

забезпечується сучасна компаративізація правового мислення, зокрема, компаративне бачення сучасної філософії права; на відміну від традиційних порівняльних досліджень, у яких наголошувалося на порівнюваності, домінуючому значенні загального та універсального, здійснюється акцентуація значення непорівнюваності, різного та унікального; посилюється вплив юридичних наукових досліджень на формування поля міждисциплінарних досліджень суспільних та гуманітарних наук компаративного спрямування; формуються філософські компаративні засади юридичних досліджень; розвиваються міждисциплінарні зв'язки суспільних і гуманітарних наук у предметному та методологічному контекстах; визнається доцільність і необхідність плюралістичного осмислення права, яке не обмежується лише юридичними науками чи наукою взагалі, а потребує виявлення загального та різного між різними формами пізнання права (науковими та позанауковими); визначаються межі, кордони правових явищ та форм їх осмислення; формуються орієнтації щодо «неуніверсальності» права як домінуючого соціального регулятора для всіх країн та цивілізацій тощо.

1. *Философская компаративистика как видение мира: Мат-лы межвуз. конф.* – СПб., 2007. – 155 с. 2. Антонов М. В., Поляков А. В., Максимов С. И. Различие и единство во взаимодействии правовых культур в XXI веке (XXIII Всемирный конгресс Международной ассоциации философии права и социальной философии) // Проблемы философии права. – 2008/2009. – Т. 6/7. – С. 7-17. 3. *Філософія порівняльного правознавства: 36. наук. праць / За ред. О. В. Кресіна.* – Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. – 540 с. 4. *Pound R. Philosophy of law and comparative law* // University of Pennsylvania Law Review. – 1951. – Vol. 100. – No. 1. 5. *Northrop F. S. C. Comparative Philosophy of Comparative Law* // Cornell Law Review. – 1960. – Vol. 45. – Iss. 4.

**О. В. ТКАЧЕНКО,**  
кандидат юридичних наук

## **ПЕРЕГРИНСЬКИЙ ПРЕТОР ЯК ЕПІСТЕМОЛОГІЧНА МОДЕЛЬ СУЧАСНОГО КОМПАРАТИВІСТА (ДО ПИТАННЯ ПРО ПОРІВНЯННЯ ЯК ФІЛОСОФСЬКЕ МИСЛЕННЯ ПРАВОВОЇ ПОСТМЕТАФІЗИКИ)**

*Проблема обґрунтування логіки творення норм стверджується як одна з основних для сучасного правознавства. В якості такої логіки пропонується розглядати практичний силігізм колової (постметафізичної) конструкції правового порівняння. З огляду на те, що логіка правового порівняння і є логікою правотворення, значення сучасного компаративіста є подібним до того, яке мав перегринський претор для творення римського права.*

**Ключові слова:** перегринський претор, правове порівняння, *tertium comparationis*, правова невизначеність, практичний силігізм.

**Ткаченко А. В. Перегринский претор как эпистемологическая модель современного компаративиста (к вопросу о сравнении как философском мышлении правовой постметафизики)**

*Проблема обоснования логики создания норм утверждается одной из основных для современного правоведения. В качестве такой логики предлагается рассматривать практический силлогизм круговой (постметафизической) конструкции правового сравнения. Ввиду того, что логика правового сравнения и является логикой создания права, значение современного компаративиста похоже на то, которое имел peregrinский претор для создания римского права.*

**Ключевые слова:** peregrinский претор, правовое сравнение, *tertium comparationis*, правовая неопределенность, практический силлогизм.

***Tkachenko O. V. Praetor peregrini as an epistemological model of contemporary comparative lawyer (toward a question about comparison as a philosophical thinking of legal postmetaphysic)***

*Deconstruction of formal logic is discourse of legal epistemology. Circle construction of legal comparison is instrument of mentioned discourse. Legal comparison logic is logic of lawmaking. Therefore significance of contemporary comparative lawyer is similar to praetor peregrini role for the creations of Roman law.*

**Key words:** Praetor peregrini, legal comparison, *tertium comparationis*, legal uncertainty, practical syllogism, law-as-philosophy, formal logic, practical syllogism, circle construction of legal comparison.

Півтора десятиліття нового тисячоліття дають підстави припустити, що наше століття має не менший потенціал змін і трансформацій, аніж у всіх можливих вимірах смислу «революційне» ХХ ст. Причому мова може йти не лише про продовження вже намічених тенденцій, а про нові джерела змін, не про деталізацію відповідей, а про нові відповіді. Твердження Г. Гегеля про можливість філософії (звичайно, його філософії) бути завершенням історії піддалося цілковитому переосмисленню. Квінтесенцією, формулою ХХ ст., його спадщиною, яку ми зобов'язані прийняти, є усвідомлення того, що якщо філософія далі продовжуватиме стверджувати себе в якості зберігача незмінних і безспірних відповідей, які звільняють нас від необхідності й ризику подальшого запитування, тоді це дійсно може означати завершення філософії, однак з таким завершенням зникне і людина, оскільки людина, яка приречена на філософію, що здатна лише до субстанціалізації – зняття дійсності у понятті – позбавляється екзистенції, стаючи річчю серед речей. Філософія – це мистецтво запитування, а не відповідей, причому саме такого запитування, яке здатне завжди йти за горизонт відповідей. Творення перспективи інтелектуального споглядання, яке здатне вилучати з неіснуючого нове – це філософське мислення, яке пережило «смерть філософії» у ХХ ст. і з яким ми починаємо нове тисячоліття, сповнене небезпек. Однак, як говорив М. Гайдеггер, «там де небезпека, там приховується і те, що рятує».

Подальші міркування мають на меті акцентувати увагу на одній проблемі й на тих перспективах, які приховує запропонований нами шлях її інтерпретації. Увагою до цієї проблеми ми вшановуємо пам'ять Г. Кельзена, який, як справжній філософ, не залишив нам відповідей, якими ми могли б бути задоволені, але який залишив вказівки на питання, осмислення яких і може скеровувати нас, допомагаючи наповненню нашого правового мислення сучасними і конкурентними смислами.

Йдеться про твердження Г. Кельзена, що правові міркування «*per analogiam*» (за аналогією) не є умовиводами, підкореними формально-логічній моделі доказового силогізму. Іншими словами, при міркуванні за аналогією варто говорити не про те, що чинність індивідуальної норми суддівського рішення логічно випливає з чинності позитивної всезагальної норми, натомість – такі міркування вказують на уповноваження чинним правопорядком судді щодо створення індивідуальної норми, «котра не відповідає жодній матеріальній, змістовно визначеній всезагальній правовій нормі»<sup>1</sup>. Більше того, не існує жодних заснованих на логіці аргументів, які б могли обмежити суддівський розсуд й забезпечити апріорну визначеність судових рішень, а отже, і ствердити правові норми як смисли зі стаціонарною семантикою, відповідність своїх рішень яким начебто і є обов'язком судді й інших осіб, які своєю діяльністю актуалізують право. Будь-яка концептуалізація феноменів, що обмежують суддівський розсуд (наприклад, таких як «дух закону»), на думку Г. Кельзена, породжує фікції, які слугують тому, щоб «дотриматися видимості, що суддя у випадках так званого рішення за аналогією застосовує лише чинне право, тоді як насправді він створює нове право для кожного конкретного випадку»<sup>2</sup>.

Надзвичайно важливим є те, що вказані міркування Г. Кельзена не локалізуються лише у вузькій сфері застосування аналогії як інструменту юридичної техніки, не є атрибутами останнього, а вказують на будь-яку ситуацію актуалізації права. Про це свідчить його теза правової не(до)визначеності<sup>3</sup>. Згідно з нею зумовленість правового рішення нормами вищого ступеня не має (і не може мати) абсолютного, вичерпного характеру; норма завжди є рамкою / схемою, котра підлягає наповненню за допомогою відповідного акта, а визначеність, що, як уявляється, існує у великій множині юридичних ситуацій та утворює основу традиційної правової теорії (формалізму, догматики), є лише ілюзорною. Кожний юридичний акт зумовлений нормою лише певною мірою, а загалом характеризується невизначеністю, найбільш значущим способом поводження з якою є суддівський розсуд.

Загалом погоджуючись з міркуваннями Г. Кельзена про невизначеність права, необхідно проблематизувати констатацію, яку він виводить з такої невизначеності: «чинність кожної позитивної норми, а отже, й індивідуальної норми, що відображає суддівське рішення, зумовлена вольовим актом, смислом якого вона є. А цей вольовий акт не може бути продукований шляхом логічного виведення, тобто операції мислення»<sup>4</sup>. Така проблематизація, що є одним із перспективних векторів прикладення інтелектуальних зусиль у правознавстві, має полягати в обґрунтуванні того, що з невизначеності права з необхідністю не випливає те, що творення права знаходиться за межами мислення. Навпаки, така невизначеність і уможливує, вимагає особливого (правового) мислення і особливої (правової) логіки.

Категоричність констатації Г. Кельзена зумовлена тим, що він ототожнює неможливість підпорядкування процесу творення права формальній логіці з позалогічністю (а отже, й алогічністю) такого творення – те, що знаходиться за межами формальної логіки, знаходиться за межами логіки як такої. А це озна-

час, що кельзенівська філософія права, претендуючи на нове бачення правової реальності, формує таке бачення за допомогою старого і такого, що знаходиться за межами досяжності її рефлексії, логіко-методологічного інструментарію. Віра в існування «логіки як такої», монологіки як універсальної предметної сфери формальної логіки залишається для Г. Кельзена апіорним імперативом.

Аналогія закону не є інструментом заповнення прогалин правового регулювання за допомогою існуючої **подібної** до неврегульованої ситуації норми, оскільки суддя, нібито звертаючись до **подібної** норми, насправді створює її. І взагалі кожне рішення судді є творенням норми, оскільки він неминуче (до)визначає нормативний зміст тих законодавчих текстів, до яких він звертається, а отже, кваліфікація – підведення життєвої ситуації до **подібної** їй норми – є насправді створенням, а не застосуванням норми. Й у випадку аналогії, й у разі кваліфікації загалом суддя створює великий засвонок силогізму (правову норму), відмінність якого від висновку силогізму стає сумнівною.

І аналогія, і кваліфікація традиційною юриспруденцією розглядаються як способи визначення застосовної до конкретної ситуації норми. При цьому, застосовність норми є її **подібністю** цій ситуації. Підведення життєвого випадку під норму є питанням встановлення **подібності** цього випадку нормативному припису, який був встановлений для нього. Отже, неможливість визначеності правових норм і відповідна їй потреба у творенні норм суддею вказує на **неможливість визначення подібності формально-логічними засобами**. А оскільки питання встановлення **подібності** актуального нормативному в формальній логіці присвячений закон виключеного третього, тоді виявляється, що невизначеність права означає неможливість підпорядкування процесу звернення до права закону виключеного третього.

Закон виключеного третього – дві речі **подібні** поміж собою, якщо кожна з них **подібна** третій – є пірамідою, логічний зміст якої полягає у визначенні **подібності** як співвіднесення зі спільним (третім) елементом – *tertium comparationis*. Таким третім елементом і мала б бути норма, застосовна до тих випадків, які і є, в силу застосування до них цієї норми як *tertium comparationis*, **подібними**. Г. Кельзен якраз і заперечив можливість застосування норми без доповнення її змісту ((до)визначення), а отже, *норма не може виступати tertium comparationis, а подібність у праві не може засновуватися на положенні про норму як виключене третє для випадків її застосування*.

Однак важливість кельзенівських міркувань полягає ще й у тому, що піраміда закону виключеного третього лежить в основі не лише традиційного погляду на відмежування правотворення від правозастосування, а й класичного розуміння порівняння, яке також розуміється як співвідношення двох *компаратанд* (порівнювальних елементів) зі спільним для них *tertium comparationis*. Тому якщо екстраполувати твердження Г. Кельзена про логічну незаданість правових норм на конструкцію імплементації закону виключеного третього у правознавстві в цілому, то виявляється, що правове порівняння, якщо воно не відповідає формальній логіці, також опиняється за сферою мислення, стаючи не інтелектуальним, а психічним (вольовим) актом.

Формально-логічна конструкція порівняльного висловлювання підлягає деструкції і є вразливою для критики – під *tertium comparationis* не може розумітися будь-який наявний правовий чи метаправовий смисл, що «виключає третє» – охоплює собою порівнювані правопорядки, надаючи їм семантичної єдності. Однак, як ми вже зазначали<sup>5</sup>, *tertium comparationis* може піддаватися і не формально-логічному витлумаченню, яке відкриває простір не лише новому розумінню правового порівняння, а й постметафізичному правовому мисленню в цілому.

Переосмислення конструкції порівняльного висловлювання відкриває доступ у сферу логічного, переносить центр уваги на логічне обґрунтування засади мислення. Таке логічне обґрунтування полягає у ствердженні акта творення права як логічного мислення. Однак таке логічне мислення є правовим, змістовним, а не формально-логічним – воно стає результатом побудови правової онтології на «ніщо», яке завершує епоху метафізики права (в тому числі у вигляді філософії права) і починає епоху постметафізики права-як-філософії.

Експлікація логіки правового порівняння може здійснюватися за допомогою конструкції «практичного силогізму». Відмінність останнього від доказового полягає не лише у відсутності необхідного зв'язку між засновками, а й у тому, що самі засновки мають не математичну, а дискурсивну природу – створюються самим мисленням – зміст як національного, так і зарубіжного права залежить від компаративіста. Причому зміст зарубіжного права створюється ним як «інше» власного права з метою демонстрації розриву, смислової дистанції, яку він хоче подолати, приводячи смисли національного права у рух, піддаючи їх розрізненню.

Зарубіжне право стає не об'єктом, а конструкцією пізнання власного права, гносеологічною схемою співвідношення з власним «ніщо» як його чистою можливістю змін і творення смислової множинності. Трансформація порівняльного висловлювання з «піраміди» на «коло» – процедуру виходу за межі власного права, яка не досягає смислу права зарубіжного, але дає змогу процесуалізувати матерію права власного – є спробою надати синхронічної конотації визначенню М. Гайдеггером філософського дослідження як того, що «один час ніколи не зможе запозичити з іншого часу»<sup>6</sup> – правове порівняння – це те, що одне право ніколи не зможе запозичити з іншого.

Правове порівняння як логічне мислення уможливує негативну здатність права бути надлишковим відносно будь-якого наявного опису, спротив субстанціалізації. Постметафізичне «коло» правового порівняння передбачає розгляд *tertium comparationis* в якості «правового ніщо», а останнє – як простір, що онтологічно розділяє різні правопорядки, і завдяки такому розділенню робить їх епістемологічно взаємозалежними. Правове порівняння робить операційно досяжною пустоту власного права, ту пустоту, яка, за словами М. Гайдеггера, є «зовсім не відсутність, а творення»<sup>7</sup>.

А оскільки стратегією побудови постметафізичних дискурсів є вихід за «платонівський жест» – конструкції математизації логосу як фундаменту європейської метафізики – самостійність права в якості такого постметафізичного

дискурсу передбачає ідентифікацію свого «юридичного» основоположення правової метафізики – свого «платонівського жесту». Останнім для права став «*edictum perpetuum*» 130 р. н.е. – складений для імператора Адріана римським юристом Сальвієм Юліаном «Вічний едикт», що містив заборону преторам складати нові формули позовного захисту. З цієї заборони й почався процес математизації права – зведення правового ества до норм і, як наслідок, інституціоналізації права. Норма, яка в класичному римському праві розглядалася виключно у світлі дидактики – узагальнення з метою навчання праву, як перший дотик до нього, подальшою європейською юриспруденцією була сприйнята як найвищий витвір юридичного генія. Перемога Інституцій (елементарного підручника) над епістемологією преторських формул і є алгоритмом, на якому була збудована споруда метафізики права.

Повернення (звичайно, лише епістемологічне) правознавства до правової логіки і аргументації, способу бачення права, яке персоналізував собою переґринський претор\*, власне і є концептуалізацією статусу сучасного компаративіста, озброєного інструментарієм постметафізичного правового порівняння, процедурою права-як-філософії. При цьому, можливо, найбільш важливим є те, що так само як переґринський претор був дійсним творцем права, так само і сучасний компаративіст має бути залучений до матерії правового мислення – статус компаративіста/філософа невіддільний від, наприклад, статусу судді чи іншої особи, яка своєю діяльністю актуалізує право і створює, за термінологією Г. Кельзена, індивідуальну норму.

Так само як в епоху метафізики кваліфікація права і його порівняння засновувалися на одній логічній схемі виключення третього, правова постметафізика не дає можливостей відокремити порівняння права від його творення. Тому практичний силогізм преторських формул може слугувати логікою творення норм, повертаючи таке творення до сфери мислення і будучи обґрунтуванням тези не(до)визначеності права Г. Кельзена.

Внаслідок всього сказаного не(до)визначеність права є його логікою, яка полягає у тому, що правове рішення (створення індивідуальної норми) можна сприймати як наповнення ситуації актуальним (у тому числі й через можливості його реалізації) правовим смислом. Саме тому таке створення є механізмом прирощення правового суцього і має розглядатися з онтичної перспективи (як сфера правового суцього). А вищі норми і основна (першопочаткова) норма підлягають розгляду з перспективи онтологічної, як сфера правового буття, тобто як правове «ніщо» для індивідуальної норми (правового суцього). Розуміння ієрархії правової нормативності як структурного поєднання онтичного і онтологічного дає змогу розглядати правовий дискурс як творення наперед невизначеного правового суцього (правових рішень) у інтелектуальному просторі, позбавленому механізму жорсткого диктату і самовідтворення смислів, тобто просторі творчості, нередукованого ризику і відповідальності.

---

\* Про природу діяльності преторів і їх значення див. блискучу працю Й.О. Покровського: *Покровский И. А. Право и факт в римском праве. Ч. II. Генезис преторского права.* – К., 1902.

Отже, «коло» правового порівняння – смислове прирощення правового собою шляхом співвіднесення його з правовим «ніщо» – дає змогу логічно пояснити неминучість творення права в кожному акті його актуалізації. Подібні міркування про здатність правового порівняння пролити світ на процес творення права висловлював і Р. Сакко, який підкреслював, що структура правової ситуації як невичерпної й ідіосинкратичної множинності текстів-формантів – того, що завдяки своєму впливу перманентно формує (але не фіксує) норму для кожної конкретної ситуації – може стати зрозумілою лише з порівняльної перспективи<sup>8</sup>.

Основна вимога, яку сучасність адресує правознавству – це необхідність концептуального забезпечення здатності компаративіста бути для власного права тим, ким був peregrinus pretor для римського права. При цьому логіка постметафізичного кола порівняння не просто стає причетною процесу творення права, вона стає логікою такого процесу. Фігури компаративіста і юриста, який у своїй діяльності актуалізує право, постійно розширюючи його смисл, зливаються. Єдність логіки диктує єдність інструментарію – методів мислення, які завжди мають можливість не просто транслювати смисли, а й творити їх – інструментарію права-як-філософії. Фігура претора, яка через два тисячоліття знов з'являється на горизонті юриспруденції, пред'являючи нам свої законні права на вирішальне значення для розуміння права, неминуче приводить до свого завершення розмежування фігур компаративіста, філософа права і юриста, поєднуючи їх навколо логіки правового порівняння – чим не привід для посмішки чеширського кота<sup>9</sup>?!

1. Кельзен Г. Чи є специфічна «юридична» логіка? // Наук. записки Харків. екон.-прав. ун-ту. – 2008. – №1 (6). – С. 132. 2. Там само, С. 132. 3. Касаткін С. Позитивістська доктрина правової невизначеності (на прикладі вчень Г. Кельзена та Г. Харта) // Філософія права та загальна теорія права. – 2014. – № 1-2. 4. Кельзен Г. Чи є специфічна «юридична» логіка? // Наук. записки Харків. екон.-прав. ун-ту. – 2008. – №1 (6). – С. 133. 5. Ткаченко О. В. Постметафізична інтерпретація tertium comparationis – конститuant права-як-філософії // Порівняльне правознавство. – 2012. – № 3-4; Ткаченко О. В. Концепт порівняння як конститuantа постметафізичного правового мислення: досвід епістемологічних трансформацій // Право України. – 2013. – № 3-4; Ткаченко О. В. Логіка пост-філософії як дискурс творення правової методології // Право України. – 2014. – № 8. 6. Хайдеггер М. Феноменологіческие интерпретации Аристотеля. (Экспозиция герменевтической ситуации). – СПб.: Гуманитарная Академия, 2012. 7. Хайдеггер М. Искусство и пространство / Хайдеггер М. Время и бытие: статьи и выступления. – М.: Республика, 1993. 8. Сакко Р. Правові форманти: динамічний підхід до порівняльного права // Порівняльне правознавство. – 2013. – № 1-2; Monateri P. G. Legal formants and competitive models, understanding comparative law from legal process to critique in cross-system legal analysis // Філософія порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. О. В. Кресіна. – К.; Львів, 2015.

---

\* Метафора канадського компаративіста П. Гленна. Про її значення див.: Гленн П. Посмішка останнього компаративіста // Філософія порівняльного правознавства: Зб. наук. праць / За ред. О. В. Кресіна. – К.; Львів, 2015; Кресін О. В. Зрозуміти Патрика Гленна (дуже суб'єктивні роздуми) // Там само.

**Tkachenko O. V. Praetor peregrini as an epistemological model of contemporary comparative lawyer (toward a question about comparison as a philosophical thinking of legal postmetaphysic)**

*Contemporary jurisprudence has appeared before opportunity and necessity to afford itself as a sphere of independent methodological thinking, i.e. awareness itself as a project law-as-philosophy. Justifications of logic of lawmaking are one of the most important questions within such project. Content of reflection of philosophical nature of law are establish of algorithm of metaphysic overcoming. Discourse of philosophy-methodological originality of jurisprudence is demand rethinking of jurisprudence' own logic. Formality of logical implication doesn't ensure legal assertions' logicity. Legal logic doesn't separate from discourse: language and logic are inseparable and thereby law gets logical language. Law-as-philosophy discourse is deconstruction of legal logic.*

*Possibilities of displacement of concept tertium comparationis semantic content as transition from its ontological to epistemological interpretation are showing in the article. Ones transitions postulated as gnoseological framework of overcoming of metaphysics. Forming of postmetaphysical legal thinking as independent philosophy discourse supposes recognition of legal comparison as legal logic. Such logic are proposes to consider practical syllogism of legal comparison circular (postmetaphysic) construction. Deconstruction of formal logic is discourse of legal epistemology. Circle construction of legal comparison is instrument of mentioned discourse. Legal comparison logic is logic of lawmaking. Therefore significance of contemporary comparative lawyer is similar to praetor peregrini role for the creations of Roman law.*

**Key words:** Praetor peregrini, legal comparison, tertium comparationis, legal uncertainty, practical syllogism, law-as-philosophy, formal logic, practical syllogism, circle construction of legal comparison.

**И. С. КРЫВЦОВА,**  
кандидат юридических наук

**НАУЧНАЯ КАРТИНА МИРА, КАРТИНА МИРА ПРАВОВЫХ НАУК,  
ПРАВОВАЯ КАРТА МИРА (ЮРИДИЧЕСКАЯ ГЕОГРАФИЯ МИРА):  
ОТ ОБЩЕГО К ЧАСТНОМУ (НЕКОТОРЫЕ РАЗМЫШЛЕНИЯ)**

*В статье предпринята попытка анализа содержательной составляющей категории «научная картина мира», рассмотрения ее структурного ряда, а именно уровней синтеза научных знаний – общенаучного, междисциплинарного и конкретно-научного, а также поиска возможности экстраполяции гносеологических установок из общенаучной картины мира в частнонаучную картину мира, создаваемую на примере правовой компаративистики. В результате проведенного исследования стало очевидным, что организующая роль связи между научной картиной мира и правовой картой мира, как примера частнонаучной картины мира, принадлежит фундаментальным методологическим принципам (эволюционизм, системность, типологизм, синергетизм и др.). Конкретизация одного из гносеологических регулятивов – принципа типологизма применительно к правовой карте мира, позволила по-новому взглянуть на основания ее организации и систематизации знаний о типах права.*

**Ключевые слова:** научная картина мира, правовая компаративистика, правовая карта мира, методологические принципы, типологизм, тип права.