



Олександр Ткаченко

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри теоретичних
та приватно-правових дисциплін
Київського міжнародного університету
(м. Київ, Україна)
barrister@bigmir.net

DOI: 10.33498/opus-2019-03-077

УДК 340.5

НЕСАМОДОСТАТНІСТЬ ПРАВА ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНО-ОНТОЛОГІЧНА ОСНОВА ПРАВОВОГО ПОРІВНЯННЯ

АНОТАЦІЯ. Правове порівняння стоїть перед необхідністю знаходження свого власного місця в мережі дискурсів, сформованих постметафізичною раціональністю сучасності. Для продукування власних філософсько-методологічних смислів інтелектуальна територія правового порівняння має охоплювати бінарну опозицію парадигм, протистояння яких дає змогу ставити і вирішувати основоположні для правового мислення питання. Існуюче протистояння між універсалістським і сингулярним підходами неспроможне вирішити це завдання, оскільки між ними наявна принципова єдність. Останню можна сформулювати як парадигму самодостатності права. Тому головним питанням порівняльно-правового дискурсу є конституювання опозиційної парадигми несамодостатності права.

Метою статті є експлікація фундаментально-онтологічних підвалин ідеї несамодостатності права як необхідної передумови концептуалізації відповідної парадигми порівняльно-правової раціональності.

Парадигма самодостатності права побудована на онтологічному соліпсизмі. В універсалізмі функціоналізму він виявляється у сприйнятті правових відмінностей як свідчення недосконалості права. Звідси відповідне прагнення заміни мови національних правопорядків нейтральною та універсальною мовою функціоналістських понять. Соліпсизм підходу правових відмінностей виявляється у розгляді зарубіжного права як джерела загроз власній ідентичності. Основне призначення порівняльного правознавства вбачається у збереженні історично сформованих культурами дистанцій між правопорядками. Зasadничим положенням парадигми самодостатності права є неучасть зарубіжного у бутті власного права.

Парадигма несамодостатності права повинна долати соліпсизм універсалізму і сингулярності. Її ідейним підґрунтям може слугувати проект фундаментальної онтології М. Гайдеггера. Звернення до зарубіжного права розглядається як модус існування власного. Простір між правопорядками виступає сферою буття-як-буття. Правове порівняння є процедурою істини власного права, залучаючи до сфери правового дискурсу правове ніщо.

© Олександр Ткаченко, 2019

Олександр Ткаченко

Сучасна технологічна цивілізація створює екзистенційну загрозу існуванню права. Штучний інтелект і технологія блокчейн закладають основи якісно іншого функціонування цивілізації. Перспективи й наслідки заміщення дискурсу алгоритмами стають центральною проблемою правового порівняння, надаючи йому самостійного філософсько-методологічного статусу.

Ключові слова: правове порівняння; фундаментальна онтологія; правові універсальність і сингулярність; парадигми самодостатності й несамодостатності права; порівняльно-правовий функціоналізм; правові відмінності; правова істина; правове ніщо; самодостатність техніки.

Незважаючи на декілька століть напружених інтелектуальних дискусій, природа порівняння і досі залишається найбільшою загадкою порівняльного правознавства. Тектонічні зсуви у філософських дискурсах ХХ ст. дають змогу стверджувати, що це не лише проблема правових компаративістів. Порівняння виявилось центром, який був старанно замаскований під периферію. Природа порівняння є не просто проблемою на рівні метафізики, сама європейська метафізика є визначеною конструкцією порівняння. І якщо традиційно порівняння асоціювалося з формально-логічним законом виключеного третього, то тепер можливо припустити, що його дійсною локалізацією є сфера, за яку відповідав закон достатньої підстави – питання про взаємозв'язок тріади: суще – буття – ніщо.

Принципово нові виміри осмислення порівняння дають порівняльному правознавству перспективи стати дискурсом, який значною мірою визначає сучасний інтелектуальний образ права. Однак для цього необхідним є відповідне облаштування самої території правового порівняння. У європейській метафізиці традиційним принципом є бінарна опозиція. У філософії відомою є опозиція ідеалізму й матеріалізму, у філософії права – юспозитивізму та юснатуралізму. У порівняльному правознавстві таку опозицію найчастіше вбачають у протиставленні універсальності і сингулярності. Однак, незважаючи на всю змістовну антагоністичність, на рівні філософсько-методологічних основоположень вони демонструють принципову єдність. Те єдине, що поєднує універсалістську й партикулярістську позиції в порівняльному правознавстві я формулюю як ствердження самодостатності права. І якщо на цьому полюсі зосереджена практично вся концептуальність порівняльного правознавства, то місце опонента загалом залишається вакантним. Але саме в опозиції парадигмі самодостатності права приховані можливості переосмислення природи порівняння, що є умовою легітимації правового порівняння як самостійного постметафізичного дискурсу. Тому концептуалізація парадигми несамодостатності права

www.pravoua.com.ua

ПРАВО

УКРАЇНИ

виступає одним з основних викликів правовому порівнянню як конструкції раціональності.

У порівняльному правознавстві історія осмислення фундаментального питання природи порівняння центрується навколо “стовпів” – визначних постатей, які персоніфікують і задають вектор руху цієї науки. Порівняльно-правовий функціоналізм асоціюється з іменами Е. Рабеля, М. Рейнстайна, К. Цвайгерта, Х. Кьотца, Ж. Сталева; “економічний підхід” – з У. Меттеєм і М. Бузані; “правові трансплантанти” – з А. Ватсоном; “формантний підхід” – з Р. Сакко і М. Граціадеї, “правові відмінності” – з П. Леграном і Ч. Варгою. Вітчизняна компаративістика не стоїть осторонь цієї інтелектуальної роботи, й, передусім, представлена надзвичайно важливими концепціями О. Тихомирова та О. Кресіна.

Метою дослідження є експлікація фундаментально-онтологічних підвалин ідеї несамодостатності права як необхідна передумова її подальшої концептуалізації.

Самодостатність універсального права

“Самодостатність права як його універсальність” набуває парадигмального змісту в порівняльно-правовому функціоналізмі. Парадигмальність функціоналізму обумовлена прагненням поширити на право галілейське бачення світу як книги, написаної не мовою схоластики, а універсальною мовою математичної фізики. Функціоналізм має довершити справу, розпочату великим італійцем, й відправити в небуття юридичну догматику, яка, незважаючи на всі історичні модифікації, й досі живиться тим імпульсом, який був заданий глосаторами. Через це функціоналізм проголошує, що мовою права є не мова юристів – правові тексти лише приховують і блокують доступ до істинної реальності правових смислів.

Доступ до дійсного права, вкраденого й розсіченого по національних домівках догматично мислячими юристами, може дати функціоналістське порівняння, яке знімає і бере в лапки національний вимір правових норм, описуючи зміст права в термінах діяльності, як механізми задоволення тотожних суспільних потреб і вирішення тотожних суспільних проблем. Квінтесенцією функціоналізму є твердження, що можливість і змістовність порівняння обумовлена зосередженням уваги на конкретних фактах життя і практичних способах вирішення суспільних проблем. Функціоналізм обіцяє, що зміна оптики, – тобто використання у ролі *tertium comparationis* не форми юридико-технічних конструкцій, а практичних проблем – призведе

до відкриття правових подібностей, 'які будуть надзвичайно сильними і повністю обґрунтованими'¹.

При цьому єдність й універсальність права не створюється функціоналізмом, а відкривається ним як щось апріорне. Свідченням цього є відома *praesumptio similitudinis*:

<...> різноманітні правопорядки, незважаючи на всі відмінності у своєму історичному розвитку, доктринальних поглядах і стилях функціонування на практиці, вирішують дуже часто одні й ті самі життєві проблеми, аж до дрібниць, однаково².

Незважаючи на самоназву, природа цитованого положення не є гносеологічною – "презумпція" не виконує роль гіпотези, й не може розглядатися просто як припущення, що має пройти перевірку на відповідність дійсності. Навпаки, вона увібрала в себе онтологічні конотації, й для порівняльно-правового функціоналізму є аксіоматичною характеристикою дійсності. "Презумпція" вимагає формування концептуальності, яка слугувала б її підтвердженням і виправданням – як аксіоматичний закон правової дійсності вона існує в системі координат аристотелівської концепції істини: в мові має фіксуватися логос сутності, а мислення має відповідати дійсності. Не навпаки.

Із презумпцією ідентичності пов'язуються амбіції функціоналістського порівняльного правознавства щодо створення мови, яка забезпечила б концептуальну одноманітність, денаціоналізацію і детериторизацію права. Таку універсальну мову має сформулювати "чиста наука", створення якої як основної мети порівняльного правознавства проголосив Е. Рабель³. Предметом цієї науки має бути вивчення "права як такого", тобто тих базових структур, які передують їх символізації та модифікації національною і культурною специфікою. У світлі цього функціоналістський проект нагадує феноменологічний, оскільки, за словами П. Леграна, Е. Гуссерль 'поставив за мету стиснути мову до точки, в якій її однозначні елементи стануть явними і повністю переміщуваними. Він прагнув наукової, математичної і чистої мови'⁴. У своїй дисертації я вказував на істотний ідейний вплив феноменології Е. Гуссерля на функціоналізм Е. Рабеля⁵.

¹ R Hyland, 'Comparative law' in Patterson D (ed), *A companion to philosophy of law and legal theory* (Blackwell Publishing 1999) 187.

² Конрад Цвайгерт и Хейн Кетц, *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права, т 1* (пер. Международные отношения 2000) 58.

³ David Gerber, 'Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the facade of language' in Riles A (ed), *Rethinking the masters of comparative law* (Hart Publishing 2001) 197.

⁴ Pierre Legrand, 'Foreign law: understanding understanding' [2011] 6(2) *Journal of comparative law* 72.

⁵ Олександр Ткаченко, 'Функціоналістська парадигма порівняльно-правових досліджень' (дис канд юрид наук, Київський нац ун-т внутр справ 2011) 38-55.

Інтенція функціоналізму на створення нейтральної, загальної, визначеної та ефективної мови права уможлиблює характеристику цієї мови як “кращого права”, яке має замінити існуючі національні правопорядки. Функціоналізм має покласти край національній обмеженості правового мислення і сформуванню за допомогою наукової методології універсальне “самодостатнє” право. Навряд хтось експлікував це прагнення повніше й відвертіше за Д. Гордлі:

По-перше, лише до певної міри ми можемо говорити про те, що німецькі, американські чи французькі юристи досліджують право своїх країн. Вони спрямовують свої дослідження на проблеми, які виникають в їх країнах, але ані ці проблеми, ані їх рішення жодним чином не є німецькими, американськими чи французькими. По-друге, коли ми описуємо судові рішення як форму застосування німецького, французького чи американського права, ми маємо на увазі лише те, що суд, який ухвалює рішення, має юрисдикцію, оскільки справа виникає у відповідній країні. *Не існує нічого виключно німецького, французького чи американського в самих рішеннях* (курсив наш. – О. Т.)⁶.

Самодостатність сингулярного права

“Самодостатність права як його сингулярність” в основу свого бачення світу права кладе протилежний функціоналізму постулат: ‘Немає абсолютного витоку мислення як такого. Інакше кажучи, право є нездоланно роздільним у собі самому’⁷. “Нездоланність роздільності” як іманентна характеристика правового феномена передбачає герметизацію останнього в межах структур, що забезпечують ідентичність спільноти. Якщо функціоналізм опікується ефективністю мови, “підхід відмінностей” підіймає знамено самоцінності особливого культурного досвіду. Функціоналізм намагається, за посередництва соціології, транслювати методологічні смисли з природознавства, парадигма правової сингулярності звертається до основного методологічного концепту гуманітарної епістемології – перекладу.

Правова мова є розмовою, що непомітно для себе артикулює специфічні особливості власного світу. “Інше-як-такє” не існує, оскільки не може бути явлене у власній концептуальності без видозмін і прилаштувань – “Інше” не може стати предметом нашого досвіду не ставши “Нашим”. З огляду на те, що відсутня нейтральна структура опису реальності, неможливо точно представити інші правові традиції, оскільки

⁶ Games Gordley, ‘Comparative legal research: its function in the development of harmonized law’ [1995] 43(3) The American Journal of Comparative Law 563.

⁷ Legrand (n 4) 79.

Олександр Ткаченко

жодна культурна традиція не може аналітично включати в себе дискурс іншої культурної традиції.

Парадигмальне значення для сингулярного світобачення має постулат П. Леграна:

<...> компаративісти повинні скоритися перед тим фактом, що право є феноменом культури і що будь-які спроби подолати відмінності крізь правові культури завжди будуть дефектними. Заперечуючи будь-яку об'єктивність, вони повинні цілеспрямовано віддавати перевагу розпізнанню відмінностей між правом різних країн, які вони порівнюють. Вони повинні стати інженерами відмінностей (*differenceengineers*)⁸.

Будучи “інженерами відмінностей”, компаративісти виступають вартовими, відібраними для того, щоб протистояти могутній спокусі конструювання абстрактних і поверхових узагальнень. П. Легран зазначав:

Допоки компаративісти не стануть мислити право як культурно ситуативний феномен і не визнають, що право живе всередині культурно особливого – й, відповідно, випадкового – дискурсу, порівняння буде беззмістовною справою⁹.

Доречно запитати, який зміст надає правовому порівнянню віра в неелімінованість відмінностей? Я можу дати лише одну відповідь – забезпечення диктату минулого над майбутнім. Сингулярність права не має власного обґрунтування, а є лише екстраполяцією мети правової сингулярності культури. Порівняння легітимується лише як інструмент збереження унікальної перспективи бачення світу національною культурою. З огляду на те, що правові смисли формуються лише культурою, між правовими сингулярностями не існує прирощення смислів права. Інше право не потрібне для існування власного, й може виступати лише джерелом загроз для нього. Національне право є самодостатнім. У свій час я вказував апорії, з якими стикається підхід самодостатньої сингулярності права¹⁰.

Виразна, навіть епатуюча, змістовна антагоністичність функціоналістського універсалізму і культуралістської сингулярності приховує їх парадоксальну єдність в головному. Конститувантою інтелектуального

www.pravoua.com.ua

⁸ Pierre Legrand, ‘The same and the different’ in Legrand P and Munday R (eds), *Comparative legal studies: traditions and transitions* (Cambridge University Press 2003) 288.

⁹ Pierre Legrand, ‘Issues in the translatability of law’ in Bermann S and Wood M (eds), *Nation, language, and the ethics of translation* (University Press 2005) 41.

¹⁰ Олександр Ткаченко, ‘Негативний простір юридичних конструкцій – територія правового порівняння як правової філософії’ в Кресін О (ред), *Філософія порівняльного правознавства* (Інститут держави і права НАН України 2015) 235-6.

простору правового порівняння повинно стати усвідомлення тієї обставини, що опозиція універсального і сингулярного не має парадигмального значення, а натомість виступає предметною диференціацією в межах єдиної *парадигми самодостатності права*. Наріжним каменем цієї парадигми є соліпсизм – виведення іншого права за межі буття власного. Змістовна варіативність присутня – для функціоналізму інше право є свідченням недосконалості правового феномена і перешкодою для побудови “кращого права”, що є метою порівняльного правознавства; для підходу “правових відмінностей” інше право є джерелом загроз власній ідентичності, тому завданням порівняльного правознавства є забезпечення збереження нездоланності дистанції між власним й іншим, підтримання режиму невторчання і неучасті іншого у смислах власного. Однак ця змістовна варіативність узгоджується з єдиним головним постулатом – інше не є модусом екзистенції власного. Із цього спільного постулату виявляється також характерна єдність методологічного стилю універсалізуючого і сингуляризуючого мислення – самодостатність права досягається ціною заперечення його філософсько-методологічної самостійності. Методологічний інструментарій і філософська легітимація транслюються ззовні: з “наук про природу” (у випадку функціоналізму), чи з “наук про дух” (у випадку підходу правових відмінностей).

Несамодостатність права

“Несамодостатність права” є парадигмою мислення, яке, з одного боку, повертає порівнянню відібраний Платоном статус епіцентру філософії, а з другого – дає змогу обґрунтувати участь права у здійсненні людської екзистенції. Конститутивним положенням тут є твердження, що лише порівняння може структурувати інтелектуальний простір, в основі якого не лежить протиставлення об’єкта й суб’єкта.

Правове порівняння як дискурс несамодостатності права не розглядає власне право (себе) як суб’єкт, а зарубіжне право (інше) як об’єкт. Дезоб’єктивація зарубіжного права актуалізує для дискурсу правового порівняння міркування М. Гайдеггера про те, що відношення між *Dasei** і *Dasein* ‘стає можливим лише на основі буття-в-світі. Інакше кажучи, буття-в-світі є у своєму вихідному значенні сумісне буття і буття-при’¹¹. Правове порівняння долає межі соліпсизму, якщо воно здатне концептуалізувати участь іншого права у власному. Буття-в-світі акцентує на значенні іншого. Для експлікації цього значення іншого принципово

* Неологізм М. Гайдеггера, який він використовував для аналізу структури особливого буттєвого улаштування людини як екзистенції.

¹¹ Мартин Хайдеггер, *Основные проблемы феноменологии* (пер, ВРФШ 2001) 369.

важливим є уміщений у структурі буття-в-світі диптих: 1) “сумісне буття” і 2) “буття-при”.

Для розізнання конотацій цього диптиху важливими є дві форми “Чужості”, виокремлені Б. Вальденфельсом: ‘Чужість всередині рідного світу, що належить його внутрішньому горизонту, й чужість поза рідним світом, що належить його зовнішньому горизонту’¹². Дозволю собі припущення, що для правового порівняння сумісне буття з іншим є чужістю поза рідним світом. У цьому аспекті чужість іншого права робить його недосяжним для нашого пізнання. У протилежному випадку ми заперечуємо його чужість:

Привести до висловлення власного смислу досвід чужого означало б тоді змусити замовкнути чуже як чуже. Логос чужого висувив би логіфікацією феномен чужого. Феноменологія у ролі ксенології стала б тоді наукою, що саморозпускається разом зі знищенням свого предмета¹³.

Це висловлювання можна переформулювати відносно правового порівняння – епістемологічний оптимізм, як ствердження досяжності для нас дійсного смислу зарубіжного права, в підсумку елімінує останнє і призводить до того, що інтенцією порівняння є самознищення (найбільш наочним прикладом цього є порівняльно-правовий функціоналізм). При цьому досяжність смислів іншого (права) заперечується не лише з етичних міркувань. Із цим пов’язані й логічні проблеми, передусім апорії перцептивної тотожності¹⁴. У світлі вказаного можна тлумачити слова М. Гайдеггера: ‘Самість і світ – не два відмінних суцхих, як суб’єкт і об’єкт, але також і не Я і Ти’¹⁵.

Якщо цим все обмежувалося б, ми говорили б про модус сумісного буття як про паралелі, що не перетинаються, і тоді розглянутий вище соліпсизм герметичних сингулярностей був би для нас безальтернативним. Однак, так само як завдяки М. Лобачевському ми знаємо, що паралельні прямі перетинаються, М. Гайдеггер залишив нам нить Аріадни для виходу з лабіринту соліпсизму. Цією ниттю є другий модус диптиху буття-в-світі – “буття-при”.

Розкриття змісту цього модусу передбачає акцентування уваги на тому, що людина у своєму бутті ‘є по той бік самої себе’¹⁶. Інакше кажучи, ‘людина вступає в розмежування з суцхим, намагаючись внести

¹² Бернхард Вальденфельс, *Своя культура и чужая культура. Парадокс науки о Чужом* <<https://web.archive.org/web/20130309124353/http://anthropology.rinet.ru/old/6/wald.htm>> (дата звернення: 26.12.2018).

¹³ Там само.

¹⁴ Барбара Кассен, *Эффект софистики* <<https://poisk-istini.com/literatura/effekt-sofistiki-barbara-kassen/>> (дата звернення: 26.12.2018).

¹⁵ Хайдеггер (н 11) 395.

¹⁶ Там само 398.

суцте в своє буття, а це означає – поставляючи його в межу і образ, тобто роблячи начерк нового (такого, що ще не присутнє) <...>¹⁷. “Буття-при” як здатність окреслювати нове, вводити його в суцте передбачає розгляд екзистенції в світлі одного з основних концептів постметафізичної філософії – події. Оскільки саме подія ‘забороняє будь-яку замкненість існування в самому собі, в своїх можливостях і в своєму смислі’¹⁸.

Для концептуалізації несамодостатності права важливою є критика М. Гайдеггера на адресу Г. Ляйбніца. Останній запропонував максимум: “у монад немає вікон”, тобто вони не визирають з самих себе. Таким чином Г. Ляйбніц пояснював, що монадам достатньо того, що вони мають у собі. Кожна монада вже являє всередині себе світ загалом. Зберігаючи формулювання цієї максими, М. Гайдеггер пропонує власне її прочитання. За його словами, *Dasein* не потрібно жодних вікон, щоби видивлятися дещо поза самої себе не тому, як вважає Г. Ляйбніц, що все суцте вже досягне всередині мушлі і, отже, цілковито може бути замкнене в собі, а тому, що *Dasein*, відповідно до свого власного способу бути (відповідно до трансценденції) вже – назовні, тобто при іншому суцтому, а це означає – завжди при собі самому. *Dasein* є зовсім не в мушлі. Завдяки вихідній трансценденції вікно стає для *Dasein* зайвим¹⁹.

“Буття-при” як чужість всередині власного світу є досвідом межі. При цьому має рацію П. Легран, що ‘зарубіжне не може братись як позначення межі між внутрішнім (“власним” право-світом компаративіста) й зовнішнім (право-світами інших)’²⁰. З огляду на ту обставину, що ми говоримо про зарубіжне право, наш дискурс призводить до нередукованого подвоєння сутностей: зарубіжне право розпадається на зарубіжне право-як-таке і зарубіжне право-для-нас. Перше є недосяжним, а друге (як буття-при) і стає межею для власного світу.

Постає запитання: навіщо нам потрібне таке викривлене “власне зарубіжне” право, і якщо ми не полишаємо меж нашого світу, про яку несамодостатність права йдеться?

Відповідь полягає у тому, що лише порівняння дає змогу задіяти онтологічне розрізнення – звернення до “зарубіжного права” є принципово іншим модусом актуалізації правового феномена, останній розглядається не в світлі суцтого, а в світлі буття. Для того щоб порівняти себе з іншим, я маю задіяти граничні (ек-статичні) можливості своєї екзистенції. Б. Вальденфельс, розглядаючи феноменологію як фундаментальну

¹⁷ Мартин Хайдеггер, *Введення в метафізику* (пер, ВРФШ 1998) 221.

¹⁸ К Романо, *Авантюра времени* (пер, РИПОЛ классик 2017) 87.

¹⁹ Хайдеггер (н 11) 399-400.

²⁰ Legrand (n 4) 70.

Олександр Ткаченко

ксенологію, вказував, що досвід “Іншого” і “Чужого” являє собою досвід нездоланної відсутності. Крім того, він зазначав:

Парадокс будь-якої ксенології полягає в тому, що не тільки будь-яке мовлення про Чуже, а й будь-який досвід Чужого відсилає до деякого Чужого, на яке цей досвід відповідає, ніколи його не досягаючи. Коли досвід досягає Чуже, воно вже не є тим, чим було²¹.

Однак характеристика Іншого як нездоланної відсутності є не результатом, а передумовою порівняння. Як говорив А. Бадью, ‘філософія повинна явним чином вважати свою центральну категорію порожньою. Однак вона повинна також вважати, що порожнеча є умовою деякої ефективної операції’²². Цю ефективність порівняння, як не дивно це виглядає у світлі вказаного вище, найкраще формулює П. Легран: ‘Право приходить від іншого – від іншого в тексті, й іншого, що є більшим і давнішим аніж текст’²³. Під іншим, “що є більшим і давнішим аніж текст”, можна розуміти Ніщо, з необхідним уточненням – ‘порожнеча належить власній сутності місця і тому є зовсім не відсутність, а творення’²⁴. Подібно до цього висловлюється і Б. Вальденфельс, ‘чужий, всупереч всій чужості, конститується на ґрунті власного теперішнього й із засобів Власного. Досвід Чужого виявляється перетворенням досвіду самого себе’²⁵.

Порівняння є дискурсом несамодостатності власного права, оскільки реалізує здатність права не перетворитися лише на суще, тобто на те, що вже існує. Порівняння є процедурою істини, але не зарубіжного, а власного права, оскільки істина є здатністю права перевершувати будь-яку цілісність, його надлишковістю відносно будь-якого опису. ‘Будучи процедурою правової порожнечі, правового ніщо – істина в праві одночасно є ефектом розрізнення правового сущого, інтелектуальною діяльністю з творення права’²⁶.

Правове порівняння дає змогу праву бути причетним своєму буттю-як-буттю, під яким розуміється простір між правопорядками. За словами Т. Керімова, ‘між є ніщо само по собі. І не просто ніщо: а наявність-місця, умова, завдяки якій ми завжди знаходимо себе між і поміж’²⁷. У цьому розумінні інше право не є референтом, воно є тим зовнішнім, яке дає змогу забезпечувати нескінчене вислизання значен-

²¹ Вальденфельс (н 12).

²² Ален Бадью, *(Воз) возвращение самой философии* (пер, Machina 2003) 165.

²³ Legrand (н 4) 78.

²⁴ Мартин Хайдеггер, ‘Искусство и пространство’ в *Время и бытие: Статьи и выступления* (пер, Республика 1993) 315.

²⁵ Вальденфельс (н 12).

²⁶ Олександр Ткаченко, ‘Істина в праві’ в Максимов С та інші (ред), *Велика українська юридична енциклопедія, т 2: Філософія права* (Право 2017) 316.

²⁷ Т Керімов, *Неразрешимости* (Академический проект; Трикста 2007) 190-1.

ня власного права, а останнє і є маніфестацією його існування – власне право існує, якщо воно може стати іншим, й адаптувало механізм власної трансформації. Можливість звернення до іншого права виступає механізмом перевершення наявного смислового поля власного права, але не досягнення смислового поля права іншого. Це гомерівське коло мислення і є процедурою правового порівняння – вихід за межі власного права як сущого у сферу його ніщо, як можливості бути іншим відносно себе, відмінним.

Несамодостатність права як істиннісна процедура й ефект подієвості виявляє сингулярність власного права, однак сингулярність особливу, таку, що не засвідчує ідентичність, вислизаючи сингулярність, яка окреслює буття власного права як розрізнення, процедуру мислення, яка для того, щоб відбутися, повинна постійно не збігатися з самою собою. Через це правове порівняння стає логологічним – дискурс творить буття, останнє стає ефектом висловлювання. ‘Логологія – виявлення того, чим в своїй діяльності і за своїми можливостями відрізняється від онтології’²⁸.

Вичерпання права в самодостатності техніки

Найбільш важливою обставиною сучасності, яка потребує центрування на ній інтелектуальних зусиль компаративістів, є, з одного боку, поява передумов для повної здійсненності функціоналістської парадигми, а з другого – та ціна, яку потрібно заплатити за таке здійснення.

Функціоналістське порівняльне правознавство завжди відчувало пієтет до техніки. Так, ще Ж. Сталев стверджував, що для функціоналістів правові явища ‘є таким самим об’єктом пізнання, як для дослідника в сфері природничих наук явища природи, які ним спостерігаються’²⁹. Кожен функціоналіст підпишеться під словами Р. Познера, сказаними ним в “Економічному аналізі права” – головній праці руху “права й економіки”:

<...> більшість доктрин та інститутів правової системи піддаються найкращому розумінню і поясненню саме як спроби збільшення ефективності розподілу ресурсів <...>. Не дивно, що правові доктрини поступово рухаються в бік ефективності³⁰.

Незважаючи на те, що розгляд права як мобільної сили, що змінюється, експортуючи й імпортуєчи інститути, означає, що ми сприймаємо

²⁸ Кассен (н 14).

²⁹ Жилько Сталев, ‘Сравнительный метод в социалистической правовой науке’ в Туманов В (ред), *Сравнительное правоведение: сборник статей* (Прогресс 1978) 20.

³⁰ J Kelly, *A short history of Western legal theory* (Oxford University Press 2003) 437-8.

право так само як і будь-яку технологію, продукт людського досвіду, і, відповідно, як таке, що допускає своє переміщення³¹, все що до сьогодні могли запропонувати функціоналісти, це лише методологічну трансформацію – використання технічної метафори. Метафоричність “техніки права” призводила до парадоксу – побудова ефективного технічного права виражалася лише в заміні концептуальної мови правових доктрин на базову побутову природну мову спілкування. Відомою є ілюстрація заміни мови національних правопорядків на мову функціональних понять за авторством визнаних класиків функціоналізму:

Некоректною буде постановка питання: які норми в іноземному праві визначають форму договору купівлі-продажу? Більш правильним було б запитати: як іноземне право захищає сторони від прийняття певних рішень чи зобов'язань за правочином, якщо виявиться, що один з учасників не мав при її укладенні серйозних намірів?³²

Безпорадність і методологічна абсурдність такого розуміння є очевидною. Ми погоджуємося з Ч. Варгою, що ‘мова права ідентична самому праву’³³, а будь-яка природна мова не може забезпечити стаціонарність свого смислового поля. Мова позбавлена механізму обмеження продукування смислової варіативності, замкнена сама на собі, не допускаючи об’єктивного і незмінного існування чогось, до чого відносяться знаки. Мова є принципово випадковою і ненадійною, завжди відкритою для відмінного тлумачення.

Право як мова стає повністю варіативним способом говорити, позбавленим можливості легітимізуватися за допомогою системно-трансцендентальних критеріїв, але лише за допомогою самого себе, за допомогою власної дискурсивності. При цьому, ‘оскільки у дискурсі немає теперішнього, він черпає свою могутність з часу’³⁴. Правовим часом виступає суверенність римського права як уособлення особливої логіки аргументації, що творить світ інтелектуальних конструкцій. Мова права є мистецтвом творення нового сучасного права, шляхом вилучення його новизни й сучасності з міркувань римських юристів. Саме завдяки такому мистецтву право стає феноменом культури, традицією мислення, а не знаряддям у руках законодавця³⁵. Заслужують на увагу міркування

³¹ Esin Örücü, ‘A theoretical framework for transfrontier mobility of law’ in Jagtenberg R and others (ed), *Transfrontier mobility of law* (Kluwer Law International 1995) 5.

³² Цвайгерт (н 2) 50-1.

³³ Чаба Варга, ‘Право и язык? Право как язык? Об окончательном единстве онтологии и эпистемологии’ в Антонов М (ред), *Загадка права и правового мышления* (ИД Алеф-Пресс 2015) 206.

³⁴ Кассен (н 14).

³⁵ Олександр Ткаченко, ‘Філософія цивільного права’ в Максимов С та інші (ред), *Велика українська юридична енциклопедія, т 2: Філософія права* (Право 2017) 996.

Б. Кассен: ‘Рим – це буття. В особі Риму сфера Парменіда матеріалізується у вигляді всієї землі’³⁶.

Інакше кажучи, функціоналісти самі зробили все, щоб поставити свій проект під сумнів, й мало зробили для досягнення своєї головної мети, яка приховується за відомим міркуванням:

Не існує більше німецької фізики, бельгійської хімії чи американської медицини. Завдяки інтернаціоналізації цих наук їх національна приналежність виражається, головним чином, лише в констатації того, наскільки вагомим досягнення різноманітних країн у кожній із них. Як не дивно, по іншому відбувається з правовою наукою³⁷.

Однак, імовірно, функціоналістській мрії належить здійснитися. І серед усіх претендентів на роль “золотої рибки” найбільше шансів має датаїзм. За словами Ю. Харарі:

<...> саме датаїзм пропонує науковий “священний Грааль”, що вислизає від нас багато століть: єдину загальну теорію, яка об’єднує всі наукові дисципліни: від музикознавства через економіку до біології. Згідно з датаїзмом П’ята симфонія Бетховена, фондова біржа і вірус грипу – просто три структури потоку даних, які можна аналізувати з використанням тих самих базових понять і інструментів. Ця ідея вкрай приваблива. Вона пропонує всім науковцям спільну мову, перекидає мости над академічними розколами і легко поширює досягнення через дисциплінарні кордони³⁸.

Здійснення цієї мрії не буде безкоштовним – доведеться чимось пожертвувати. Першою, але не єдиною, жертвою буде право.

Величезна повноводна ріка права живиться трьома струмочками, пересихання яких здатне зробити його історією. Ними є: 1) опозиція права власності та володіння, і пов’язана з цим добросовісність; 2) нормативна природа правочину як приватного закону для сторін; 3) правосуддя, при якому суддя втілює епістемологічний образ претора. Щоб припинити існування права необхідно, відповідно: 1) зробити неможливою добросовісність з огляду на абсолютну прозорість і забезпеченість прав на активи; 2) зробити договори самовиконуваними, а отже, зняти з кредитора ризик невиконання боржником свого зобов’язання; 3) зробити свідомість непотрібною для ухвалення судових рішень.

Всі три джерела права не просто теоретично можуть бути висушені, це вже з шаленою швидкістю відбувається просто зараз. Кожен із трьох

³⁶ Кассен (н 14).

³⁷ Цвайгерт (н 2) 27.

³⁸ Юваль Харарі, *Ното Deus. За лайштунками майбутнього* (Форс Україна 2018) 451-2.

Олександр Ткаченко

“китів” права стоїть на двоєдиному фундаменті: довірі й посередництві. За словами Ч. Варги:

<...> право як мова є не більше ніж опосередкований елемент посередницької діяльності, тобто виключно чимось, що існує лише остільки, оскільки воно вказує на дещо інше, представляє ще дещо, інакше кажучи, за відсутності кращого заміщує дещо оригінальне і таким чином слугує його символом³⁹.

Все йде до того, що людство більше не потребує ані довіри, ані посередництва. Місце права вже займає технологія блокчейну як нова організаційна парадигма для координації будь-якого виду людської діяльності. Блокчейн пропонує якісно інший – не правовий, а технологічний – спосіб функціонування цивілізації. Принципове нововведення блокчейна полягає в його архітектурі, що забезпечує можливість децентралізованих транзакцій, які не потребують довіри⁴⁰.

На зміну вказаної правової тріади приходять технологічна: смарт-активи⁴¹, смарт-контракти⁴² й електронний суд⁴³. За словами Ю. Харарі, ‘ми перебуваємо на краю миттєвої революції. Людям загрожує втрата економічного значення, бо інтелект відділяється від свідомості’⁴⁴. При цьому ‘жоден відомий алгоритм не вимагає свідомості, щоб функціонувати’⁴⁵.

Крім того, вчений зазначає:

Що справді важливіше – інтелект чи свідомість? Поки вони нерозривно йшли разом, обговорення їхньої відносної цінності було розвагою для філософів. Однак у XXI столітті це стає нагальним політичним та економічним питанням. І приголомшує розуміння того, що принаймні в арміях і корпораціях відповідь буде проста: наявність інтелекту обов’язкова, а свідомості – ні⁴⁶.

І не лише там. На думку М. Селіванова:

<...> правозастосування у більшості випадків зводиться до побудови судження в його простішій формі – простого категоричного силогізму:

³⁹ Варга (н 33) 201.

⁴⁰ Н. Архирейська, ‘Блокчейн – інноваційна технологія постіндустріальної економіки’ (2017) 7 Бізнесінформ 128.

⁴¹ Там само; І. Клименко та Г. Лозова та Л. Акімова, ‘Застосування блокчейн-технологій в публічному управлінні’ (2017) 20 Демократичне врядування.

⁴² І. Давидова, ‘Технологія блокчейн: перспективи розвитку в Україні’ (2017) 26 Часопис цивілістики 39.

⁴³ М. Селіванов, ‘Електронний суд: IT-технології в судовому процесі як спосіб покращення прогнозованості судових рішень’ (2018) 1 Право України 117.

⁴⁴ Харарі (н 38) 378.

⁴⁵ Там само 152-3.

⁴⁶ Там само 379.

більша посилка (норма права) → менша посилка (фактичні обставини) → висновок (рішення). Алгоритмізація простого категоричного силогізму в сучасних умовах не є надскладним завданням⁴⁷.

Чи дійсно на зміну дискурсивності права прийдуть математичні алгоритми, а мова права буде замінена криптографічними протоколами? Тепер це запитання не просто може входити до предметної сфери правового порівняння, а повинно становити її епіцентр. Необхідним є осмислення несумісності несамодостатності права і самодостатності техніки. Дозволимо собі не погодитися з Ч. Варгою, що право є лише посередником. Зроблю припущення – право визначає зміст того, що воно опосередковує. А це означає, що зречення права є зреченням своєї екзистенції, припиненням “буття-в-світі”.

Висновки. Фундаментальна онтологія М. Гайдеггера як найбільш важлива складова проекту подолання метафізики відкрила шлях мисленню до власних основоположень, скасувавши заборону запитувати про “буття як ніщо суцього”. Сучасність мислення і визначається як відповідальність за осмислення, дискурсивне підтримання і постійну деконструкцію таких основоположень. Правове порівняння також може долучитися до цього проекту, ставши сучасним філософським дискурсом. Для цього потрібно параметризувати простір власного подолання метафізики, що дасть змогу належним чином експлікувати питання природи порівняння як питання про природу феномена права.

Концептуалізація парадигми несамодостатності права є можливим способом дискурсивізації засадничих питань творення права і статусу зарубіжного права відносно буття власного. Ствердження універсальності дійсного права й заперечення відмінностей порівняльно-правовим функціоналізмом, так само як і обґрунтування культурної релятивності й нездоланності правових відмінностей підходом правової сингулярності, є двома варіантами єдиної парадигми правового соліпсизму.

На відміну від цього, визнання несамодостатності власного права дає можливість надати нового значення правовому порівнянню, наситивши правознавство смисловими акцентами. При цьому найважливішим питанням сучасності стає онтологічне співвідношення права і техніки, щодо якого дискурс правового порівняння має сформулювати власну предметність запитування.

⁴⁷ Селіванов (н 43) 117.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Kelly J, *A short history of Western legal theory* (Oxford University Press 2003) (in English).
2. Kerimov T, *Nerazreshimosti [Unsolvabilities]* (Akademicheskij Proekt; Triksta 2007) (in Russian).

Edited and translated books

3. Gerber D, 'Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the facade of language' in Riles A (ed), *Rethinking the masters of comparative law* (Hart Publishing 2001) (in English).
4. Hyland R, 'Comparative law' in Patterson D (ed), *A companion to philosophy of law and legal theory* (Blackwell Publishing 1999) (in English).
5. Legrand P, 'The same and the different' in Legrand P and Munday R (eds), *Comparative legal studies: traditions and transitions* (Cambridge University Press 2003) (in English).
6. – – 'Issues in the translatability of law' in Bermann S and Wood M (eds), *Nation, language, and the ethics of translation* (University Press 2005) (in English).
7. Örücü E, 'A theoretical framework for transfrontier mobility of law' in Jagtenberg R and others (eds), *Transfrontier mobility of law* (Kluwer Law International 1995) (in English).
8. Badyu A, *(Voz) vrashenie samoj filosofii [(Re) Turn of Philosophy Itself]* (per, Machina 2003) (in Russian).
9. Cvajgert K i Kyotc H, *Vvedenie v sravnitelnoe pravovedenie v sfere chastnogo prava [Introduction to Comparative Law in the Field of Private Law]* (per, Mezhdunarodnye otnosheniya 2000) (in Russian).
10. Hajdegger M, *Vvedenie v metafiziku [Introduction to Metaphysics]* (per, VRFSh 1998) (in Russian).
11. – – 'Iskusstvo i prostranstvo' ['Art and Space'] v *Vremya i bytie [Time and Being]* (per, Respublika 1993) (in Russian).
12. – – *Osnovnye problemy fenomenologii [Basic Issues of Phenomenology]* (per, VRFSh 2001) (in Russian).
13. Harari Yu, *Homo Deus. Za lashtunkamy maibutnoho [Homo Deus. A Brief history of Tomorrow]* (Fors Ukraina 2018) (in Ukrainian).
14. Romano K, *Avantyura vremeni [Time Adventure]* (per, RIPOL klassik 2017) (in Russian).
15. Stalev Zh, 'Sravnitelnyj metod v socialisticheskoj pravovoj nauke' ['Comparative Method within Socialist Legal Science'] v Tumanov V (red), *Sravnitelnoe pravovedenie [Comparative Law]* (Progress 1978) (in Russian).
16. Varga Ch, 'Pravo i yazyk? Pravo kak yazyk? Ob okonchatelnom edinstve ontologii i epistemologii' ['Law and Language? Law as Language? About Ultimate Unity of Ontology and Epistemology'] v Antonov M (red), *Zagadka prava i pravovogo myshleniya [Enigma of Law and Legal Thinking]* (ID Alef-Press 2015) (in Russian).

Encyclopedias

17. Tkachenko O, 'Istyna v pravi' ['Law Truth'] v Maksimov S ta inshi (red), *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia [The Great Ukrainian Legal Encyclopedias], t 2* (Pravo 2017) (in Ukrainian).
18. – – 'Filosofiiia tsyvilnoho prava' ['Philosophy of Civil Law'] v Maksimov S ta inshi (red), *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia [The Great Ukrainian Legal Encyclopedias], t 2* (Pravo 2017) (in Ukrainian).

Journal articles

19. Gordley G, 'Comparative legal research: its function in the development of harmonized law' [1995] 43 (3) *The American Journal of Comparative Law* (in English).
20. Legrand P, 'Foreign law: understanding understanding' [2011] 6(2) *Journal of comparative law* (in English).
21. Arkhireiska T, 'Blokchein – innovatsiina tekhnolohiia postindustrialnoi ekonomiky' ['Blockchain: Innovative Technology of Postindustrial Tconomic'] (2017) 7 *Biznesinform* 128 (in Ukrainian).
22. Davidova I, 'Tekhnolohiia blokchein: perspektyvy rozvytku v Ukraini' ['Blockchain Technology: Perspective of Development in Ukraine'] (2017) 26 *Chasopys tsyvilistyky* (in Ukrainian).
23. Klimenko I ta Lozova G ta Akimova L, 'Zastosuvannia blokchein- tekhnolohii v publicnomu upravlinni' ['Application of Blockchain Technology in Public Management'] (2017) 20 *Demokratychnе vriaduvannia* (in Ukrainian).
24. Selivanov M, 'ElektronniI sud: IT-tehnolohii v sudovomu protsesi yak sposib pokra shchennia prohnozovanosti sudovyh rishen' ['Electronic Court: IT-technology in the Trial as a Way to Improve Predictability of Court Decisions'] (2018) 1 *Pravo Ukrainy* (in Ukrainian).

Conference papers

25. Tkachenko O, 'Negatyvnyj prostir yurydychnyh konstrukcii – terytoriiia pravovoho porivniannia yak pravovoi filosofii' ['Negative Space of Legal Constructions – The territory of Legal Comparison as a Legal Philosophy'] v Kresin O (red), *Filosofiiia porivnialnoho pravoznavstva [Philosophy of Comparative Law]* (Instytut derzhavy i prava NAN Ukrainy 2015) (in Ukrainian).

Dissertations

26. Tkachenko O, 'Funktionalistska paradygma porivnialno-pravovyh doslidzhen' ['The Functionalist Paradigm of Comparative-Legal Studies'] (dys kand yuryd nauk, Kyivskyy nac un-t vnutr sprav 2011) (in Ukrainian).

Websites

27. Kassen B, 'Effekt sofistiki' ['The Effect of Sophismy'] <<https://poisk-istini.com/literatura/effekt-sofistiki-barbara-kassen>> (accessed: 26.12.2018) (in Russian).
28. Valdenfels B, 'Svoya kultura i chuzhaya kultura. Paradoks nauki o chuzhom' ['Own Culture and Foreign Culture. The Paradox of Science about Foreign'] <<https://web.archive.org/web/20130309124353/http://anthropology.rinet.ru/old/6/wald.htm>> (accessed: 26.12.2018) (in Russian).

Oleksandr Tkachenko

LACKING SELF-SUFFICIENCY OF LAW AS THE FUNDAMENTAL AND ONTOLOGICAL BASIS OF LEGAL COMPARISON

ABSTRACT. Legal comparison is facing the need to find its own place in the network of discourses formed by the post-metaphysical rationality of modernity. Own philosophical and methodological meanings may be produced when the intellectual territory of legal comparison covers the binary opposition of paradigms which opposition allows raising and

Олександр Ткаченко

solving the issues of fundamental importance for legal thinking. The current confrontation between the universalist and the singular approaches is unable to resolve this issue, given that there is a fundamental unity between them. The latter may be formulated as a paradigm of self-sufficiency of law. Therefore, the key issue of comparative legal discourse is constituting of the oppositional paradigm of lacking self-sufficiency of law.

The aim of the article is to explicate the fundamental ontological foundations of the idea about lacking self-sufficiency of law as a necessary prerequisite for conceptualization of the corresponding paradigm of comparative legal rationality.

The paradigm of self-sufficiency of law rests upon ontological solipsism. In the universalism of functionalism it appears in the perception of legal differences as evidence of imperfection of law. Hence a respective orientation towards replacing the language of national law and order with the neutral and universal language of functionalist concepts. Solipsism of the legal differences approach can be observed when foreign law is regarded as a source of threats to own identity. The main purpose of comparative jurisprudence is seen in the preservation of distances between legal orders historically formed by cultures. The fundamental rule of the paradigm of self-sufficiency of law is non-participation of the foreign in the existence of own law.

The paradigm of lacking self-sufficiency of law should overcome the solipsism of universalism and singularity. The fundamental ontology project by M. Heidegger may be its ideological basis. A reference to foreign law is regarded as a mode of existence of own law. The space between legal orders is the domain of being-as-being. Legal comparison is the procedure of truth of own law bringing the legal nothing into the legal discourse domain.

Modern technological civilization creates an existential threat to the existence of law. Artificial intelligence and the blockchain technology lay the foundations for a qualitatively different functioning of civilization. The prospects and consequences of replacing a discourse with algorithms become the key issue of legal comparison imparting it an independent philosophical and methodological status.

KEYWORDS: legal comparison; fundamental ontology; legal universality and singularity; paradigms of self-sufficiency and lacking self-sufficiency of law; comparative legal functionalism; legal differences; legal truth; legal nothing; self-sufficiency of technology.