Изд. дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2004. С. 41–212.
81. Гурвич Г.Д. Социология права / Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избранные сочинения / Пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. Санкт-Петербург: Изд. дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2004. С. 565–780.
82. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва: Международные отношения, 1999. 400 с.
83. Дамирли М.А. Критический анализ теоретико-методологических основ советской историко-правовой науки // Юридический вестник. 2004. № 1. С. 121–128.
84. Дамирли М.А. Образ всеобщей истории права как науки // Правоведение. 2001. № 6. С. 179–189.
85. Дамирли М.А. Право и История: эпистемологические проблемы (Опыт комплексного исследования проблем предмета и структуры историко-правового познания). Санкт-Петербург: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2002. 456 с.
86. Дамирли М.А. Сравнительное правоведение: Ч. 1. Статус, предмет и система. Одесса: Феникс, 2013. 174 с.
87. Дамирли М.А. Сравнительно-правовая наука в Украине: теоретико-методологические традиции (XIX – начало XX вв.). Одесса: Феникс, 2007. 96 с.

88. Дамирли М.А. Теоретико-методологические проблемы сравнительного правоведения: попытка актуализации и некоторые размышления // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3. С. 47–53.
89. Дамірлі М.А. Арістотель // Видатні компаративісти: творчий шлях, ідеї, праці / Кресін О.В. (кер. авт. кол.), В.Н. Денисов, М.А. Дамірлі та ін. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Логос, 2007. С. 5–9.
90. Дамірлі М. Предметна специфіка історії правової думки та її співвідношення із суміжними галузями знання // Юридична Україна. 2004. № 6. С. 4–10.
91. Дворцов А.Т. Гегель / Отв. ред. Б.С. Маньковский. Москва: Наука, 1972. 176 с.
92. Дегай П.И. Пособия и правила изучения российских законов или материалы к энциклопедии, методологии и истории литературы российского права. Москва: в Типографии А. Семена, 1831. XIV, 142 с.
93. Декларация прав человека и гражданина 1789 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 85–88.
94. Декларация прав человека и гражданина 1793 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 117–120.
95. Декрет Грациана о согласовании несогласных канонов // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. Москва: НОРМА, 2003. С. 722–744.
96. Денисов В.Н. К критике буржуазных концепций сравнительного правоведения // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Логос, 2008. С. 237–274.
97. Дерюжинский В.Ф. Гуго // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. IX. Санкт-Петербург, 1893 [Електронний ресурс] // Сайт "Викитека". Режим доступу: http://ru.wikisource.org/wiki Поділ на сторінки відсутній.
98. Десницкий С. Из примечаний к переводу книги Блэкстона «Истолкования английских законов» // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 287–291.
99. Десницкий С.Е. Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина

XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 199–217.

99А. Десницкий С. Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 292–334.

100. Десницкий С. Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 187–235.

101. Десницкий С. Юридическое рассуждение о начале и происхождении супружества у первоначальных народов и о совершенстве, к какому оное приведенным быть кажется последовавшими народами просвещеннейшими // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 257–267.

102. Десницкий С. Юридическое рассуждение о разных понятиях, какие имеют народы о собственности имения в различных состояниях общежительства // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 268–286.

103. Джулай Ю.В. Научная картина мира и условия познания // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 59–61.

104. Диктат Папы Григория VII // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. Москва: НОРМА, 2003. С. 720–722.

105. Дмитриенко В.А. История учений о науке как предмет специальных научных исследований (методологический аспект) // Ученые записки Томского государственного университета им. В.В. Куйбышева. 1975. № 90. С. 80–86.

106. Дмитрієв А.І. Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право: Монографія. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. 426 с.

107. Дышлевый П.С., Яценко Л.В. Научная картина мира и мир культуры // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 5–37.

108. Дьячек Т.И. Теория духа народа Георга Фридриха Пухты как синтез учения исторической школы права и философии права Гегеля // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2008. № 73-1. С. 184–186.

109. Егоров А.В. Сравнительное правоведение в Беларуси: история, традиции, тенденции // Компаративистика-2012: сравнительное правоведение, сравнительное государствоведение, сравнитель-

ная политология: Сб. статей. Москва: РИОР-ИНФРА-М, 2013. С. 34–44.
110. Егоров А.В. Сравнительно-историческая школа белорусской юриспруденции // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 232–248.
111. Егоров А.В. Теоретико-методологические основания сравнительного правоведения: Монография. Витебск: ВГУ им. П.М. Машерова, 2014. 207 с.
112. Елисеева И.И., Еременко Т.В., Соколов Я.В. Идеи государствоведов в становлении статистической науки России [Електронний ресурс] // Сайт Вищої школи економіки. Режим доступу: https://www.hse.ru/pubs/share/direct/document/83826422 Поділ на сторінки відсутній.
113. Емельянова И.А. «Всеобщая история права» в русском дореволюционном правоведении (XIX в.). Ч. 1. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1981. 160 с.
114. Ерасов Б.С. Цивилизация: слово–термин–теория // Сравнительное изучение цивилизаций: Хрестоматия / Сост., ред. и авт. вступ. ст. Б.С. Ерасов. Москва: Аспект Пресс, 1999. С. 8–35.
115. Жоль К.К. Философия и социология права. Киев: Юринком Интер, 2000. 480 с.
116. Загоруйко К.Ф. Гленн Г.П. Являются ли правовые традиции несоизмеримыми? (Реферат статьи: Glenn H.P. Are legal traditions incommensurable? // American journal of comparative law. 2001. Vol. 49. № 1. P. 133–145) // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Реферативный журнал. Серия 4. Государство и право. 2002. № 2. С. 13–18.
117. Захарова М.В. Младенческая и институциональная эпохи в развитии сравнительного правоведения // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 65–94.
118. Захарова М. Ціннісні підстави виокремлення правових співтовариств: досвід минулого і сьогодення // Порівняльне правознавство. 2012. № 3-4. С. 91–102.
119. Захарченко М.В., Погорілий О.І. Історія соціології (від античності до початку XX ст.). Київ: Либідь, 1993. 336 с.
120. Звегинцев В.А. История языкознания XIX–XX веков в очерках и извлечениях. Изд. 3-е, доп. Ч. I. Москва: Просвещение, 1964. 466 с.
121. Зигель Ф. Славянское право // Энциклопедия Брокгауза и Ефрона [Електронний ресурс] // Сайт «Викитека». Режим доступу: http://ru.wikisource.org/wiki/ЭСБЕ/Славянское_право Поділ на сторінки відсутній.
122. Зипунникова Н.Н. История российской юридической науки как самостоятельная научная дисциплина (или несколько суждений в связи с монографией М. А. Кожевиной «Становление и развитие отечественной юридической науки в XVIII–XIX вв.») // Genesis: исторические исследования. 2015. № 2. С. 205–222.

123. Золотая булла // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. Москва: НОРМА, 2003. С. 675–688.
124. Зонова Т.В. Вестфальская система // Вестник МГИМО–Университета. 2008. № 1. С. 78–80.
125. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. Москва: Изд-во Моск. ун-та, 1978. 270 с.
126. Иванишев Н.Д. О плате за убийство в древнем русском и других славянских законодательствах в сравнении с германской вирой // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX ст. / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін (кер. кол.), К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Видавництво «Логос», 2008. С. 67–82.
127. фон Иеринг Р. Историческая школа юристов // Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 73–101.
128. История международного права / Под ред. А.И. Дмитриева, У.Э. Батлера. Изд. 2-е, доп. и перераб. Одесса: Фенікс, 2013. 574 с.
129. История политических и правовых учений: Учебник / Под ред. В.С. Нерсесянца. Москва: ИНФРА-М, 1996. 729 с.
130. История теоретической социологии: В 4 т. Т. 1 / Отв. ред. Ю.Н. Давыдов. Москва: Канон+; Реабилитация, 2002. 496 с.
131. Івакін О.А. Системність методології наукового пізнання // Актуальні проблеми держави і права. 2002. Вип. 16. С. 35–44.
132. Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. 412 с.
133. Кабрияк Р. Кодификации / Пер. с фр. Л.В. Головко. Москва: Статут, 2007. 476 с.
134. Калинин С.А. Методологическая основа и методы научного познания права / Общая теория права: пособие / Под общ. ред. С.Г. Дробязко, С.А. Калинина. Минск: БГУ; Изд-во «Четыре четверти», 2014. С. 14–31.
135. Кальвин Ж. Наставления в христианской вере // Антология мировой правовой мысли. Т. 2. Москва: Мысль, 1999. С. 673–679.
136. Камаровский Л.А. От редактора // Кант И. Вечный мир. Философский очерк / Пер. С.М. Роговина, Б.В. Чредина, под ред. Л.А. Камаровского. Москва: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1905. С. XVI–XXIV.
137. Кант // Антология мировой философии: в 4 т. Т. 3: Буржуазная философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. / Редколл.: Н.С. Нарский (ред.-сост.) и др. Москва: Мысль,1971. С. 89–196.
138. Кант И. Вечный мир. Философский очерк / Пер. С.М. Роговина, Б.В. Чредина, под ред. Л.А. Камаровского. Москва: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1905. XXIV, 73 с.

139. Кант И. Идея всеобщей истории во всемирно-гражданском плане // Философия истории: Антология: Учеб. пособие для студентов гуманит. вузов / Сост., ред. и вступ. ст. Ю.А. Кимелева. Москва: Аспект Пресс, 1995. С. 57–69.
140. Кант И. Метафизика нравов / Кант И. Сочинения: В 6 т. Т. 4(2): Сочинения по этике. Москва: Мысль, 1965. С. 107–438.
141. Каразин В.Н. Письмо императору Александру I // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 261–268.
142. Карасевич П. Историческая школа в области права // Московские университетские известия. 1870. № 7. С. 371–389.
143. Кахнич В.С. Кафедра природного права, права народів та інституцій на юридичному факультеті Львівського університету з 1784 року // Часопис Київського університету права. 2015. № 1. С. 30–33.
144. Келлі Д. Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції / Пер. з англ. Г.Є. Краснокутського. Одеса: Бахва, 2002. 327 с.
145. Кельман М.С. Юридична наука: проблеми методології. Тернопіль: ТзОВ «Терно-граф», 2011. 492 с.
146. Кёниг И. Савиньи и его отношение к современной юриспруденции // Немецкая историческая школа права. Челябинск: Социум, 2010. С. 351–378.
147. Керимов Д.А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. 5-е изд. Москва: Изд-во СГУ, 2009. 521 с.
148. Кечекьян С. О понятии естественного права у Канта и Гегеля // Вопросы философии и психологии. 1915. Т. XXVI, кн. 128 (III). С. 439–457.
149. Кизима В.В. Научная картина мира в культурно-историческом контексте // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 74–79.
150. Кирилюк Ф.М. Історія політології: Підручник для вищих навчальних закладів. Київ: Знання України, 2002. 535 с.
151. Ковалевский М.М. Дух законов // Монтескье. О духе законов / Пер. с фр. под ред. А.Г. Горнфельда, со вступ. статьей М.М. Ковалевского. Санкт-Петербург: Издание Л.Ф. Пантелеева, 1900. С. I–XCI.
152. Ковалевский М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права. Москва: Тип. О.Б. Миллера, 1880. 76 с.
153. Ковалевский М.М. Предисловие // Пост А.Г. Зачатки государственных и правовых отношений: Очерки по всеобщей сравнительной истории государства и права / Пер. Н.В. Теплова. Москва: Тип. И.А. Баландина, 1901. С. 3–7.
154. Ковальчук О.М. Історико-правовий напрям на юридичному факультеті Київського університету (середина XIX–початок XX ст.) // Проблеми правознавства. 1991. Вип. 52. С. 29–33.

155. Ковальчук О.М. Теорія права у працях вчених Київського університету (XIX–початок XX ст.): Монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2009. 192 с.
156. Кожевина М.А. Становление и развитие отечественной юридической науки в XVIII–XIX вв. Омск: Омская академия МВД России, 2013. 202 с.
157. Козельский Я. Из примечаний к переводу «Истории датской» Голберга // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 627–636.
158. Козельский Я.П. Мнение о положении крепостных крестьян // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 173–180.
159. Козельский Я.П. Предисловие к переводу "Истории датской" Л. Голберга // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 181–185.
159А. Козельский Я. Предисловие к переводу «Истории Датской» Голберга // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 621–626.
160. Козельский Я.П. Рассуждения двух индийцев Калана и Ибрагима о человеческом познании. Искренний совет истинной дружбы // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 552–620.
161. Козельский Я.П. Философические предложения // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / Под общ. ред. И.Я. Щипанова: В 2 т. Т. 1. Москва: Госполитиздат, 1952. С. 411–551.
162. Козлов В.А. Проблемы предмета и методологии общей теории права. Ленинград: Изд-во Ленинград. ун-та, 1989. 120 с.
163. Козюбра О.М. Історія розвитку порівняльного правознавства в Україні // Актуальні проблеми міжнародних відносин: Зб. наук. праць. 2000. Вип. 22, Ч. II. С. 114–122.
164. Коллингвуд Р.Дж. Идея истории. Автобиография. Москва: Наука, 1980. 486 с.
165. Конринг Г. О происхождении права Германии // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 2 / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Москва: Мысль, 1999. С. 732–737.
166. Константинеско Л.-Ж. Развитие сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права: Сборник / Сост., перевод и вступ. статья В.А. Туманова. Москва: Прогресс, 1981. С. 104–152.
167. Конституция Франции 1791 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 97–110.

168. Конституция Франции 1793 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 2. Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. Москва: НОРМА, 2003. С. 120–126.
169. Копнин П.В. Гносеологические и логические основы науки. Москва: Мысль, 1974. 566 с.
170. Корецкий В.М. Международное хозяйственное право и мировое право // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. С. 214–225.
171. Корецький В.М. Монтеск'є. Київ: Т-во для поширення політ. та наук. знань УРСР, 1955. 26 с.
172. Коркунов Н.М. История философии права. Пособие к лекциям. Изд. 6-е. Санкт-Петербург: Типография М.М. Стасюлевича, 1915. 502 с.
172А. Коркунов Н.М. История философии права [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.ez2www.com/book_647.html Поділ на сторінки відсутній.
173. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд. Санкт-Петербург: Издание юридического книжного магазина Н.К. Мартынова, 1914. 370 с.
174. Корнев А.В., Борисов А.В. Правовая мысль в дореволюционной России: Учебное пособие. Москва: Эксмо, 2005. 288 с.
175. Костицкий М.В. Объект и предмет историко-правового познания // Костицький М.В. Філософські та психологічні проблеми юриспруденції: Вибр. наук. пр. / Передм. І.А. Тимченка; відп. ред. Н.В. Кушакова-Костицька. Чернівці: Рута, 2009. С. 81–84.
176. Костицький М.В. Методологія пізнання української історико-правової дійсності // Костицький М.В. Філософські та психологічні проблеми юриспруденції: Вибр. наук. пр. / Передм. І.А. Тимченка; відп. ред Н.В. Кушакова-Костицька. Чернівці: Рута, 2009. С. 86–90.
177. Кравець В.М. Типи праворозуміння як методології основних філософсько-правових дискурсів: Автореф. … канд. юр. наук. Київ, 2003. 18 с.
178. Краснянский В.Э. Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке: Дисс. … канд. юрид. наук. Ленинград: Ленинградский государственный университет им. А.А. Жданова, 1970. 219 с.
179. Кресин А.В. К вопросу о сравнительном подходе к познанию права и идее «театра права» в трудах Лейбница // Ştiinţa juridică universitară în contextul promovării valorilor europene. Conferinţa ştiinţifică teoretico-practică internaţională / Redactor-şef: Dr. V. Gamurari. Кишинів, 2013. С. 378–382.
180. Кресин А.В. Опыт и проблемы преподавания сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права в Украине // Конституционное право и конституционная компаративистика в

системе российского юридического образования: сборник докладов. Москва, 2009. С. 174–182.
181. Кресин А.В. Сравнительное правоведение: российская и зарубежные школы // Политико-правовые технологии взаимодействия власти, общества и бизнеса в регионах: Материалы междунар. науч.-практ. конференции. Саратов: Изд-во «Саратовский источник», 2010. С. 134–137.
182. Кресин А.В., Саломатин А.Ю. Сравнительное правоведение: учебн.-метод. пособие: В 2 ч. Ч. 2: Динамика развития сравнительного правоведения. Пенза: Изд-во ПГУ, 2013. 96 с.
183. Кресін О.В. Виникнення та рання історія порівняльного правознавства // Порівняльне правознавство. 2012. № 1-2. С. 332–345.
184. Кресін О.В. Внесок В.Н. Денисова в розробку проблем порівняльного правознавства (до 75-річного ювілею вченого) // Порівняльне правознавство. 2012. № 3-4. С. 542–547.
185. Кресін О.В. Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст. // Право України. 2013. № 3-4. С. 136–153.
186. Кресін О.В. Дискусія історичної та історико-філософської шкіл і питання про соціальні та компаративні засади права і юридичної науки // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 121–150.
187. Кресін О.В. До питання про внесок В.М. Корецького у розвиток методологічних засад порівняльного правознавства: по сторінках праць українського вченого // Наукові читання. Присвячені пам'яті В.М. Корецького: Зб. наук. праць. Київ, 2008. С. 134–135.
188. Кресін О.В. Ж.Л.Е. Лерміньє як один з творців науки порівняльного правознавства // Правова держава. 2013. Вип. 24. С. 381–392.
189. Кресін О.В. Жан Луї Ежен Лерміньє як теоретик і викладач порівняльного законодавства // Порівняльне правознавство. 2012. № 3–4. С. 428–452.
190. Кресін О.В. Жан Луї Ежен Лерміньє: формулювання порівняльного підходу до пізнання права // Право України. 2012. № 8. С. 306–326.
191. Кресін О.В. Зрозуміти Патрика Гленна // Порівняльно-правові дослідження. 2014. № 2. С. 247–253.
192. Кресін О.В. Іванішев Микола Дмитрович // Порівняльно-правові дослідження. 2006. № 1. С. 191–195.
193. Кресін О.В. Ідея нації, соціальна трихотомія і розвиток плюралістичного правового світогляду // Правова держава. 2015. Вип. 26. С. 409–423.
194. Кресін О.В. Ідея суспільного договору та конструювання соціальних держави і права у західноєвропейській думці другої половини XVI–початку XVIII ст. // Правова держава. 2016. Вип. 27. С. 125–139.
195. Кресін О.В. Історична школа права і розвиток порівняльного правознавства в Україні // Правова держава. 2006. Вип. 17. С. 335–338.

196. Кресін О.В. Кант і ідея позитивного національного права // Правові проблеми цивілізаційного вибору України: Мат-ли круглого столу, присвяч. 10-річчю кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства / Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса: Фенікс, 2014. С. 32–36.
197. Кресін О.В. Ковалевський Максим Максимович // Порівняльно-правові дослідження. 2006. № 1. С. 195–201.
198. Кресін О.В. Компаративізація німецької юридичної освіти в першій третині XIX століття: перша модель європеїзації після краху ius commune // Європеїзація української юридичної освіти: німецько-український досвід: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. Київ, 21 і 22 листопада 2014 / Федеральне міністерство освіти і науки ФРН; Університет ім. Ґеорга Авґуста м. Ґеттінґена, Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ: Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка, 2015. С. 46–49.
199. Кресін О.В. Критерії при вивченні генези порівняльного правознавства // Право України. 2011. № 8. С. 330–343.
200. Кресін О.В. Лютер і Макіавеллі: пошук виправдання, сенсу й етичної автономії соціального буття (до питання про передумови становлення плюралістичного компаративістського світогляду в праві) // Філософія порівняльного правознавства: Збірник наукових праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 240–272.
201. Кресін О.В. Мартиненко Петро Федорович // Порівняльно-правові дослідження. 2006. № 2. С. 192–200.
202. Кресін О.В. Методологія та інституціоналізація порівняльних історико-правових досліджень у радянський період // Держава і право. 2005. Вип. 29. С. 691–698.
203. Кресін О.В. Наукова і філософська революції XVI ст., Жан Боден та ідея суспільства у контексті становлення плюралістичного правового світогляду // Порівняльно-правові дослідження. 2014. № 2. С. 31–64.
204. Кресін О.В. Національне і наднаціональне в праві у баченні Монтеск'є // Правові проблеми цивілізаційного вибору України: Мат-ли всеукр. наук. конф., присвяч. пам'яті О.К. Вишнякова / Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса: Фенікс, 2015. С. 48–52.
205. Кресін О.В. Німецька філософія національного права наприкінці XVIII–на початку XIX ст. і трансформація юридичної науки // Філософія права і загальна теорія права. 2014. № 1-2. С. 312–322.
206. Кресін О.В. Особливості розвитку порівняльного правознавства в Україні // Шляхи євроінтеграції України. Зб. мат-лів наук. конф. Київ: Київський міжнародний університет, 2004. С. 218–220.
207. Кресін О.В. Пауль Йоганн Анзельм фон Фейєрбах і питання про генезу порівняльного правознавства // Порівняльно-правові дослідження. 2011. № 2. С. 22–28.
208. Кресін О.В. Передмова // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут

держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. С. 5–38.
209. Кресін О.В. Перспективи розвитку порівняльного правознавства в Україні // Правова держава. Щорічник наукових праць. 2003. Вип. 14. С. 438–443.
210. Кресін О.В. Петро Федорович Мартиненко і його філософія порівняльного правознавства // Філософія порівняльного правознавства: Збірник наукових праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 33–44.
211. Кресін О.В. Питання критеріїв при вивченні генези порівняльного правознавства // Правова держава. 2010. Вип. 21. С. 431–445.
212. Кресін О.В. Питання порівняльного правознавства в діяльності ЮНЕСКО і заснування Міжнародного комітету порівняльного права // Правова держава. 2011. Вип. 22. С. 450–458.
213. Кресін О.В. Питання про ціннісний потенціал порівняльного правознавства у процесі створення Міжнародного комітету порівняльного права — Міжнародної асоціації юридичних наук // Проблеми порівняльного правознавства: Збірник тез наукових доповідей ІІІ Міжнародної наукової конференції «Компаративістські читання» / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.К. Маріна, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар. Київ; Львів: ЛьвДУВС, 2011. С. 10–14.
214. Кресін О.В. Питання щодо періодизації розвитку порівняльного правознавства // Право України. 2011. № 9. С. 247–265.
215. Кресін О.В. Питання щодо розвитку викладання порівняльного правознавства у діяльності ЮНЕСКО і Міжнародного комітету порівняльного права–Міжнародної асоціації юридичних наук // Порівняльне правознавство: досвід і проблеми викладання: Збірник наукових праць і навчально-методичних матеріалів / За ред. Ю.С. Шемшученка, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін. Київ: ВДК Університету «Україна», 2011. С. 72–81.
216. Кресін О.В. Позитивізація німецької юридичної освіти у першій половині XIX ст. // Людина, суспільство, держава: правовий вимір в сучасному світі: Матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції. Київ: Національний авіаційний університет, ТОВ МП Леся, 2014. С. 300–303.
217. Кресін О.В. Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення: Монографія. Київ: Логос, 2011. 294 с.
218. Кресін О.В. Рене Давид–видатний фахівець у галузі досліджень правових систем світу // Право України. 2012. № 1–2. С. 508–510.
219. Кресін О.В. Рене Давид: право як гуманізм // Порівняльне правознавство. 2012. № 1-2. С. 295–297.
220. Кресін О.В. Рецензія на книгу В. Лафітського «Порівняльне правознавство в образах права» // Порівняльне правознавство. 2012. № 1–2. С. 353–359.
221. Кресін О.В. Розвиток методології порівняльного правознавства: історичний аспект // Право України. 2006. № 2. С. 128–130.

222. Кресін О.В. Розвиток порівняльного правознавства в Україні в межах історичної школи права // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2006. № 4. С. 90–96.
223. Кресін О.В. Розвиток порівняльного правознавства в Україні в межах школи соціологічного позитивізму // Право України. 2006. № 5. С. 162–166.
224. Кресін О.В. Розвиток порівняльних історико-правових досліджень // Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології: Монографія / За ред. Ю.С. Шемшученка. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2006. С. 37–83.
225. Кресін О.В. Соціологічний напрям у порівняльному правознавстві у другій половині XIX–на початку XX ст. // Порівняльно-правові дослідження. 2007. № 1–2. С. 44–50.
226. Кресін О.В. Становлення ідеї соціального міжнародного права у XVII – на початку XIX ст. // Ідея порівняльного міжнародного права: pro et contra: Збірник наукових праць на честь іноземного члена НАН України та НАПрН України Уїльяма Елліотта Батлера / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 140–164.
227. Кресін О.В. Становлення наукових і ціннісних засад діяльності Міжнародної академії порівняльного права // Порівняльно-правові дослідження. 2014. № 1. С. 53–66.
228. Кресін О.В. Становлення та розвиток порівняльно-правових досліджень // Право України. 2014. № 5. С. 236–249.
229. Кресін О.В. Філософія права і філософія порівняльного правознавства: деякі міркування // Сучасні проблеми порівняльного правознавства: Збірник наукових праць / За ред. Ю.С. Шемшученка, Я.В. Лазура; упор. О.В. Кресін, М.В. Савчин. Ужгород-Київ: Говерла, 2015. С. 21–24.
230. Кресін О.В. Форми організації порівняльно-правового знання у першій третині XIX ст. // Правові системи сучасності: взаємодія та конфлікти: міжнар. круглий стіл (16 липня 2016 р., м. Одеса) [Електронний ресурс]. Одеса: Фенікс, 2016. С. 29–36. Режим доступу: http://eurolaw.org.ua
231. Кресін О.В. Формування теоретико-методологічних засад порівняльного правознавства у працях Пауля Йоганна Анзельма фон Фейєрбаха // Право України. 2012. № 1–2. С. 380–394.
232. Кресін О.В. Функціональний підхід у порівняльному правознавстві // Держава і право. 2005. Вип. 30. С. 536–541.
233. Кресін О.В. Функціоналістський та цивілізаціоністський напрями в сучасній українській юридичній компаративістиці // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. статей / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Таврійський національний університет ім. В.І. Вернадського, Київський університет права НАН України, 2006. С. 125–135.
234. Кресін О.В. Шарль Луї де Монтеск'є і передісторія порівняльного правознавства // Право України. 2012. № 6. С. 262–275.

235. Кресін О.В. Цивілізаційний підхід у порівняльних історико-правових дослідженнях // Міграційні процеси в Україні і світі: історико-юридичні аспекти. Сімферополь: ДіАйПі, 2006. С. 310–317.
236. Кресін О.В. Цивілізаціоністський напрям у порівняльному правознавстві // Держава і право. 2006. Вип. 31. С. 476–482.
237. Кресін О.В. Ювілей Міжнародної асоціації юридичних наук і питання про внесок ЮНЕСКО у розвиток порівняльного правознавства // Порівняльно-правові дослідження. 2011. № 1. С. 24–42.
238. Кресін О.В. ЮНЕСКО і розвиток порівняльного правознавства: до 60-річчя Міжнародного комітету порівняльного права–Міжнародної асоціації юридичних наук // Порівняльне правознавство. 2012. № 1–2. С. 256–272.
239. Крестовская Н.Н., Цвиркун А.Ф. История учений о государстве и праве: Курс лекций. Харьков: Одиссей, 2007. 376 с.
240. Крестовська Н.М. Цивілізаційний підхід у порівняльному правознавстві // Правова держава. 2016. Вип. 27. С. 443–449.
241. Кримський С.Б. Зміст та функції природничо-наукової картини світу // Філософська думка. 1976. № 2. С. 66–76.
242. Крывцова И.С. Научная картина мира, картина мира правовых наук, правовая карта мира (юридическая география мира): от общего к частному (некоторые размышления) // Правова держава. 2016. Вип. 27. С. 428–443.
243. Кубанова Т.А. Картина мира как философское понятие и мировоззренческая система взглядов: история и перспективы изучения // Общество. Среда. Развитие. 2011. № 1. С. 189–193.
244. Кудряшев А.Ф., Елхова О.И. Общенаучная картина мира: старое в новом одеянии // Вестник Башкирского университета. 2013. Т. 18. № 4. С. 1255–1259.
245. Кузнецов Б.Г. Эволюция картины мира. Москва: Изд-во АН СССР, 1958. 352 с.
246. Кузнецов К.А. К характеристике исторической школы юристов. Одесса: Типография «Техник», 1914. 20 с.
247. Куян І.А. Суверенітет. Проблеми теорії і практики: конституційно-правовий аспект. Монографія. Київ: Академія, 2013. 560 с.
248. Ланг И. Об изучении юридических и политических наук // Речи, говоренные в торжественном собрании Императорского Харьковского университета, бывшем 30 июня 1810 г. Харьков, 1810. С. 84–101.
249. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. Москва: Статут, 2010. 429 с.
250. Лафітський В.І. Відповідь на рецензію // Порівняльне правознавство. 2012. № 1-2. С. 360–367.
251. Легран П. Неможливість «правових трансплантантів» // Порівняльне правознавство. 2013. № 1-2. С. 46–59.
252. Лерминье Ж.Л.Э. О методе истории сравнительных законодательств / Пер. М.В. Захаровой под ред. А.В. Кресина // Порівняльно-правові дослідження. 2012. № 1–2. С. 24–29.

253. Лиман С.И., Сорочан С.Б. Византийская империя в трудах историков харьковского университета (1804–1885 г.) // Східний світ. 2006. № 2. С. 53–68.
254. Лисенко О.М. Порівняльне правознавство як наука та його місце в системі юридичних наук: Автореф. дис. … канд. юр. наук. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2001. 18 с.
255. Литвинов В. Ренесансний гуманізм в Україні. Київ: Видавництво С. Павличко «Основи», 2000. 472 с.
256. Локк Дж. Два трактата о правлении / Локк Дж. Сочинения: В 3 т. Т. 3. Москва: Мысль, 1988. С. 135—405.
257. Луковская Д.И. Предмет и методология истории политических и правовых учений // Правоведение. 2007. № 3. С. 197–211.
258. Луковская Д.И. Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений: Автореф. дисс. … д.ю.н. / Ленинградский гос. ун-т им. А.А. Жданова. Ленинград, 1986. 38 с.
259. Луць Л.А. Методологія порівняльного правознавства // Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології: Монографія / Кресін О.В. (кер. авт. кол.)., Луць Л.А., Мережко О.О. та ін.; за ред. Ю.С. Шемшученка. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2006. С. 7–36.
260. Луць Л.А. Типологізація сучасних правових систем світу: Відкрита лекція. Київ, Сімферополь: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Вид-во «Логос», 2007. 23 с.
261. Лысенко О.Л. Густав Гуго // Антология мировой правовой мысли: в 5 т.–Т. III: Европа. Америка: XVII–XX вв. / Нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проекта Г.Ю. Семигин. Мысль: Мысль, 1999. С. 271–277.
262. Лютер М. 95 тезисов / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html Поділ на сторінки відсутній.
263. Лютер М. К советникам всех городов / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html Поділ на сторінки відсутній.
264. Лютер М. О рабстве воли / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html Поділ на сторінки відсутній.
265. Лютер М. О светской власти / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html Поділ на сторінки відсутній.
266. Лютер М. О том, что христианское собрание или община имеет право и власть судить о любом учении / Лютер М. Избранные произведения. Санкт-Петербург: Согласие, 1994 [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.lib.mn/martin_lyuter/109847.html Поділ на сторінки відсутній.

267. Львова О.Л., Макаренко Л.О. Формування та розвиток ідей порівняльного правознавства // Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): Монографія / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Видавництво «Фенікс», 2007. С. 39–73.
268. Макиавелли Н. Государь. Москва: Планета, 1990 [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://lib.ru/POLITOLOG/MAKIAWELLI/gosudar.txt Поділ на сторінки відсутній.
269. Максимейко Н. Сравнительное изучение истории права. Вступительная лекция. Харьков: Паровая типография Зильберберг, 1897. 16 с.
270. Максимов С.И. Мировоззренческо-методологические подходы к осмыслению права / Максимов С.І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибрані праці. 2-е вид., доп. Харків: Право, 2012. С. 79–105.
271. Малько А.В., Саломатин А.Ю. Сравнительное правоведение: Учебно-методический комплекс. Москва: Норма, 2008. 352 с.
272. Маритен Ж. Человек и государство. Москва: Идея-Пресс, 2000. 196 с.
273. Маркова Л.А. Историография науки // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 333–334.
274. Маркс К. Философский манифест исторической школы права // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Изд. 2-е. Т. 1. Москва: Гос. изд. полит. лит., 1955. С. 85–92.
275. Мартиненко П.Ф. Порівняльне правознавство: онтологічний статус // Порівняльне правознавство. 2012. № 1-2. С. 308–319.
276. Мартыненко П.Ф. Целостность мира и сравнительное правоведение // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2008. С. 280–309.
277. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: Учебник для юридических вузов. Москва: Зерцало, 2001. 560 с.
278. Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. Москва: Городец-издат, 2002. 1068 с.
279. Махненко А.Х. О методе сравнительного правоведения в исследовании и преподавании государственного права зарубежных социалистических стран // Правоведение. 1967. № 1. С. 95–103.
280. Медяков А.С. Национальная идея и национальное сознание немцев // Национальная идея в Западной Европе в Новое время. Очерки истории / Отв. ред. В.С. Бондарчук. Москва: Зерцало-М; Вече, 2005. С. 394–458.
281. Мельничук О.І., Кресін О.В. Меррімен Джон Генрі // Видатні компаративісти: Творчий шлях, ідеї, праці / Кресін О.В. (кер. авт. кол.), Денисов В.Н., Дамірлі М.А. та ін. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Вид-во «Логос», 2007. С. 89–99.
282. Мере Ж. Принцип суверенітету. Історія та основи новітньої влади / Пер. з франц. Л. Кононовича. Львів: Кальварія, 2003. 216 с.

283. Мережко А.А. История международно-правовых учений. Киев: Таксон, 2006. 492 с.
284. Микешина Л.А. Научная картина мира как мировоззренческая форма знания // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 62–68.
285. Милованов К.Ю. Концепция правового государства в философско-исторической мысли Просвещения: Автореф. дисс. …канд. ист. наук. Москва, 2009. 26 с.
286. Мирное сосуществование // Дипломатический словарь. В трех томах. Изд. 4-е. / Ред кол. А.А. Громыко и др. Т. II: К-Р. Москва: Наука, 1984. С. 226–227.
287. Мироненко О.М. Історична школа права // Правова держава. 1999. Вип. 10. С. 229–236.
288. Михайлов А.М. Идея естественного права: история и теория. Москва: Юрлитинформ, 2010. 464 с.
289. Михайлов А.М. Немецкая историческая школа права–разновидность «социологизма» как типа правопонимания? // Правоведение. 2009. № 4. С. 202–226.
290. Михайлов А.М. Природа права и юридическая компаративистика в воззрениях естественно-правовой и исторической школ права // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 151–170.
291. Михайлов А.М. Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения. Москва: Юрдитинформ, 2013. 632 с.
292. Монгаупт Х. Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2015. Т. 15. Вып. 4. С. 107–136.
293. Монтескье Ш.-Л. О духе законов [Електронний ресурс] // Сайт «Викитека». Режим доступу: http:// http://ru.wikisource.org/wiki/о_духе_законов_Монтескье Поділ на сторінки відсутній.
294. Муромцев С. Образование права по учениям немецкой юриспруденции. Изд. 2-е, испр. и доп. Москва: Типография А.И. Мамонтова и Ко, 1886. 183 с.
295. Нарский Н.С. Гердер // Антология мировой философии: В 4 т. Т. 3: Буржуазная философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. / Редколл.: Н.С. Нарский (ред.-сост.) и др. Москва: Мысль, 1971. С. 54–55.
296. Нарский Н.С. Гете // Антология мировой философии: В 4 т. Т. 3: Буржуазная философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. / Редколл.: Н.С. Нарский (ред.-сост.) и др. Москва: Мысль, 1971. С. 64–65.
297. Нарский Н.С. Европейская домарксистская философия конца XVIII – первых двух третей XIX в. и начало кризиса буржуазной философии // Антология мировой философии: В 4 т. Т. 3:

Буржуазная философия конца XVIII–первых двух третей XIX в. / Редколл.: Н.С. Нарский (ред.-сост.) и др. Москва: Мысль,1971. С. 7–44.
298. Немытина М.В. Пространство сравнительно-правовых исследований // Методология сравнительно-правовых исследований. Жидковские чтения: Мат-лы всеросс. науч. конф. / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. Москва: РУДН, 2013. С. 19–26.
299. Нерсесянц В.С. Философия права Гегеля. Москва: Юристъ, 1998. 352 с.
300. Нічик В.М. Києво-Могилянська академія і німецька культура. Київ: Укр. центр духовної культури, 2001. 252 с.
301. Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. Ее происхождение и судьба // Немецкая историческая школа права. Челябинск: Социум, 2010. С. 1–226.
302. Новгородцев П.И. Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве. Москва: Университетская типография, 1901. 248 с.
303. Новгородцев П.И. Нравственный идеализм в философии права (К вопросу о возрождении естественного права) // Проблемы идеализма. Москва: Московское психологическое общество, 1902. С. 295–320.
304. Нуруллин Р.А. Метафизические основания научной картины мира // Вестник Оренбургского государственного униерситета. 2011. № 7 (126). С. 186–191.
305. Обозрение русских газет и журналов за первую треть 1858 года // Журнал министерства народного просвещения. 1858. Июль (Ч. 49). С. 23–72.
306. Оборотов Ю. Методология юридической науки в эпоху постмодерна // Юридический вестник. 2002. № 4. С. 81–85.
307. Овчинников Н.Ф. Методологические принципы в истории научной мысли. Изд. 2-е. Москва: Эдиториал УРСС, 2003. 296 с.
308. Оріховський С. Діалог або розмова навколо екзекуції Польської держави // Оріховський С. Твори / Пер. з лат. і старопол. В.Д. Литвинова. Київ: Дніпро, 2004. С. 267–370.
309. Отман Ф. Франкогаллия // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 2: Европа V–XVII вв. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Москва: Мысль, 1999. С. 685–687.
310. Очерки по истории юридических научных учреждений в СССР / Отв. ред. В.М. Курицын, А.Ф. Шебанов. Москва: Наука, 1976. 239 с.
311. Перов Ю.В., Сергеев К.А. «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности // Гегель Г.В.Ф. Лекции по философии истории / Пер. А.М. Водена. Санкт-Петербург: Наука, 2000. С. 5–53.
312. Петришин О.В. Праворозуміння у вітчизняній теорії права: загальносоціальний контекст // Філософія права і загальна теорія права. 2012. № 1. С. 37–49.
313. Петришин О.В. Проблеми соціалізації права та соціологізації правової науки // Право України. 2011. № 8. С. 131–141.
314. Петришин О.В. Проблеми соціалізації правової науки // Право України. 2010. № 4. С. 133–142.

315. Петришин О.В. Соціалізація права та соціологізація юриспруденції // Методологія в праві: монографія / І. Безклубий, І. Гриценко, М. Козюбра та ін.; за заг. ред. І. Безклубого. Київ: Грамота, 2017. С. 156–174.
316. Петришин О.В. Соціально-юридична природа права // Право України. 2012. № 1–2. С. 15–29.
317. Пилянкевич Н.И. История философии права // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира: у 2 кн. Кн. 1 / Уклад. І.С. Гриценко, В.А. Короткий; за ред. І.С. Гриценка. Київ: Либідь, 2011. С. 108–306.
318. Пименова Л.А. Идея нации во Франции Старого порядка // Национальная идея в Западной Европе в овое время. Очерки истории / Отв. ред. В.С. Бондарчук. Москва: Зерцало-М; Вече, 2005. С. 125–157.
319. Підготовка і атестація науково-педагогічних кадрів у Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого (1805–2005 роки) / Панов М.І. (кер. авт. кол.) та ін. Харків: Право, 2006. 576 с.
320. Плавинская Н.Ю. «Дух законов» Монтескье и публицистика Великой французской революции 1789–1799 гг. // От старого порядка к революции. К 200-летию Великой французской революции: Межвузовский сб. / Под ред. В.Г.Ревуненкова. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1988. 175 с.
321. Погорский Э. К. Картина мира // Знание. Понимание. Умение. 2012. № 4. С. 322–323.
322. Полдников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. Москва: Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. 367 с.
323. Полетика В.Г. Речь, произнесенная на собрании дворянства Роменского уезда // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII–перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 242–246.
324. Полетика Г.А. Возражение депутата Григория Полетики на наставление Малороссийской коллегии господину ж депутату Дмитрию Наталину // Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина XIX ст.): Хрестоматія / Під ред. А.Г. Болебруха. Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. С. 102–133.
325. Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): Монографія / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Фенікс, 2007. 430 с.
326. Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; Упорядники: О.В. Кресін (кер. кол.), К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Видавництво «Логос», 2008. 414 с.
327. Порівняльне правознавство: Підручник / В.Д. Ткаченко, С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов; за ред. В.Д. Ткаченка. Харків: Право, 2003. 274 с.

328. Порівняльне правознавство: Підручник / За заг. ред. О.В. Петришина. Харків: Право, 2012. 272 с.
329. Порус В.Н. История науки «внутренняя» и «внешняя» // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 341–342.
330. Порус В.Н. Парадигма // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 684.
331. Пост А.Г. Зачатки государственных и правовых отношений. Очерки по всеобщей сравнительной истории государства и права / Пер. Н.В. Теплова, предисл. М.М. Ковалевского. Москва: Тип. И.А. Баландина, 1901. 283 с.
332. Проблеми вищої освіти: тези доповідей та наукових повідомлень науково-методичної конференції / За ред. В.В. Комарова. Харків: Національна юридична академія України, 2002. 204 с.
333. Пурынычева Г.М., Кульков Ю.П. Научная картина мира как мировоззренчески информационный концепт // Вестник Чувашского университета. 2006. № 1. С. 265–276.
334. Пухта Г.Ф. Энциклопедия права. Ярославль: Типография Г Фальк, 1872. 99 с.
335. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави: Навч. посіб. Вид. 10-е, доп. Львів: Край, 2008. 224 с.
336. Рабінович С.П. Юснатуралізм у філософії права. Київ: Ред. журн. «Право України»; Харків: Право, 2013. 368 с.
337. Радбрух Г. Філософія права. Київ: Тандем, 2006. 316 с.
338. Реале Дж., Антисери Д. Западная философия от истоков до наших дней. Т. 3. Новое время. Санкт-Петербург: Петрополис, 1996. 736 с.
339. Ребет Л. Історія порівнування // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 379–403.
340. Ребет Л. Порівнальна метода в науці права: Дис. …доктора права. Мюнхен, 1947. 152, 4 с. // Архів Українського вільного університету (Мюнхен). Одиниця зберігання № 3338.
341. Ренненкампф Н.К. О современной обработке сравнительного правоведения // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. С. 86–104.
342. Ромінський Є.В. Фантоми історіографії: щодо деяких проблем звернення до порівняльного методу в історико-правових дослідженнях // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 287–296.

343. Рубанец А.М. О категориальной структуре научной картины мира // Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: Сб. науч. трудов / Отв. ред. П.С. Дышлевый, В.С. Лукьянец. Киев: Наукова думка, 1983. С. 55–58.
344. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права / Руссо Ж.-Ж. Трактаты. Москва: Наука, 1969. С. 151–256.
344А. Руссо Ж.-Ж. Про суспільну угоду, або принципи політичного права / Пер. і упор. О.І. Хома. Київ: Port-Royal, 2001. 349 с.
345. Руссо Ж.-Ж. Эмиль, или О воспитании / Руссо Ж.-Ж. Сочинения. Об искусстве и литературе. Педагогические фрагменты. Калининград: Янтарный сказ, 2001. С. 179–373.
346. Рьод В. Шлях філософії: з XVII по XIX століття / Пер. з нім. В. Терлецького, О. Ведрова. Київ: Дух і Літера, 2009. 388 с.
347. Савайда О.І. Енциклопедія права в системі юридичних наук: Монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. 212 с.
348. фон Савиньи Ф.К. О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции» / фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 208–218.
349. фон Савиньи Ф.К. О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции / фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 128–207.
350. фон Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Пер. и предисл. В. Фукса, Н. Мандро. Москва: Типография А.В. Кудрявцевой, 1876. XXXVI, 2, 600, II с.
351. фон Савиньи Ф.К. Предисловие к первому изданию «Системы современного римского права» / фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 255–273.
352. фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права / фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 274–499.
353. Саидов А.Х. Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность: Дисс. … доктора юрид. наук. Ташкент: Институт философии и права им. И.М. Муминова АН УзССР, 1990. 344 с.
354. Саидов А.Х. О современном состоянии буржуазного сравнительного правоведения // Критика буржуазных политических и правовых концепций. Москва: Ин-т государства и права АН СССР, 1984. С. 47–56.
355. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. В.А. Туманова. Москва: Юристъ, 2003. 448 с.
356. Саидов А.Х. Теоретические проблемы советского сравнительного правоведения. Автореф.... к.ю.н. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1984. 24 с.

357. Саидов А.Х. Теоретические проблемы советского сравнительного правоведения: Дисс. … канд. юрид. наук. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1984. 196, VIII с.
358. Саидов Р.А. Становление, развитие и применение сравнительно-исторического метода в юридической науке: Автореф. … канд. юрид. наук. Ташкент: Институт философии и права им. И.М. Муминова АН УзССР, 1990. 21 с.
359. Саломатин А.Ю., Кресин А.В. Сравнительное правоведение (модернизированный учебный курс для магистрантов): учеб.-метод. пособие. Пенза: Изд-во ПГУ, 2011. 104 с.
360. Самардак М.М. Філософія науки: напрями, теми, концепції. Київ: Вид. ПАРАПАН, 2011. 204 с.
361. Сердюк О.В. Соціологічний підхід у сучасному правознавстві: пізнання соціальності права: Монографія. Харків: Яшма, 2007. 320 с.
362. Скакун О.Ф. Историческая школа права на Украине // Проблемы правоведения. 1988. № 49. С. 46–51.
363. Скакун О.Ф. Історія правових вчень: процес становлення та предмет вивчення // Антологія української юридичної думки: В 10 т. Т. 10: Юридична наука незалежної України / Упор.: В.Ф. Погорілко, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; відп. ред. Ю.С. Шемшученко, В.Ф. Погорілко. Київ: Юридична книга, 2005. С. 131–142.
364. Скакун О.Ф. Место общего сравнительного правоведения в системе юридических наук и его официальный статус // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. статей / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Таврійський національний університет ім. В.І. Вернадського, Київський університет права НАН України, 2006. 432 с.
365. Скакун О.Ф. Метатеоретичні питання загального порівняльного правознавства як галузі юридичної науки // Порівняльне правознавство. 2012. № 3-4. С. 408–420.
366. Скакун О.Ф. Метатеория общего сравнительного правоведения как научной и учебной дисциплины // Порівняльне правознавство: досвід і проблеми викладання: Зб. наук. праць / За ред. Ю.С. Шемшученка, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін. Київ: ВДК Університету «Україна», 2011. С. 22–29.
367. Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира: Учеб. для студ. вузов. Киев: Ін Юре, 2008. 464 с.
368. Скрипилев Е.А. Историко-сравнительный метод в правоведении России второй половины XIX–начала XX в. // Методология историко-правовых исследований / Отв. ред. В.Е.Гулиев. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1980. С. 17–29.
369. Смит Р. История гуманитарных наук. 2-е изд. Москва: Издат. дом. ГУ ВШЭ, 2008. 392 с.

370. Сморгунов Л.В. Современная сравнительная политология: Учебник. Москва: Российская политическая энциклопедия, 2002. 472 с.
371. Соколова Е.Е., Гурина Р.В. О соотношении языковой и научной картин мира // Знание. Понимание. Умение. 2010. № 3. С. 83–88.
372. Сорока М.Ю., Булычёв И.И. Проблема структуры научной картины мира // Вестник Пермского университета. Философия. Психология. Социология. 2015. Вып. 3 (23). С. 32–40.
373. Социология: наука об обществе / Под общ. ред. В.П. Андрущенко, Н.И. Горлача; Институт востоковедения и международных отношений. Харьков: Рубикон, 1997. 688 с.
374. Спекторский Е. К вопросу о системе «Духа законов» Монтескье и ее философских источниках // Юридические записки, издаваемые Демидовским юридическим лицеем. 1912. Вып. 3. С. 295–331.
375. Спекторский Е.В. К столетию исторической школы в правоведении // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира: у 2 кн. Кн. 2 / Уклад. І.С. Гриценко, В.А. Короткий; за ред. І.С. Гриценка. Київ: Либідь, 2011. С. 407–430.
376. Спекторский Е.В. Проблема социальной физики в XVII столетии // Антологія української юридичної думки: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 1: Загальна теорія держави і права, філософія та енциклопедія права / Упор.: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; відп. ред. В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. Київ: Юридична книга, 2002. С. 492–507.
377. Спекторский Е.В. Происхождение идеи общего, или универсального, права // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира: у 2 кн. Кн. 2 / Уклад. І.С. Гриценко, В.А. Короткий; за ред. І.С. Гриценка. Київ: Либідь, 2011. С. 431–445.
378. Спіноза Б. Теологічно-політичний трактат / Пер. з лат. і вст. слово В. Литвинова. Київ: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2003. 237 с.
379. Становлення // Словник української мови: в 11 т. Т. 9. Київ: Наукова думка, 1978. С. 649.
380. Степин В.С. Генетически-конструктивный метод // Новая философская энциклопедия / Институт философии РАН; научно-ред. совет: В.С. Степин–председатель и др. Т. 1. Москва: Мысль, 2010. С. 499–500.
381. Степин В.С. Научная картина мира // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 581–584.
382. Стршемень-Стройновский И. Наука права природного, политического, государственного хозяйства и права народов. Санкт-Петербург: в Медицинской типографии, 1809. 49, 64, 66, 96 с.
383. Тарановский Ф.В. Заметки о Монтескье // Юридические записки, издаваемые Демидовским юридическим лицеем. 1913. Вып. 1–2. С. 1–36.
384. Тарановский Ф.В. Лейбниц и так называемая внешняя история права // Журнал министерства народного просвещения. Ч. II. С. 32–66.

385. Тарановский Ф.В. Сравнительное правоведение в конце XIX века. Варшава: Типография Варшавского учебного округа, 1902. 27 с.
386. Тарановский Ф.В. Сравнительно-исторический метод и сравнительное правоведение // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / За ред. О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, К.О. Черниченко, О.В. Ткаченко. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. С. 200–210.
387. Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев: Типография К. Маттисена, 1917. 534 с.
388. Тарановский Ф.В. Учение о естественном праве // Академічна юридична думка / Укл. І.Б. Усенко, Т.І. Бондарук; за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. Київ: Ін Юре, 1998. С. 78–93.
389. Тарановский Ф.В. Юридический метод в государственной науке: очерк развития его в Германии: Историко-методологическое исследование. Варшава: Типография Варшавского учебного округа, 1904. 332 с.
390. Тарасов Н.Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) // Правоведение. 2001. № 1. С. 31–50.
391. Тарнас Р. История западного мышления. Москва: КРОН-ПРЕСС, 1995. 448 с.
392. Тененбаум В.С. О соотношении теории и истории государства и права // Актуальные проблемы истории государства и права / Редкол.: В.М. Курицын (предс.) и др. Москва: ИГП АН СССР, 1976. С. 92–97.
393. Тешке Б. Миф о 1648 годе: класс, геополитика и создание современных международных отношений. Москва: Изд. дом Государственного ун-та–Высшей школы экономики, 2011. 416 с.
394. Тибо А.Ф.Ю. О необходимости общего гражданского права для Германии // фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 102–127.
395. Тилле А., Файзиев М. Из истории сравнительного правоведения // Общественные науки в Узбекистане. 1970. № 5. С. 38–45.
396. Тилле А., Файзиев М. Общие проблемы сравнительного правоведения / Проблемы сравнительного исследования законодательства союзных республик / Отв. ред. А.И. Ишанов. Ташкент: Фан, 1974. С. 9–59.
397. Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. Изд. 2-е, доп. и испр. Москва: Высшая школа, 1978. 199 с.
398. Тимковский И.Ф. Записки. Мое определение в службу // Русский архив. 1874. Т. XII. № 6. С. 151–194.
399. Тимковский И.Ф. О применении знаний к состоянию и цели государства // Речи, говоренные в торжественном годовом собрании Императорского Харьковского университета, бывшем 17 января 1808 года. Харьков: Университетская типография, 1808. С. 3–28.

400. Тимошина Е.В. Историческая школа права // Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В. История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 312–324.
401. Тимошина Е.В. «Органицизм» как методологическая ориентация консервативной правовой философии // Право и политика. 2000. № 10. С. 14–23.
402. Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев: Знання, 2005. 334 с.
403. Тихомиров О.Д. Виникнення порівняльно-правових досліджень в Україні // Часопис Київського університету права. 2005. № 4. С. 32–37.
404. Тихомиров О.Д. Історичний та географічний плюралізм розвитку порівняльного правознавства // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 16–25.
405. Тихомиров О.Д., Гусарєв С.Д. Методологія порівняльно-правових досліджень // Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): Монографія / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Фенікс, 2007. С. 73–92.
406. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. Москва: НОРМА, 1996. 432 с.
407. Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 3–15.
408. Ткаченко А.В. Энигма функционализма: некоторые размышления относительно происхождения, содержания и перспектив функционального метода сравнительного правоведения: Монография. Киев: Науковий світ, 2012. 192 с.
409. Ткаченко О.В. Правове порівняння: ретроспектива епістемологічних моделей // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 53–64.
410. Томсинов В.А. Юридический факультет Московского университета в первой трети XIX в. [Електронний ресурс] // Сайт юридичного факультету Московського державного університету ім. М.В. Ломоносова. Режим доступу: http://www.law.msu.ru/history/1755-1917/1st-3-XIX Поділ на сторінки відсутній.
411. Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология: к критике учений о праве. Москва: Наука, 1971. 384 с.
412. Туманов В.А. Вступительная статья // Очерки сравнительного права / Под ред. В.А. Туманова. Москва: Прогресс, 1981. С. 5–18.
413. Туманов В.А. Из истории марксистской критики буржуазной правовой идеологии // Советское государство и право. 1971. № 8. С. 115–120.
414. Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения // Советское государство и право. 1982. № 11. С. 41–49.

415. Тюхтин В.С. Системно-структурный подход и специфика философского знания // Вопросы философии. 1968. № 11. С. 42–51.
416. Файзиев М.М. Использование классиками марксизма-ленинизма сравнительного метода при исследовании государственно-правовых явлений // Советское государство и право. 1973. № 8. С. 120–123.
417. Фальк Н.Н. Различия в праве и сравнительное правоведение / Пер. с нем. языка В.В. Эмих при участии Е.В. Серебренниковой под ред. А.В. Кресина // Сучасні проблеми порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. Ю.С. Шемшученка, Я.В. Лазура; упор. О.В. Кресін, М.В. Савчин. Ужгород-Київ: Говерла, 2015. С. 196–197.
418. Федераліст: коментар до Конституції Сполучених Штатів / А. Гамільтон, Д. Медісон, Д. Джей; Пер. з англ. Київ: Сфера, 2002. 490 с.
419. Федчук Д.А. Средневековая метафизика. Санкт-Петербург: Изд-во Санкт-Петербургского гос. ун-та экономики и финансов, 2011. 133 с.
420. фон Фейєрбах П.Й.А. Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження. 2012. № 1–2. С. 10–23.
420А. фон Фейєрбах П.Й.А. Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство / Пер. О. Шаблій за ред. О. Кресіна/ // Порівняльне правознавство. 2012. № 3–4. С. 328–339.
421. фон Фейєрбах П.Й.А. Погляд на німецьке правознавство / Пер. з фр. О.А. Шаблій за ред. О.В. Кресіна/ // Порівняльно-правові дослідження. 2011. № 2. С. 10–21.
421А. фон Фейєрбах П.Й.А. Погляд на німецьке правознавство / пер. О.А. Шаблій за наук. ред. О.В. Кресіна/ // Порівняльне правознавство. 2012. № 1-2. С. 282–292.
422. Филатов В.П. Теоретические комплексы и сети теорий // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / Институт философии РАН; Редколл.: гл. ред. И.Т. Касавин и др. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009. С. 970–971.
423. Фихте И.Г. О понятии наукоучения, или так называемой философии // Фихте И.Г. Сочинения. Работы 1792–1801 гг. / Сост. П. Гайденко. Москва: Ладомир, 1995. С. 231–276.
424. Фихте И.Г. Основа естественного права согласно принципам наукоучения / Пер. с нем. А.К. Судакова. Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2014. 392 с.
425. Фихте И.Г. Основа общего наукоучения / Фихте И.Г. Сочинения. Работы 1792–1801 гг. / Сост. П. Гайденко. Москва: Ладомир, 1995. С. 277–480.
426. Філософія порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. 540 с.
427. Філософія права: Підруч. / О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань, С.І. Максимов та ін.; за ред. О.Г. Данильяна. Харків: Право, 2009. 208 с.
428. Фіхте Й.Г. Що таке народ у вищому розумінні цього слова і що таке любов до Батьківщини // Націоналізм: Антологія / Упор. О. Проценко, В. Лісовий. Київ: Смолоскип, 2000. С. 45–50.

429. Фоварк-Коссон Б. Два століття еволюції порівняльного права у французькій правовій доктрині // Порівняльне правознавство. 2013. № 1–2. С. 320–329.
430. Харитонов Є.О. До питання про доцільність дослідження західної традиції приватного права українськими науковцями // Актуальні проблеми держави і права. 2004. Вип. 23. С. 35–41.
431. Харитонов Р.Ф. Галузева юридична компаративістика: загальнотеоретичне дослідження: Дис. … канд. юрид. наук. Одеса, 2016. 207 с.
432. Харитонова О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи. Основи порівняльного правознавства: Європейські традиції. Вид. 2-е, доп. Харків: Одіссей, 2006. 624 с.
432А. Харитонова О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. Харків: Одіссей, 2002. 592 с.
433. Харитонова О. Циклічний розвиток європейської цивілізації як чинник рецепції античного права // Середньовічна Європа: погляд з кінця XX ст.: Матеріали міжнародної наукової конференції. Чернівці, 2000. С. 12–17.
434. Хижняк С.П. Национальная культура как фактор формирования языковой и концептуальной картин мира (на примере научной картины мира юриспруденции) // Известия Саратовского ун-та. Новая серия. Серия: Филология. Журналистика. 2016. Т. 16. Вып. 2. С. 130–134.
435. Хобсбаум Э. Нации и национализм после 1780 года. Санкт-Петербург: Алетейя, 1998. 307 с.
436. Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2006. 346 с.
437. Цахаріа К.С. Про призначення «Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн» / Пер. з нім. Р.І. Корнути, О.А. Шаблій за ред. О.А. Шаблій // Сучасні проблеми порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. Ю.С. Шемшученка, Я.В. Лазура; упор. О.В. Кресін, М.В. Савчин. Ужгород-Київ: Говерла, 2015. С. 198–209.
438. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. Т. I: Основы. Москва: Междунар. отношения, 2000. 480 с.
439. Чельцов-Бебутов М.А. Преступление и наказание в истории и в советском праве // Антологія української юридичної думки. В 10 т. Т. 9: Юридична думка радянської доби / Відп. ред. В.П. Нагребельний. Київ: Видавничий Дім «Юридична книга», 2004. С. 541–560.
440. Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. Москва: Юристъ, 1996. 576 с.
441. Чернова С.А. Научная картина мира как форма развития знания о реальности // Вестник Вятского государственного гуманитарного университета. 2010. Т. 4. № 4. С. 27–30.
442. Честнов И.Л. Критерии современности правопонимания // Философия права в России: история и современность. Материалы

третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2009. С. 254–262.
443. Чиркин В.Е. Государствоведение. 3-е изд., испр. и доп. Москва: МПСУ; Воронеж: МОДЭК, 2012. 480 с.
444. Чиркин В.Е. Некоторые вопросы методологии и методов сравнительного правоведения // Методология сравнительного правоведения: Мат-ли конф. / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. Москва: Ин-т зак-ва и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2012. С. 49–53.
445. Чиркін В. Формаційно-цивілізаційний підхід до класифікації правових систем і сімей // Порівняльне правознавство. 2012. № 3–4. С. 63–83.
446. Чичерин Б.Н. История политических учений. Т. 3. 2-е изд., испр. Санкт-Петербург: Изд-во РХГА, 2010. 784 с.
447. Шаляпин С.О. Сравнительное правоведение: от метода познания к отрасли науки // Вестник Избирательной комиссии Архангельской области. 2008. № 3 (23). С. 9–12.
448. Шаров Н.Ф. Природа научной конвенциональности: когнитивно-языковой аспект // Вектор науки. Тольяттинский государственный университет. 2013. № 1 (23). С. 269–272.
449. Шемшученко Ю.С., Кресин А.В. Сравнительное правоведение: основные вехи истории // Научные чтения–2010: Сборник статей Международной научно-практической конференции, посвященной 40-летию Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации (Казань, 21 апреля 2010 г.) / отв. ред. И.Б. Петрунина. Казань: Печать-Сервис- XXI век, 2010. С. 375–384.
450. Шемшученко Ю.С., Кресин А.В. Сравнительное правоведение: основные этапы развития и роль в диалоге культур и цивилизаций // Диалог культур и партнерство цивилизаций: становление глобальной культуры: X Международные Лихачевские чтения. Санкт-Петербург, 2010. С. 250–254.
451. Шершеневич Г.Ф. История философии права. Москва: Университетская типография, 1906 [Електронний ресурс] // Сайт «Вузовская литература». Режим доступу: http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1508_page_35.html Поділ на сторінки відсутній.
452. Шлёцер А.Л. Представление всеобщей истории. Москва: Университетская типография, 1791. 268 с.
453. Шпенглер О. Закат Европы. Новосибирск: ВО «Наука», 1993. 592 с.
454. Штраус Л. Естественное право и история. Москва: Водолей Publishers, 2007. 312 с.
455. Шульгин В. История Университета св. Владимира. Киев: Лыбидь, 2010. 280 с.
456. Шуталева А.В. Классическая естественно-научная картина мира: особенности формирования новоевропейской науки и трансформация принципов античной рациональности // Вестник Ленинградского государственного университета им. А.С. Пушкина. 2011. Т. 2. Вып. 2. С. 122–128.

457. Эмих В.В. Ганс vs Савиньи: полемика между философской и исторической школами права // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2015. Т. 15. Вып. 4. С. 137–153.
458. Эмих В.В. Эдуард Ганс о праве, его происхождении и развитии (по материалам труда «Наследственное право во всемирно-историческом развитии») // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 314–325.
459. Энгельс Ф. Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. 2-е изд. Т. 21. Москва: Госполитиздат, 1961. С. 269–317.
460. Юридический факультет Харьковского университета за первые сто лет его существования (1805–1905) / Под ред. М.П. Чубинского, Д.И. Багалея. Харьков: Типография «Печатное дело», 1908. VIII, 311, III с.
461. [Анонімна вступна стаття] // La Revue des Deux Mondes: Recueil de la Politique, de l'Administration et des moeurs. 1829. [Num. 1]. P. 1–3.
462. [Анонімна рецензія на праці Л. Варнконіга] Study of the Civil Law // The Foreign Review and Continental Miscellany. 1828. Vol. II. P. 41–67.
463. Actes du Gouvernement / Grunebaum-Ballin P. Comment Bonaparte, Premier Consul, fonda le premier organisme francais d'etude des legislations etrangeres et du droit compare // Revue internationale de droit compare. 1953. Vol. 5. No. 2. P. 268–269.
464. Altamira y Crevea R. Les etudes de droit compare en Espagne // Actorum Academiae universalis iuresprudentiae comparativae. Vol. 1. Berlin, London, Paris: Hermann Sack, 1928. P. 97–109.
465. Amari E. Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate / A cura di G. Bentivegna. Catania: Rubbettino, 2005. XXVIII, 663 p.
466. Amari E. Critica di una scienza delle legislazioni comparate. Genova: Tipografia del R.I. De'Sordomuti, 1857. 557 p.
467. Amari E. Della necessità e della utilità dello studio della legislazione comparata // Bentivegna G. Filosofia civile e diritto comparato in Emerico Amari. Napoli: Guida, 2003. P. 271–301.
468. Amos Sh. A Systematic View of the Science of Jurisprudence. London: Longmans, Green and Co., 1872. XXII, 545 p.
469. Ancel M. Cent ans de droit compare en France // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Un siecle de droit compare en France. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 3–21.
470. Ankündigung der Vorlesungen, welche im Winterhalbenjahre 1820–1821 auf der Grossherzoglich–Badischen Albert-Ludwigus Universitat zu Freiburg im Breisgau gehalten werden // Isis von Oken. Jena, 1820. No. 27. S. 208–215.

471. Audren F., Halpérin J.-L. La science juridique entre politique et sciences humaines (XIXéme–XXéme siécles) // Revue d'histoire des sciences humaines. 2001. Vol. 1. No. 4. P. 3–7.
472. Audren F., Navet G. Note sur la carriere d'Eugene Lerminier au College de France (1831–1849) // Revue d'histoire des sciences humaines. 2001. Vol. 1. No. 4. P. 57–67.
473. Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Vol. 1. London: Read books, 2007. 420 p.
474. Avant-project de Rapport general de M. Niboyet. UNESCO/MRT/13. Paris, le 7 janvier 1952. 107 p.
475. Balazs F. Paradigms of modern comparative law. Toward a new interpretation of the history of comparative law: PhD thesis abstract. Budapest: Pazmany Peter Catholic University, 2009. 16 p.
476. Barrett B. Code Napoleon, verbally translated, to which is prefixed an Introductory Discourse containing a succinct account of the civil regulations, comprised in the Jewish Law, the ordinance of Manu, the Ta Tsing Leu Lee, the Zend Avesta, the Laws of Solon, the Twelve Tables of Rome, the Laws of the Barbarians, the Assizes of Jerusalem, and the Koran: in 2 vols. London: Printed for W. Reed, 1811. Vol. 1. XIV, CCCXCIII, [III], 146 p. Vol. 2. P. 147–575.
477. Beaud O. L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny // Annuaire de l'Institut Michel Villey. 2009. Vol. 1. P. 9–58.
478. Bell J. Le droit compare au Royaume-Uni // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 283–296.
479. Bentivegna G. Filosofia civile e diritto comparato in Emerico Amari. Napoli: Guida, 2003. 432 p.
480. von Berg G.H. Vergleichende Darstellung der Organisation der französischen Staatsverwaltung in Beziehung auf das Königreich Westphalen und andere deutsche Staaten, Frankfurt und Leipzig 1808. IV, 250 S.
481. Berkowitz R. The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition. Cambridge, Mass; London: Harvard university press, 2005. XVIII, 214 p.
482. Berman H.J. The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale // Jale Law Journal. 1994. Vol. 103. P. 1651–1738.
483. Bermann G.A. The discipline of comparative law in the United States // Revue internationale de droit compare. 1999. No. 4. P. 1041–1052.
484. Bertani C. Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung (1824–1835) von Eduard Gans Das erste Zeugnis vom Einfluss Hegels auf die Privatrechtsgeschichtsschreibung // Rechtsgeschichte: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. 2007. Rg 11. P. 110–138.
485. Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften [рецензія] // Neues archiv des criminalrechts. Band 8. Halle, 1826. S. 339–371.

486. Blagojevic B.T. Les etudes de droit compare en Yougoslavie et les conceptions de la recherche comparative dans le droit socialiste // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 603–622.
487. Blanc-Jouvan X. Prologue // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 7–16.
488. Bluhme F. Grundriß des Pandectenrechts: mit einem Quellenregister. Halle: Eduard Anton, 1829. XL, 166 s.
489. Blume F. Englisches recht [рецензія] // Allgemeine literatur-zeitung. November 1830 (No. 207). S. 369–374.
490. Bodini I. Methodus, ad facilem historiarum cognitionem; ab ipso recognita, et multo quam antea locupletior: cum indice rerum memorabilium copiosissimo. Parisiis: Apud Martinum Iuuenem, via S. Io. Lateranensis, ad insigne serpentis, 1572. [XIV], 613, [XVIII] p.
491. Bos J. Nineteenth-Century Historicism and Its Predecessors. Historical Experience, Historical Ontology and Historical Method // The Making of the Humanities. Vol. II: From Early Modern to Modern Disciplines / Ed. by R. Bod, J. Maat, Th. Weststeijn. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2012. P. 131–147.
492. Breckman W. Eduard Gans and the Crisis of Hegelianism // Journal of the History of Ideas. 2001. Vol. 62. No. 3. P. 543–564.
493. Brooks R. The emergence of the Hellenic deliberative ideal: the classical humanist conception of comparative law // Hastings international and comparative law review. 2006-2007. Vol. 30. P. 43–76.
494. Brown L.N. A century of comparative law in England: 1869–1969 // American journal of comparative law. 1971. Vol. 19. P. 232–252.
495. Brown L.N. L'Evolution du droit compare en Angleterre depuis 1869: un aperçu personnel // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 355–373.
496. Cairns J.W. Development of comparative law in Great Britain // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 131–173.
497. Chachorski W. Quelques aspects du droit compare en Pologne // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 479–492.
498. Clark D.S. Development of comparative law in the United States // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 175–213.
499. Clark D.S. Establishing Comparative Law in the United States: The First Fifty Years // Washington University Global Studies Law Revue. 2005. Vol. 4. P. 583–593.

500. Clark D.S. Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today // Tulane Law Review. 2000-2001. Vol. 75. P. 871–912.
501. Clayton R. Preface // Filangieri G. The science of legislation. Vol. I. London, Bristol: Emeri and Adams, 1806. P. V–VI.
502. Colas D. Civil Society and Fanaticism: Conjoined Histories. Stanford: Stanford University Press, 1997. 512 p.
503. Cuoco V. Programma di un "corso di legislazione comparata" / Cuoco V. Scritti vari / A cura di N. Cortese, F. Nicolini. P. I: Periodo Milanese (1801–1806). Bari: Gius. Laterza & Figli, 1924. P. 325–337.
504. Czacki T. Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich? I czy z połnocnemi narodami mielismy wiele wspolnych praw i zwyczaiow? Rosprawa czytana w Krzemieńcu na otwarciu roku szkolnego 1808 w Gimnazyum Wołyńskiem. Wilno: u J. Zawadzkiego, 1809. 122 s.
505. Czacki T. O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źrzódłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem. T. I. Warszawa: w Drukarni J.C.G. Ragoczego, 1800. VIII, 328 p.
506. Czacki T. O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym. T. II. Krakow: Drukarnia «Czasu», 1861. 353 s.
507. Daniłowicz I. Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi I litewskiemi. Warszawa: Księgarnia Jana Fiszera, 1905. 179+V S.
508. De Cruz P. Comparative law in a changing world. 2nd ed. London, Sydney: Cavendish, 1999. 512 p.
509. De Sola Canizares F. Iniciacion al derecho comparado. Barcelona: Instituto de derecho comparado, 1954. 330 p.
510. Del Vecchio G. Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato // Bericht über den III. Internationalen Kongress für Philosophie. Heidelberg: Carl Winter´s Universitätsbuchhandlung, 1909. P. 1037–1052.
511. Digitalisierungsprojekt «Juristische Zeitschriften 1703–1830» Liste der Zeitschriftentitel. 18 p. [Електронний ресурс] // Сайт Інституту історії права Європи Товариства Макса Планка. Режим доступу: http://data.rg.mpg.de/bibliothek/zeitschriftentitel-1703-1830.pdf
512. Donahue Ch. Comparative law before the Code Napoleon // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 3–32.
513. Dubber M. Comparative Criminal Law // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 1287–1325.
514. Durkheim E. Montesquieu. His Contribution to the Establishment of Political Science / Ed. by W.W. Miller. New York, Oxford: Berghahn Books, 1997. 136 p.
515. Ewald W. Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat? // University of Pennsylvania law review. 1995. Vol. 143. P. 1889–2149.

516. Falck N. Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft // Kieler blätter. 1819. Band 1. S. 1–87.
517. Falck N. Juristische Encyclopädie auch zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen. 4 aufl. Leipzig: Verlag von L.H. Bösenberg, 1839. XVI, 319 s.
518. Falck N. The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances. An outline of juristic study // Outlines of the science of jurisprudence. An introduction to the systematic study of law / Trans. and ed. by W. Hastie. Edinburgh: T & T. Clark, 1887. P. 161–223.
519. Fauvarque-Cosson B. Development of comparative law in France // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 35–67.
520. Feuerbach P. O prawodawstwie // Pamiętnik Warszawski. T. II. 1822. S. 199–209, 301–315.
521. von Feuerbach P.J.A. Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft. Landshut: bey Joseph Attenkofer, 1804. (II), 100 p.
522. von Feuerbach P. Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran // Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde. 1800. B. 2, St. 1. S. 163–192.
523. Filangieri G. The science of legislation. Vol. I. London, Bristol: Emeri and Adams, 1806. XVIII, 309 p.
524. Freeman E. Comparative Politics. Six Lectures Read Before the Royal Institution in Jan. And Feb. 1873; with the Unity of History, the Rede Lecture, Read Before the University of Cambridge, May 29, 1872. London: Macmillan and Co, 1873. VIII, 522 p.
525. Friedländer A. Definition and History of Juristic Encyclopaedia // Outlines of the science of jurisprudence. An introduction to the systematic study of law / Trans. and ed. by W. Hastie. Edinburgh: T & T. Clark, 1887. P. 231–278.
526. Fuller S.W. Positivism and legal science // Encyclopedia of law and society. American and global perspectives / Ed. by D.S. Clark. Thousand Oaks, CA; London: Sage, 2007. P. 1153–1155.
527. Gans E. A Society to further Jewish integration (1822) // The Jew in the modern world: A documentary history / Ed. by P. Mendes-Flohr, J. Reinharz. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1995. P. 237–242.
528. Garcia Cantero G. L'Enseignement du droit compare en Espagne: Apercu historique et etat actuel // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 123–139.
529. Gardner J.C. The Study of Comparative Law in Great Britain // Journal of Comparative Legislation and International Law. 3d series. 1932. Vol. 14. P. 201–206.
530. Glenn H.P. Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2004. 401 p.
531. Glenn H.P. On common laws. Oxford: Oxford university press, 2005. 158 p.

532. Glenn H.P. Vers un droit compare integre? // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 105–116.
533. Goodhart A.L. Roscoe Pound // Harvard Law Review. 1964. Vol. 78. No. 1. P. 23–37.
534. Grande E. Development of comparative law in Italy // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 107–130.
535. Grew N. The comparative anatomy of trunks together with an account of their vegetation grounded thereupon; in two parts: the former read before the Royal Society, Feb. 25. 1674/5; the latter, June 17. 1675. The whole explicated by several figures in nineteen copper-plates; presented to the Royal Society in the years 1673. and 1674. London: printed by J.M. for Walter Kettilby at the sign of the Bishops Head in S. Paul's Church-yard, 1675. 8, 81 p.
536. Grolman K. Ueber Ehre und guten Namen // Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung. 1798. B. 1, H. 1. S. 1–55.
537. Grundriss zur vergleichenden Darstellung des Criminalrechts [рецензія] // Allgemeines Repertorium der neuesten in- und ausländiscen Literatur für 1826. Band I. S. 94–96.
538. Grunebaum-Ballin P. Comment Bonaparte, Premier Consul, fonda le premier organisme francais d'etude des legislations etrangeres et du droit compare // Revue internationale de droit compare. 1953. Vol. 5. No. 2. P. 267–273.
539. Gutteridge H.C. Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research. Cambridge: University press, 1946. 208 p.
540. Gutteridge H.C. The Study of Comparative Law in France and England // Journal of Comparative Legislation and International Law. 3d series. 1922. Vol. 4. P. 84–88.
541. Gutzwiller M. Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht // Recueil de travaux suisses presentes au IVe Congres international de droit compare. Genéve, Paris: Droz, 1954. P. 3–25.
542. Hall J. Comparative law and social theory. Baton Rouge: Louisiana state university press, 1963. VI, 167 p.
543. Hamza G. Comparative law and Antiquity. Budapest: Akademiai kiado, 1991. 286 p.
544. Harmathy A. Comparative law in Hungary // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 209–216.
545. Hastie W. Translator's preface // Outlines of the science of jurisprudence. An introduction to the systematic study of law / Trans. and ed. by W. Hastie. Edinburgh: T & T. Clark, 1887. P. VII–XXXVIII.
546. Hayem H. L'étude du droit compare // Revue trimestrielle de droit civil. 1909. T. 8. P. 327–352.
547. Henfe H.W.E. Ueber das Studium des Römischen Rechts. Rede, beym Antritte des Prorektorates am 2ten November 1814 // Litterarisches Archiv der Akademie zu Bern. B. 4, H. 2. Bern, 1814. S. 31–51.

548. Heumann von Teutschbrunn J. Der Geist der Gesetze der Teutschen. Nurnberg: bei J.G. Lochner, 1761. [12], 410, [39] p.
549. Heun W. Die Entdeckung der Rechtsvergleichung // Wendepunkte der Rechtswissenschaft. Aspekte des Rechts in der Moderne / Hrsg. von W. Heun, F. Schorkopf. Gottingen: Wallstein, 2014. S. 9–18.
550. Hirschl R. Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law // Montesquieu and His Legacy / Ed. by R.E. Kingston. Albany, NY: State University of New York press, 2009. P. 199–220.
551. Hoeflich M.H. Comparative law in Antebellum America // Washington university global studies law review. 2005. Vol. 4. P. 535–545.
552. Hug W. The History of Comparative Law // Harvard Law Review. 1931–1932. Vol. 45. P. 1027–1070.
553. Hugo G. Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten // Civilistisches Magazin. 1815. B. IV. S. 90–134.
554. Hugo G. Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 1. Band, welcher, als allgemeine Einleitung in die Jurisprudenz uberhaupt und den civilistischen Cursus ins besondere, die juristische Encyclopadie enthalt. Zweiter, ganz von neuem ausgearbeiteter, Versuch. Berlin, 1799. 501 S.
555. Hugo G. Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Zweyter Band, welcher das Naturrecht, als eine Philosophie des positiven Rechts enthalt. Berlin, 1798. 405 S.
556. Huxley J. UNESCO. Its purpose and its philosophy / Preparatory Commission of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation. London: Frederick Printing Co., Ltd., 1946. 64 p.
557. Hyland R. Comparative law // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory / Ed. by D. Patterson. Oxford: Blackwell Publishing, 1999. P. 184–199.
558. Ionasco T. Le droit compare en Roumanie // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 495–513.
559. Jenks E. On the Study of Comparative Jurisprudence // Journal of Society of Comparative Legislation. New Series. 1900. Vol. 2. P. 446–452.
560. Johann Schilter [Електронний ресурс] // Сайт «Wikipedia». Режим доступу: https://de.wikipedia.org/wiki/Johann_Schilter Поділ на сторінки відсутній.
561. Johns C.L. The science of right in Leibniz's practical philosophy: A dissertation … for the degree of Doctor of Philosophy in Philosophy. Stony Brook: State University of New Yourk, 2007. 277 p.
562. Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts // Сайт Інституту історії права Європи Товариства імені Макса Планка. Режим доступу: http://dlib-zs.mpier.mpg.de/pages/alleZS.html Поділ на сторінки відсутній.
563. Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.–20. Jahrhunderts / Hrsg von M. Stolleis. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999. 710 S.

564. Kelly J.M. A short history of Western legal theory. Oxford: Clarendon Press, 2003. 460 p.
565. Kerameus K.D. Message from the President of the International Academy of Comparative Law // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. Москва: НОРМА, 2002. С. 249–250.
566. Kiikeri M. Comparative Legal Reasoning and European Law. Dodrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001. XII, 334 p.
567. Klenner H. Savigny's Research Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 67–80.
568. Kletzer C. Custom and Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy // The Nature of Customary Law: Philsophical, Historical and Legal Perspectives / Ed. by A. Perreau-Saussine, J. Murphy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. P. 125–148.
569. Klippel D. Naturrecht und Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert: Eine Bibliographie 1780 bis 1850. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. 410 S.
570. Knapp V. Le droit compare en Tchecoslovaquie // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 533–541.
571. Kotz H. Comparative law in Germany today // Revue internationale de droit compare. 1999. No. 4. P. 753–768.
572. Kraushar A. Przedmowa wydawcy // Daniłowicz I. Kodex Napoleona w porównaniu z prawami polskiemi i litewskiemi. Warszawa: Księgarnia Jana Fiszera, 1905. S. 1–23.
573. Kresin O.V. [Theses of speach "Towards the question of comparative law genesis] / Bermann G.A., Glenn P., Scheppele K.L., Shalakany A., Snyder D.V., Zoller E. Comparative Law: Problems and Prospects // American University International Law Review. 2011. Vol. 26. No. 4. P. 960 (935–968).
574. Kresin O.V. Social Law Doctrine and the Genesis of Procedural Comparative Jurisprudence // The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches / Ed. by W.E. Butler, O.V. Kresin. London: Wildy, Simmonds & Hill, Publishers, 2015. P. 12–47.
575. Kühn Z. Development of comparative law in Central and Eastern Europe // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 215–236.
576. Kutner L. Legal Philosophers: Savigny: German Lawgiver // Marquette Law Review. 1972. Vol. 55, Iss. 2. P. 280–295.
577. L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. 347 p.
578. L'avenir du droit comparé–Contributions offertes pour le cinquantenaire de la revue // Revue internationale de droit compare. 1999. No. 4. S. 747–1071.

579. Launay R. Montesquieu: the specter of despotism and the origins of comparative law // Rethinking the masters of comparative law / Ed. by A. Riles. Oxford, Portland Oregon: Hart, 2001. P. 22–38.
580. Le Collége de France. Quelques donnés sur son histoire et son caractere propre // Annuaire du Collége de France. 2005–2006. 106e année. Paris: Collége de France, 2006. P. 5–22 [Електронний ресурс] // Сайт "Collége de France". Режим доступу: www.college-de-france.fr/media/cours-et-travaux/UPL4814_Annuaire_introduction.pdf
581. Lee R. Social science knowledge: A report on institutionalization. Paper prepared for the Gulbenkian Commission on the Restructuring of the Social Sciences, Lisbon, June 17-18, 1994. Lisbon, 1994. 20 p.
582. Lee R.W. L'Etude du droit compare en Grande-Bretagne // Introduction a l'etude du droit compare: Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert. T. 1 (Parties 1–2). Paris: Libraire de la Societe Anonyme du Recueil Sirey, Librarie generale de droit et de jurisprudence, 1938. P. 344–347.
583. Legrand P. The same and the different // Comparative legal studies: traditions and transitions / Ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University press, 2003. P. 240–311.
584. Leibniz G.W. The new method of learning and teaching jurisprudence according to the principles of the didactic art premised in the general part and in the light of experience / Ed. by C.M. de Iuliis. Clark, NJ: Talbot Publishing, 2016. LXXXIII, 225 p.
585. Lerminier E. Cours d'histoire des législations comparées, professé au Collége de France. Paris: G. Ange et C°, [1836]. 387 p.
586. Lerminier E. De l'enseignement des législations comparées / Lerminier E. Ètudes d'histoire et de philosophie. T. II. Paris: Charpentier, Libraire-Ėditeur, 1836. P. 3–88.
587. Lerminier E. De la méthode dans l'histoire des législations comparées / Lerminier E. Études d'histoire et de philosophie. T. 2. Paris, 1836. P. 321–339.
588. Lerminier E. L'hébraïsme et le christianisme // Сайт «Wikisource. La bibliothéque libre». [Електронний ресурс]. Режим доступу: fr.wikisource.org/wiki/L'Hébraïsme_et_le_christianisme Поділ на сторінки відсутній.
589. Lerminier E. The German historical school of jurisprudence // American jurist and law magazine. 1836. Vol. 14. Issue 27. P. 43–61.
590. Livre du centenaire de la Société de législation comparée. Tome 2. Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé. Paris: Libraire générale de droit et de jurisprudence, 1969. 626 p.
591. Maciejowski W.A. Historya prawodawstw słowiańskich. T. 1. Warszawa, Lipsk: W Księgarniach Brzeziny I Hinrichsa, 1832. XII, 292 p.
592. Magner L.N. A History of the Life Sciences, Revised and Expanded. 3d ed. New York, Basel: Marcel Dekker, 2002. 520 p.
593. Maine H.S. Village Communities in the East and West. Six Lections Delivered at Oxford. London: John Murray, 1871. IX, 226 p.
594. Malmsrom A. Quelques remarques sur le developpement du droit compare en Suede // Livre du centenaire de la Societe de legislation

comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 517–520.
595. Martinelli R. Nature or History? Philosophical Anthropology in the History of Concepts // Etica & Politica / Ethics & Politics. 2010. Vol. XII. No. 2. P. 12–26.
596. Mayda J. Some critical reflections on contemporary comparative law // Zweigert K., Puttfarken H. Rechtsvergleichung. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978. S. 361–394.
597. von Mehren A.T. Roscoe Pound and Comparative Law // Harvard Law Review. 1965. Vol. 78. No. 8. P, 1585–1594.
598. Mittermaier C.J.A. Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts. Landshut: bei Joseph Thomann, 1812. VIII, 198 S.
599. Mittermaier C.J.A. Handbuch des peinlichen Processes: mit beständiger vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Rechts und der Bestimmungen der französischen, österreichischen, preussischen und baierischen Criminalgesetzgebung. B. 1, Abtheilung 1. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1810. IV, 392 s.
600. Mittermaier C.J.A. Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse: nach den gemeinen positiven Gesetzen und den Bestimmungen der französischen Criminalgesetzgebung. Th. I. Mannheim: bei Ferdinand Kaufmann, 1809. 336 S.
601. Modeen T. Le developpement de la situation du droit compare en Finlande // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 139–148.
602. Mohnhaupt H. "Historia literaria iuris". Beispiele juristischer Literaturgeschichten im 18. Jahrhundert. Max Planck Institute for European Legal history. Research papers series. No. 2013-03. 23 S. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://ssrn.com/abstract=2256530
603. Mohnhaupt H. Rechtsvergleichung in Mittermaiers "Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Ausländes" (1829–1856) // Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.–20. Jahrhunderts / Hrsg von M. Stolleis. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999. S. 527–554.
604. Mohnhaupt H. Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs // Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990): Beispiele, Parallelen, Positionen / Hrsg. Von H. Mohnhaupt. Frankfurt am Main: Klostermann, 1991. S. 97–128.
605. Mohnhaupt H. Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklarung als Erkenntnismethode // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 95–120.

606. Mollnau K.A. The Contribution of Savigny to the Theory of Legislation // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 81–93.
607. Monateri P.G. Critique et difference: le droit compare en Italie // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 253–266.
608. Monateri P.G. Methods in comparative law. An intellectual overview // Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Зб. наук. праць / За ред. О.В. Кресіна, І.М. Ситара; упор. О.В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. С. 26–52.
609. Mühlenbruch Ch.F. Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts. Zum Gebrauch academischer Vorlesungen. Rostock, Leipzig: K.C. Stillet, 1807. XVI, 542 S.
610. Navet G. Eugène Lerminier (1803-1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie // Revue d'Histoire des Sciences Humaines. 2001. Vol. 1. No. 4. P. 33–56.
611. № 1083 Vorlesungen auf der rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität zu Bonn im Wintersemester 1847/48 // Amts Blatt (Coblenz). 8 September 1847 (№ 58).
612. Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität Wurzburg für das Winter Semester 1822/23 // Regierungs und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern. 11 September 1822.
613. Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität Würzburg für das Sommer-Semester 1822 // Regierungs und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern. 17 April 1822.
614. Ordnung der Vorlesungen an der königlichen Universität Würzburg für das Sommer-Semester 1824 // Intelligenz-Blatt des Rheinkreises. 15 May 1824 (No. 136).
615. Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität Würzburg für das Winter Semester 1825/1826 // Regierungs und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern. 8 October 1825.
616. Ordnung der Vorlesungen an der Koniglichen Universitat zu Wurzburg fur das Sommer-Semester 1818 // Intelligenzblatt der Jenaischen Allgemeinen Literatur-Zeitung. Februar 1818.
617. Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität zu Würzburg für das Sommer Semester 1820 // Allgemeines Intelligenz-Blatt für da Königreich Baiern. 22 März 1820.
618. Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität zu Würzburg, für das Winter Semester 1820/1821 // Allgemeines Intelligenz-Blatt für da Königreich Baiern. 2 September 1820.
619. Ordonnance du Roi qui crée au collége de France une chaire d'histoire générale et philosophique des législations comparées // Bulletin des lois du Royaume de France. IXe série. Régne de Louis-Philippe Ier, Roi des Français. T. II. Partie II. 1 janvier 1831. Paris: De L-Imprimerie royale, 1831. P. 331.
620. Ortolan J.L.E. Cours de législation pénale comparée. Introduction philosophique. Méthode et sommaire du cours de 1838. Paris: Joubert, libraire–editeur, 1839. II, 235 p.

621. Palmer V.V. From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology // Global Jurist Frontiers. 2004. Vol. 4. Issue 2. P. 1–29.
622. Palmer V.V. Insularity and Leadership in American Comparative Law: The Past One Hundred Years // Tulane Law Review. 2000–2001. Vol. 75. P. 1093–1101.
623. Panchaud A. Le droit compare en Suisse // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 523–530.
624. Parker R. Legal Positivism // Notre Dame Law Review. 1956. Vol. 32, Iss. 1. P. 31–42.
625. Picard E. L'etat du droit compare en France, en 1999 // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 149–180.
626. Plan de l'ouvrage // Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte (Bruxelles). 1824. T. I. P. 5–6.
627. Pollock F. Le Droit compare: Prolegomenes de son histoire // Proces-verbaux des seances et documents. Congres International de Droit Compare. T. I. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1905. P. 248–261.
628. Pollock F. The History of Comparative Jurisprudence // Journal of Society of Comparative Jurisprudence. 1903. Vol. 5. P. 74–89.
629. Pound R. Comparative Law in Space and Time // American Journal of Comparative Law. 1955. Vol. 4. P. 70–84.
630. Pound R. Liberty of Contract // Yale Law Journal. 1909. Vol. 18. P. 454–487.
631. Pound R. The Scope and the Purpose of Sociological Jurisprudence // Harvard Law Revue. 1911–1912. Vol. 25. P. 140–168, 489–516.
632. Preparatory meeting for the establishment of an International Comparative Law Association. Summary record of the the first meeting. UNESCO/SS/EDC/Conf.1/SR1. Paris, 28 March 1949. 12 p.
633. Preparatory meeting for the establishment of an International Comparative Law Association. Summary record of the meetings of the Sub-Commission instructed to examine the influence of the differences in national juridical systems on tensions affecting international understanding. UNESCO/SS/EDC/Conf.1.S.C.TEN/SR1. Paris, 13 April 1949. 8 p.
634. Preparatory meeting for the establishment of an International Comparative Law Association. Procedure committee. Summary record of the first meeting. UNESCO/SS/EDC/Conf.1/SC.PRO/SR1. Paris, 30 March 1949. 7 p.
635. Progetto di decreto per l'organizzazione della publica istruzione / Relatore V. Coco. Napoli, 1809. CIV p.
636. Programme et rapporteurs du Congres International de Droit Compare de 1900 // Proces-verbaux des seances et documents. Congres International de Droit Compare. T. I. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1905. P. 18–20.

637. Pütter J.S. Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie, 2 Aufl., Göttingen: im Verlag der Wittwe Vandenhoeck, 1767. (XIII), 254 S.
638. Radbruch G. Anselm v. Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft / Radbruch G. Gesamtausgabe / Hrsg. von A. Kaufman. Bd. 6: Feuerbach / Bearb. von G. Haney. Heidelberg: Muller, 1997. S. 315–328.
639. Radbruch G. Anselme Feuerbach. Precurseur du droit compare / Radbruch G. Gesamtausgabe / Hrsg. von A. Kaufman. Bd. 6: Feuerbach / Bearb. von G. Haney. Heidelberg: Muller, 1997. S. 306–315.
640. Rahmatian A. Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre // The Journal of Legal History. 2007. Vol. 28. No. 1. P. 1–29.
641. Rakowiecki I.B. O stanie cywilnym dawnych slowian. Rzech czytana na publiczném posiedzeniu Towarzystwa Królewskiego Warszawskiego Przyiacoł Nauk dnia 3 Maia 1820 roku. Warszawa, 1820. 16 s.
642. Rakowiecki J.B. Prawda ruska; czyli, Prawa wielkiego xięcia Jarosława Władymirowicza, tudziez traktaty Olga y Igora ww. xx. kiiowskich z cesarzami greckimi, y Mścisława Dawidowicza x. Smoleńskiego z Rygą zawarte, których texta, obok z polskiém tłomaczeniem poprzedza Rys historyczny zwyczaiów, obyczaiów religiy, praw y języka dawnych słowiańskich y słowiańsko-riskich narodow. T. I. Warszawa: Drukarnia XX Piiarow, 1820. (III), XVI, 320 s.
643. Rakowiecki I.B. Prawda Ruska; czyli prawda wielkiego xięcia Jarosława Władymirowicza tudzież Traktaty Olga i Igora ww. xx. kiiowskich z cesarzami greckimi y Mćisława Dawidowicza x. smoleńskiego z Rygą zawarte, których texta, obok z polskiém tłomaczeniem poprzedza Rys historyczny zwyczaiów, obyczaiów, religiy, praw y języka dawnych słowiańskich y słowiańsko-ruskich narodow. T. II. Warszawa: Drukarnia XX Piiarów, 1822. XII, 320 s.
644. Reddie J. Historical Notes of the Roman Law, and of the Recent Progress of its Study, in Germany. Edinburgh, 1826. 136 p.
645. Van Reenen T.P. The comparison of laws in medieval legal thought // Journal of South African Law. 1995. No. 4. P. 659–668.
646. Reimann M. Nineteenth Century German Legal Science // Boston College Law Review. 1990. Vol. 31. No. 4. P. 837–897.
647. Reimann M. The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 95–119.
648. Reimann M. The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century // American Journal of Comparative Law. 2002. Vol. 50. P. 671–700.
649. Reitemeier J.F. Die Deutsche Gesetzwissenschaft seit den neuern Legislationen. Eine Revision der Gesetze und Rechtsmeinungen imgleichen der Wahrheit vor Gericht in Gesetzbüchern, Rechtssprüchen und gelehrten Schriften mit einer Sammlung von Rechtsfällen. Band I. Stück 1–2. Frankfurt an der Oder: Akademischen Buchhandlung, 1804. XIV, 142 S.

650. Resolution of the Imperial Diet of Augsburg, 1555 [Електронний ресурс] // Сайт "History Today". Режим доступу: http://www.historytoday.com/richard-cavendish/diet-augsburg
651. Rethinking the Masters of Comparative Law / Ed. by A. Riles. Oxford, Portland Oregon: Hart, 2001. 260 p.
652. Richter M. Introduction // Montesquieu Ch. Selected political wrightings / Ed., introd., preface by M. Richter. Indianapolis, 1990. P. 1–53.
653. Richter M. Montesquieu's theory and practice of the comparative method // History of the human sciences. 2002. Vol. 15. No. 2. P. 21–33.
654. Richter M. The comparative study of regimes and societies in the Eighteenth-Century // The Cambridge history of Eighteenth-century political thought. Cambridge: Cambridge university press, 2006. P. 147–171.
655. Riles A. Introduction: The projects of comparison // Rethinking the masters of comparative law / Ed. by A. Riles. Oxford, Portland Oregon: Hart, 2001. P. 1–18.
656. Rodes R.E. On the Historical school of jurisprudence // American Journal of Jurisprudence. 2004. Vol. 49, Iss. 1. P. 165–184.
657. Rolin-Jaequemyns G. De l'etude de la legislation comparee et du droit international // Revue de droit international et de législation comparée. 1869. T. 1. No. 1. P. 1–17.
658. Rotondi M. Diritto comparato / Rotondi M. Studi di diritto comparato e teoria generale. Padova: CEDAM, 1972. P. 771–831.
659. Rotondi M. Le droit compare en Italie au cours du dernier siecle // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 395–407.
660. Rotondi M. Per la storia del diritto comparato (La "Critica di una scienza delle legislazioni comparate" di Emerico Amari) // Liber amicorum baron Louis Fredericq. T. II. Gent: Wetenschappelijke Uitgeverij, 1966. P. 853–880.
661. Rückert J. The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900 // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 121–137.
662. Sacco R. Epilogue // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 337–347.
663. Sacco R. One hundred years of comparative law // Tulane law review. 2000-2001. Vol. 75. P. 1159–1176.
664. von Savigny F.K. N.Th. v. Gönner. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit. Erlangen: ben Palm, 1815 // Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 1815. Bd. 1. S. 373–423.
665. von Savigny F.K. Stimmen für und wider neue Gesetzbücher // Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 1817. Band 3. S. 1–52.

666. Scarciglia R. A brief history of legal comparison: A lesson from the Ancient to Post-Modern times // Beijing Law Review. 2015. No. 6. P. 296–310.
667. Schepel H. The European Brotherhood of Lawers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law // Law and Social Inquiry. 2007. Vol. 32, Iss. 1. P. 183–199.
668. Schlesinger R.B. The Past and Future of Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 1995. Vol. 43. P. 477–481.
669. Schwenzer I. Development of comparative law in Germany, Switzerland, and Austria // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. P. 69–106.
670. Session du Congres. Proces-verbaux sommaires // Proces-verbaux des seances et documents. Congres International de Droit Compare. T. I. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1905. P. 21–166.
671. Smith B.G. The rise and fall of Eugene Lerminier // French historical studies. 1982. Vol. 12. No. 3. P. 377–400.
672. Speech delivered on 21 march 1949 at the opening of the preparatory meeting for the establishment of an International Comparative Law Association by Mr. Jaime Torres Bodet, director-general of UNESCO // International Social Science Bulletin. 1949. Vol. I. No. 1-2. P. 6–8.
673. Stromholm S. Le droit compare en Suede au seul du troisieme millenaire // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 297–304.
674. Sugiyama N. Essai d'une conception synthetique du droit comparé // Introduction a l'étude du droit comparé: Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert. T. 1 (Parties 1–2). Paris: Libraire de la Société Anonyme du Recueil Sirey, Librarie générale de droit et de jurisprudence, 1938. P. 50–60.
675. Sutherland A.E. One Man of His Time // Harvard Law Review. 1964. Vol. 78. No. 1. P. 7–22.
676. Szabo I. Les aspects historiques du droit compare en Hongrie // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 377–390.
677. Tchkhikvadze V.M., Zivs S.L. L'Evolution de la science juridique et de droit compare en URSS // Livre du centenaire de la Societe de legislation comparee. Evolution internationale et problemes actuels du droit compare. Paris: Libraire generale de droit et de jurisprudence, 1969. P. 581–600.
678. The General Treaty of the Final Act of the Congress of Vienna, 9 June 1815 [Електронний ресурс] // Сайт "Wikisource". Режим доступу: https://en.wikisource.org/wiki/Final_Act_of_the_Congress_of_Vienna/General_Treaty Поділ на сторінки відсутній.

679. The Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2008. 1430 p.
680. The Religious Peace of Augsburg [Електронний ресурс] // Сайт "German History Documents". Режим доступу: http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=4386 Поділ на сторінки відсутній.
681. The university teaching of social sciences: law. Report prepared by Ch. Eisenmann for the International Association of Legal Science. Rev. and enlarged ed. Paris: UNESCO, 1973. 182 p.
682. The work of the International Committee of Comparative Law // International Social Science Journal. 1951. Vol. III. No. 1. P. 114–115.
683. Themelly M. Cuoco, Vincenzo // Dizionario Biografico degli Italiani. Vol. 31 (1985) [Електронний ресурс] // Сайт «Dizionario Biografico». Режим доступу: http://www.treccani.it/enciclopedia/vincenzo-cuoco_%28Dizionario-Biografico%29/ Поділ на сторінки відсутній.
684. Thireau J.-J. L'avenement de la comparaison des droits en France // Comparer les droits, resolument / Sous la dir. de P. Legrand. Paris: Presses Universitaires de France, 2009. P. 597–618.
685. Toews J.E. The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 139–169.
686. Ueber das Naturrecht [рецензія] // Blätter für literarische Unterhaltung. 26 April 1831 (Nr. 116).
687. UNESCO and the social sciences // International Social Science Bulletin. 1949. Vol. I. No. 1–2. P. 9–10.
688. Vanderlinden J. Autour et alentour d'une generation de comparatistes Belges // L'Avenir du droit compare. Un defi pour les juristes du nouveau millenaire. Paris: Societe de legislation comparee, 2000. P. 39–64.
689. Vorlesungen auf der Rheinischen Friedrich Wilhelms universität zu Bonn im Winterhalbjahr 1847/48. Bonn: Gedruckt bei Carl Georgi, 1847. 8 S.
690. Walton F.P. The Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law // Actorum Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae. Vol. II. Pars I. Paris: Sirey, 1934. P. 202–215.
691. Warnkoenig L.A. De l'état actuel de la science du Droit en Allemagne, et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années // Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte (Bruxelles). 1824. T. I. P. 7–23.
692. Waszek N. Judaïsme et histoire comparée du droit chez Edouard Gans // Revue germanique internationale. 2002. Band 17. P. 163–175.
693. von Weber H.B. Ueber das Studium der Rechtswissenschaft und insbesondere der Strafrechtswissenschaft. Tübingen: bei Heinrich Laupp, 1825. VI, 114 S.
694. von Wendt C.E. Grundriss zur vergleichender Darstellung des Criminalrechts aus den Bestimmungen der römischen, canonischen,

gemeinen teutschen, österreich., preuss., schweiss. und französischen, besonders aber der bairischen ältern und neuern Gesetzgebungen… Als Repertorium für academisches Studium, gerichtliche Praxis und Revision der Gesetzgebung, entworfen und in Verbindung mit einigen Mitgliedern des juristisch — praktischen Instituts. Nürnberg: Riegel und Wiessner, 1825. XL, 107 S.

695. Wigmore J.Y. Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae // Harvard Law Review. 1917. Vol. 30. No. 8. P. 812–829.
696. Zachariä K.S. Die Wissenschaft der Gesetzgebung. Als Einletung zu einem allgemeinen Gesetzbuche. Leipzig: bey G. Fleischer, 1806. 358 S.
697. Zammito J.H. [Рецензія на:] Ziolkowski T. Clio the Romantic Muse: Historicizing the Faculties in Germany. Ithaca: Cornell University Press, 2004 // Monatshefte. 2007. Vol. 99. No. 1. P. 116–118.
698. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Band 3. Heft 1 [рецензія] // Heidelberger Jahrbücher der Literatur. 1818. Band 11. Hälfte 1–2. S. 40–61, 161–176, 393–408.
699. Zimmermann R. Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science // The Law Quarterly Review. 1996. Vol. 112. P. 576–605.
700. Ziolkowski T. Clio the Romantic Muse: Historicizing the Faculties in Germany. Ithaca: Cornell University Press, 2004. 240 p.
701. Ziolkowski T. German Romanticism and Its Institutions. Princeton: Princeton University Press, 1990. XIII, 440 p.
702. Zusammenstellung der Verzeichnisse der Juristischen Vorlesungen auf sämmtlichen deutschen Universitäten im Winterhalbjahr 1825/1826 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur. 1826. Band 1. S. 118–123, 238–255.
703. Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf sämmtlichen deutschen Universitäten im Sommerhalb jahr 1826 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur. 1826. Band 1. S. 375–398. Band 2. S. 213.
704. Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827 / 28 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur. 1828. Band 7. S. 106–121, 248–250.
705. Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1828–1829 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen literatur. 1828. Band 9. S. 99–107, 291–297.
706. Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1829/30 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen literatur. 1829. Band 12. S. 95–103, 218–224.
707. Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1831–1832 // Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur. 1831. Band 17. S. 222–226, 329–342.

Oleksiy Kresin. Formation of the comparative legal studies theoretical foundations in the second half of XVIII — the first third of XIX centuries: Comparative conceptualization: Monograph. Kyiv: Volodymyr Koretskyi Institute of State and Law, National Academy of Sciences of Ukraine, Publishing House «Logos», 2017. 680 p.

The book based on the rethinking of known and adding into scientific circulation of many unknown sources first comprehensively examined the preconditions, context of appearance and genesis of the comparative legal studies theoretical foundations, and their early institutionalization. Among the preconditions of the comparative legal studies theoretical foundations formation singled out the shaping of the subject and object of legal sciences. The fact that natural law as the actual law disappeared from the subject of law before the early XIX century and positive law began to be seen as a self-contained, for the first time provided comparative legal research with special meaning, and determination of national legal orders as units of legal development provided these studies with objective — national law's cognition and improving. One of the preconditions for the formation of the theoretical foundations of comparative legal studies became the development of the comparative approach in the human sciences, but in the context of this study it is taken in a «removed» mode: comparative knowledge dual identity as the basis of sciences development and at the same time the base for the formation within them comparative disciplines, and critical mass accumulation of syncretic political-economic-historical-legal knowledge within the general history, cameralistics and comparative state science (comparative statistics).

The author argues that due to the singling and at the same time the integration of legal science in the second half of XVIII — early XIX centuries there had been a differentiation of that syncretic knowledge and the formation of the teaching on the comparison of law, its objectives, role as the general teaching on law basis and the possibility of comparative legal disciplines singling. The result of the comparative legal knowledge comprehension became the formation in that period comparative scientific world-view — the teaching on national law, its peculiar and general elements, the interaction of national legal orders, immanent and procedural character of General, characteristics of Special in the legal development. This scientific world-view, in turn, became the basis for the classification of legal systems and legal map of the world construction.

For researchers, law schools teachers, students, and all interested in the history of legal sciences.

Contents

INTRODUCTION 8

PART I.
HISTORIOGRAPHICAL, THEORETICAL AND METHODOLOGICAL FOUNDATIONS FOR COMPREHENSION OF COMPARATIVE LEGAL STUDIES THEORETICAL FOUNDATIONS IN THE SECOND HALF XVIII — THE FIRST THIRD OF THE XIX CENTURIES

CHAPTER 1. Historiography of comparative legal studies development cognition 16

CHAPTER 2. Scientific approaches to comprehension of the problems and periods of the history of comparative legal studies 57

CHAPTER 3. Conceptualization of the study of the theoretical foundations of comparative legal studies formation 102

3.1. Object area of the research 102

3.2. Subject area of the research 106

3.3. Methodology of the theoretical foundations of comparative legal studies analysis 124

PART II.
PRECONDITIONS AND CONTEXT OF THE THEORETICAL FOUNDATIONS OF COMPARATIVE LEGAL STUDIES FORMATION

CHAPTER 4. Ideas on natural law transformation and the subject of legal sciences formation 145

4.1 The idea of natural and positive law dualism — from the Reformation to the Enlightenment 145

4.2 The deepening crisis of the natural law idea and positivist legal thinking formation (second half XVIII — the beginning of the XIX century). 163

CHAPTER 5. Formation of the national law doctrine and the object sphere of legal sciences transformation

Introduction. Theoretical and methodological prolegomena of sociality of law idea formation. 196

5.1 Search for the social life justification, meaning and ethical autonomy: the ideas of Luther and Machiavelli. 201

5.2 Worldview and scientific revolution of XVI century and the idea of society as a social particular 217

5.3 The ideas of social contract and social nature of state and law 244

5.4 The idea of national legal order: between collective will and objective determination. 262

5.5 Doctrine of national and international law sociality formation 270

PART III. FORMATION OF THE THEORETICAL FOUNDATIONS OF COMPARISON IN LEGAL SCIENCES

CHAPTER 6. The idea of foreign experience cognition and comparison of law 292

6.1 Development of the comparative approach in the human sciences 292

6.2 Evolution of comparison in legal science. The role of Montesquieu. 307

6.3 Development of the comparative approach to law cognition from the middle of the XVIII century 320

6.4 The question of the comparison of law objectives. 344

CHAPTER 7. Pluralism of the comparative legal knowledge organization 370

7.1 Completion of the positive legal knowledge singling. The comparison as the basis of general teaching on law. 370

7.2 Disciplinary differentiation of legal knowledge and scientific comparative legal disciplines singling 396

PART IV. COMPARATIVE LEGAL SCIENTIFIC WORLDVIEW

Introduction. Theoretical and historical aspects of formation of the special scientific picture of the world based on the comparative legal studies 426

CHAPTER 8. Particular in law and its originality 433
8.1 Social will theory of nation-state law 433
8.2 Organic theory of national law 453
8.3 The question of the peculiar elements of national law. 466

CHAPTER 9. General in law and ways of its formation. 493
9.1 The search for a general positive form of law. 493
9.2 General as the substantial similarity of national legal orders 500
9.3 General as the internal and external dialogue of national legal orders. 522
9.4 Similarity through the reception of law 532

CHAPTER 10. Special in law and the classification of national legal orders. 550
10.1 Raising the question and the legal orders classification into legal families 550
10.2 Other models of legal systems classification. 563

Issues of further development of the comparative legal studies theoretical foundations (instead of an epilogue). 575

CONCLUSIONS. 607

REFERENCES. 623

Кресин А.В. (Алексей Вениаминович). Становление теоретических оснований сравнительно-правовых исследований во второй половине XVIII — первой трети XIX веков: компаративная концептуализация: Монография. Киев: Институт государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины, Издательство «Логос», 2017. 680 с.

В книге на основе переосмысления известных и введения в научный оборот многих неизвестных источников впервые комплексно рассмотрены предпосылки, контекст появления и генезис теоретических оснований сравнительно-правовых исследований, а также их ранняя институционализация. Среди предпосылок становления теоретических оснований сравнительно-правовых исследований автор выделил формирование предмета и объектов юридических наук. То, что из предмета правоведения в начале XIX в. исчезло естественное право как собственно право, а позитивное право стало рассматриваться как самодостаточное, впервые придало смысл сравнительно-правовым исследованиям, а определение национальных правопорядков как единицы правового развития придало этим исследованиям цель — познание и совершенствование национального права. Предпосылкой становления теоретических оснований сравнительно-правовых исследований стало и развитие сравнительного подхода в науках о человеке, но в контексте данного исследования он взят в «снятом» виде: двойная идентичность сравнительного знания как основы наук и одновременно основания формирования в их пределах сравнительных дисциплин, а также накопление критической массы синкретического политико-экономико-историко-правового знания в рамках общей истории, камералистики и сравнительного государствоведения (сравнительной статистики).

Автор доказывает, что в связи с выделением и одновременно интеграцией юридической науки во второй половине XVIII — начале XIX вв. произошли дифференциация упомянутого синкретического знания и формирование учения о сравнении в праве, его целях, роли как основы общего учения о праве и возможности выделения сравнительно-правовых дисциплин. Результатом осмысления сравнительно-правового знания стало формирование в указанный период компаративистской научной картины мира — учения о национальном праве, его своеобразных и общих элементах, взаимодействии национальных правопорядков, имманентности и процессуальности общего, характеристиках особенного в правовом развитии. Такая картина мира, в свою очередь, стала основанием для классификации правовых систем и формирования правовой карты мира.

Для научных работников, преподавателей юридических факультетов, аспирантов, всех, кто интересуется историей юридических наук.

Содержание

ВВЕДЕНИЕ 8

ЧАСТЬ I.
ИСТОРИОГРАФИЧЕСКИЕ И ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ОСМЫСЛЕНИЯ ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ОСНОВАНИЙ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ ВТОРОЙ ПОЛОВИНЫ XVIII — ПЕРВОЙ ТРЕТИ XIX ВВ.

РАЗДЕЛ 1. Историография познания развития сравнительно-правовых исследований 16

РАЗДЕЛ 2. Научные подходы к осмыслению периодов и проблем истории сравнительно-правовых исследований 57

РАЗДЕЛ 3. Концептуализация исследования становления теоретических оснований сравнительно-правовых исследований 102

3.1. Объектная сфера исследования 102

3.2. Предметная сфера исследования 106

3.3. Методология анализа теоретических оснований сравнительно-правовых исследований. 124

ЧАСТЬ II.
ПРЕДПОСЫЛКИ И КОНТЕКСТ СТАНОВЛЕНИЯ ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ОСНОВАНИЙ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

РАЗДЕЛ 4. Трансформация представлений о естественном праве и становление предмета юридических наук. 145

4.1 Идея дуализма природного и позитивного права — от Реформации до Просвещения. 145

4.2 Углубление кризиса идеи естественного права и формирование позитивистского правопонимания (вторая половина XVIII — начало XIX вв.) 163

РАЗДЕЛ 5. Формирование доктрины национального права и трансформация объектной сферы юридических наук 196

Введение. Теоретические пролегомены исследования становления идеи социального права 196

5.1 Поиск оправдания, смысла и этической автономии социального бытия: идеи Лютера и Макиавелли. 201

5.2 Мировоззренческая и научная революции XVI в. и идея общества как социального отдельного. 217

5.3 Идеи общественного договора и социальной природы государства и права 244

5.4 Идея национального правопорядка: между коллективной волей и объективной детерминированностью 262

5.5 Формирование доктрины социального национального и международного права 270

ЧАСТЬ III. ГЕНЕЗИС ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ОСНОВАНИЙ СРАВНЕНИЯ В ЮРИДИЧЕСКИХ НАУКАХ

РАЗДЕЛ 6. Идея познания зарубежного опыта и сравнения в праве 292

6.1 Развитие сравнительного подхода в науках о человеке 292

6.2 Эволюция сравнения в юридической науке. Роль Монтескье 307

6.3 Развитие сравнительного подхода к познанию права с середины XVIII в. 320

6.4 Вопрос о целях сравнения в праве 344

РАЗДЕЛ 7. Плюрализм организации сравнительно-правового знания 370

7.1 Завершение выделения позитивного юридического знания. Сравнение как основа общего учения о праве 370

7.2 Дисциплинарная дифференциация юридического знания и выделение сравнительно-правовых дисциплин 396

ЧАСТЬ IV. СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВАЯ НАУЧНАЯ КАРТИНА МИРА

Введение. Теоретические и исторические аспекты формирования специальнонаучной картины мира на основе сравнительно-правовых исследований. 426

РАЗДЕЛ 8. Отдельное в праве и его своеобразие 433
8.1 Социально-волевая теория национально-государственного права 433
8.2 Органическая теория национального права 453
8.3 Вопрос о своеобразных элементах национального права 466

РАЗДЕЛ 9. Общее в праве и пути его формирования 493
9.1 Поиски общей положительной формы права 493
9.2 Общее как содержательное сходство национальных правопорядков 500
9.3 Общее как внутренний и внешний диалог национальных правопорядков 522
9.4 Сходство через взаимодействие в праве 532

РАЗДЕЛ 10. Особенное в праве и классификация национальных правопорядков 550
10.1 Постановка вопроса и классификация правопорядков на правовые семьи 550
10.2 Другие модели классификации правовых систем 563

Вопросы дальнейшего развития теоретических оснований сравнительно-правовых исследований (вместо послесловия) 575

ВЫВОДЫ 607

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ 623

Наукове видання

Олексій Веніамінович Кресін

СТАНОВЛЕННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ XVIII — ПЕРШІЙ ТРЕТИНІ XIX СТОЛІТТЯ: КОМПАРАТИВНА КОНЦЕПТУАЛІЗАЦІЯ

Монографія

Редактор *А. В. Корж*
Художнє оформлення *В. С. Жиборовського*

Підписано до друку 23.02.2017 р.
Формат 70 х 100 $^{1}/_{16}$.
Папір офсетний. Друк офсетний.
Ум. друк. арк. 54,8. Обл.-вид. арк. 55,05.
Наклад 500 прим. Зам.

Віддруковано у видавництві **«Логос»**.
Україна, 01030, м. Київ, вул. Богдана Хмельницького, 10, офіс 31.
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 201 від 29.09.2000 р.