

Костицький В.В.,
доктор юридичних наук, професор,
академік Національної академії правових наук України
ORCID: 0000-0003-1692-9810

ПРО ТЕОЛОГО-СОЦІОЛОГІЧНІ ЕЛЕМЕНТИ В ЮРИДИЧНОМУ ПОЗИТИВІЗМІ

ON THE THEOLOGICAL AND SOCIOLOGICAL ELEMENTS OF LEGAL POSITIVISM

У статті автор продовжує дослідження проблем розвитку соціології права, в тому числі і в рамках такого важливого напрямку, як юридичний позитивізм. Розглядаються проблеми кризи сучасного праворозуміння, проблеми розвитку юридичного позитивізму та виокремлення у його рамках соціологічної школи права. Однією з особливостей цих процесів є формування висунутої ним теолого-соціологічної теорії права. На думку автора, моральні імперативи сучасного суспільного розвитку вказують на те, що за нинішніх умов вже ніхто не має права монопольного володіння на єдино вірну та незаперечну істину в цій сфері, яка б слугувала універсальною «відмичкою» до всіх болючих проблем розвитку права і держави. Тому перед правом та правотворчою діяльністю, рівно як і перед юридичною наукою, постали проблеми пошуку відповідей на виклики, зумовлені новим змістом української національної ідеї. Поза соціумом право залишається «мертвим» текстом, який можна порівняти хіба що із глиняною табличкою, заповненою ієрогліфами давно забутої мови. Одним із важливих завдань сучасного правознавства автор вважає розвиток соціології права, дослідження права як феномену нашої цивілізації через призму «життя» абстрактної правової норми завдяки її реалізації (в усіх відомих формах) суб'єктами суспільних відносин. Щоб відповісти на питання, чим є сьогодні право, автор зазначає, що, як феномен суспільного розвитку, право не може бути визначене за допомогою методологічних підходів, запропонованих якоюсь із сучасних теоретичних шкіл. Право не може розглядатися як «замкнута» система, відірвана від суспільства, його потреб та інтересів, від соціально-культурного контексту. При цьому слід враховувати очевидну неможливість створення соціумом універсальних і вічних норм-правил, тобто правил, що наділені позачасовою цінністю, і які можуть бути застосовані до нескінченно можливого числа конкретних випадків.

У статті пропонується у зв'язку з наведеними вище проблемами мати на увазі, що дослідження права не може не враховувати також два домінуючі напрями праворозуміння – позитивізм і теорію природного права. На прикладі розвитку юридичного позитивізму розкривається зародження і утвердження соціологічного та теолого-соціологічного розуміння права. Приєднуючись до вчених, які в розвитку юридичного позитивізму традиційно виділяють такі етапи, як класичний позитивізм Дж. Остіна, «чисте вчення про право» Г. Кельзена та аналітичну юриспруденцію Г. Харта, автор погоджується з висновком про те, що на межі XIX–XX ст. формуються три основні напрямки позитивізму: легістський (нормативістський), соціолого-правовий та психолого-правовий, а надалі здійснює спроби виявити в кожному із зазначених напрямів елементи соціологічного або теолого-соціологічного підходів до розуміння права.

Ключові слова: юридичний позитивізм, нормативізм, психологічна теорія права, аналітична юриспруденція, соціологічна теорія права, теолого-соціологічне розуміння права.

In the article the author continues to study the problems of the development of the sociology of law, including within the framework of such important area as legal positivism. The problems of the crisis of modern legal thinking, the problems of the development of legal positivism and the isolation within its framework of the sociological school of law are considered. One of the peculiarities of these processes is the formation of the theological-sociological theory of law put forward by him. According to the author, the moral imperatives of modern social development indicate that under the current conditions no one has the right of monopoly ownership of the only true and indisputable truth in this sphere, which would serve as a universal “keystone” to all the painful problems of the development of law and the state. Therefore, the law and law-making activities, as well as the legal science, have problems finding answers to the challenges caused by the new content of the Ukrainian national idea. Outside of society, law remains a “dead” text that can be compared to a clay tablet filled with hieroglyphics of a long forgotten language. One of the important tasks of modern jurisprudence, the author considers the development of the sociology of law, the study of law as a phenomenon of our civilization through the lens of the “life” of the abstract legal norm due to its implementation (in all known forms) subjects of social relations. To answer the question of what law is today, the author notes that, as a phenomenon of social development, law cannot be defined by the methodological approaches proposed by any of the modern theoretical schools. Law cannot be seen as a “closed” system, detached from society,

its needs and interests, from a socio-cultural context. This should take into account the obvious impossibility of creating a society of universal and eternal rules, that is, rules endowed with timeless value, which can be applied to an infinite number of specific cases.

In the light of the above problems, the article suggests that the study of law cannot but take into account the two dominant areas of law – positivism and the theory of natural law. On the example of the development of legal and positivism reveals the emergence and establishment of sociological and theological-sociological understanding of law. Joining the scholars who, in the development of legal positivism, traditionally distinguish between such stages as the classical positivism of J. Austin, G. Kelsen's "pure doctrine of law" and G. Hart's analytical jurisprudence, the author agrees with the conclusion that at the turn of the XIX–XX Art. There are three main areas of positivism: legalistic (normativistic), social-legal and psychological-legal, and further attempts to identify in each of these areas elements of sociological or theological-sociological approaches to understanding law.

Key words: *legal positivism, normativism, psychological theory of law, analytical jurisprudence, sociological theory of law, theological and sociological understanding of law.*

Відповіді на питання про сьогоднішнє розуміння права як феномена суспільного розвитку не може бути отримане за допомогою методологічних підходів, запропонованих якоюсь із сучасних теоретичних шкіл [5]: як складний суспільний витвір, право може бути зрозумілим і поясненим щонайменше через ряд його визначень, які в цілому формують його сучасний образ [10, с. 164].

Понад століття тому відомий український учений-правник Б.О. Кистяківський зазначив, що, здається, ніби жодна інша наука не має стільки суперечливих одна іншій теорій, як наука про право, вона ніби тільки й складається з теорій, що навзаєм виключають одна одну [1]. Із кожним десятиліттям лише стає більше, а позиції вчених, які їх обстоюють, здаються дедалі складнішими для розуміння, в результаті чого маємо зараз уже кілька тисяч визначення поняття права як цілісного соціального феномену. Утім, усі ці теорії концентрують свою увагу на найбільш принциповому питанні: чим є право, якими є закономірності його виникнення й функціонування, яким є його співвідношення з мораллю, релігією, державою, суспільством, владою тощо. Отже, виризувалася гостра потреба в пошуках певного інтегрального підходу до права, виявлення його сутності, ключових ознак, призначення у сучасному ліберальному світі, здатності залишатися найбільш досконалим та універсальним регулятором суспільних відносин. Тому можна констатувати, що питання розуміння права залишається не тільки центральним у юридичній науці, але й визначальним для політико-правової та юридичної практики.

Сьогодні питання про визначення сутності права залишається одним із найважливіших предметів дискусії між представниками сучасних напрямків юснатуралістичного праворозуміння та позитивізму. Цікаво, що видатні позитивісти у своїх працях часто висловлювали думки, які надалі виявлялися навіть віддаленими від крайнього позитивізму. Тут можемо згадати праці таких знаних представників юридичної науки, як Д. Остін в Англії, А. Цітельман

у Німеччині, у Франції, С. Пахман, Г. Шершеневич у Росії. Д. Остін зазначав, що право – це агрегат правил, встановлених політичним керівництвом або сувереном [4], що не завадило йому також висловити ряд ідей, які закладали основи соціологічного розуміння права. Г. Шершеневич писав, що всяка норма права – наказ, а право у цілому – витвір держави; для нього джерелом народження правових норм залишалася тільки держава: державна влада – той первісний факт, із якого виходять, чіпляючись одна за одну, норми права, писав Г. Шершеневич [11]. В одного з найвидатніших позитивістів, основоположника нормативізму Ганса Кельзена примусово-наказове право отримує свою дійсність від гіпотетичної основної норми (а не від держави) [13]. Суголосне з Кельзенівським трактуванням також праворозуміння в Г. Харта: норма права виникає від найважливішого правила – вищого правила визнання [3]. Попри багаторічну критику позитивізму європейського зразка або, як правової ідеології, радянського нормативізму зразка Вишинського, позитивізм, або неопозитивізм, залишається одним із домінуючих типів праворозуміння як у світовій, так і у вітчизняній юриспруденції. Його виокремлення ґрунтується на таких твердженнях, властивих працям усіх без винятку представників цієї наукової течії: 1) концептуальне розмежування права і моралі; 2) характеристика права як соціального факту; 3) критика етичного об'єктивізму; 4) емпіричні методологічні засади опанування права [2].

Нагадаємо, що виникнення юридичного позитивізму відбувалося наприкінці XVIII – у першій половині XIX ст. у Великобританії, Франції та Німеччині, а його філософськими основоположними положеннями стали вчення класичної німецької філософії, зокрема І. Канта та Г. Гегеля, історичної школи права, а також таких знаних представників позитивізму, як О. Конта та Г. Спенсера, Дж. Бентама, Дж. Остіна, Т. Гоббса. Один із визначних представників цієї наукової школи, Г. Харт звернув увагу на те, що поняття «позитивізм» вживається для позначення одного чи кількох таких тверджень: закони – це команди,

віддані людьми; немає необхідного зв'язку між правом і мораллю, або правом, яким воно повинно бути, і правом, яким воно є насправді; (правова система – це «закрита логічна система», в якій правильні рішення можуть бути виведені засобами логіки [3].

Аналізуючи позитивістські теорії праворозуміння та взаємозалежності права і держави, можемо виділити правовий етатизм (держава первинна щодо права (Дж. Остін, Г.Ф. Шершеневич [4; 11]), інституціоналізм (держава і право є «сторонами» однієї монети, відтак постановка питання про первинність є неправомірною (О. Вайнберг [7], Н. МакКормік [14], Г. Єллінек [8] і Н.М. Коркунов [15; 16])), антиетатизм (право первинне щодо держави) (Л.Й. Петражицький [9], Г. Кельзен [13], А. Росс [17]).

Якщо ще раз звернутися до аналізу сенсу правових понять у Г. Харта, можемо говорити про розмежування історичного і соціологічного праворозуміння [3], що дає підстави виокремлювати юридичний соціологізм та юридичний нормативізм.

У розвитку юридичного позитивізму дослідники традиційно виділяють такі етапи, як: 1) класичний позитивізм Дж. Остіна, 2) «чисте вчення про право» Г. Кельзена, 3) аналітична юриспруденція Г. Харта. Взагалі, засновником юридичного позитивізму вважають англійського юриста Джона Остіна, який був послідовником утилітаризму Дж. Бентама. Позитивізм Дж. Остіна найбільш наближений до запропонованого автором теолого-соціологічного розуміння права [5; 10; 18], оскільки саме він у своїй роботі «Лекції з юриспруденції, або філософія позитивного права» визнав існування божественних законів, законів позитивної моралі і позитивних законів, встановлених державою, заклавши початок для соціологічного розуміння права [12].

Так, на межі XIX–XX ст. формуються три основні напрямки юспозитивізму: легістський (нормативістський), соціолого-правовий та психолого-правовий. Сьогодні можемо стверджувати, що навіть у крайній течії позитивізму – нормативізмі – знаходимо соціологічні нотки праворозуміння. Зокрема, засновник та найвідоміший представник **легістського позитивізму**, що виник на межі XIX–XX ст., австрійський вчений і суддя Конституційного Суду Австрії Ганс Кельзен, автор «чистої теорії права», у якій Г. Кельзен обґрунтовує ідею самодостатності і дієвості права, оснований на примусовій силі юридичних норм, а не на моральних принципах чи цінностях [13], визнає, тим не менш, існування пірамідальної ієрархічної структури права, побудованої на основній нормі [19]. Якщо норма права є

ідеальним об'єктом, сенсом акту волі, кінцевою основою дійсності правового порядку є основна норма – норма, що уповноважує творців першої конституції після останньої революції [14]. Допускаючи, що ця основна норма може мати елементи божественного походження, можемо твердити про теолого-соціологічні нотки в нормативізмі Г. Кельзена.

Представники **соціологічного позитивізму** (О. Ерліх, Е. Канторович, П.О. Сорокін, Ж. Гурвіч, Р. Паунд, К. Левеллін, Б. Кардозо, М.О. Тімашев та інші) вважають першоосновою права правовідносини: право – це реальний порядок суспільних відносин. Поряд із державним правом визнається існування соціального права – правових систем, що виробляються й підтримуються різними соціальними інститутами (сім'єю, корпорацією тощо), а також є результатами суддівської правотворчості або наукової доктрини [6]. Таким чином, формування соціологічного напрямку в позитивізмі у XIX–XX ст. зумовило виникнення соціології права як самостійної галузі наукового знання (Г. Спенсер, Е. Дюркгейм, М. Вебер, В. Вундт, Г. Тард), а соціологічне праворозуміння завдяки швидкому поширенню методів соціології у сфері теоретичної юриспруденції та правової практики ставало домінуючим у правовій науці, набуло найбільшого поширення переважно у країнах загального права, де поряд із законами вагому роль відіграють судові прецеденти [20].

Абсолютизація правосвідомості як форми зовнішнього вираження права **зумовила виникнення антропологічного позитивізму** (Л. Петражицький, К. Олівекрона, А. Росс [17]). Найбільш визначною стала психологічна теорія права Л.Й. Петражицького (1867–1931 рр.), вихованця Київського університету імені Святого Володимира, професора Петербурзького, а потім і Варшавського університетів, яка вплинула на формування соціолого-правових поглядів Ж. Гурвіча, П.О. Сорокіна, М.О. Тімашева. Право для Л.Й. Петражицького – виключно індивідуальне психічне явище, психічне переживання, яке має особливі ознаки [10]. Л.Й. Петражицький поділяв право на інтуїтивне і позитивне: право інтуїтивне як результат психічного переживання людей є скрізь, де присутні імперативно-атрибутивні переживання. Атрибутивна складова частина в Л. Петражицького є суттю права, що відрізняє його як специфічне явище від інших, зокрема від моралі, яка має односторонній імперативний характер; інтуїтивне право виникає в результаті переживання багатьох осіб, не відображено в нормах позитивного права, а емоції владних осіб за певних умов об'єктивуються в нормах позитивного

права. Звідси Л. Петражицький робить висновок про множинність права: кожна група осіб, навіть кожна людина може мати своє право, тому позитивне право – це теж психічне право, результат переживання, проекції переживань тих чи інших осіб влади.

У Л. Петражицького знаходимо підтвердження, що право не тільки взаємопов'язане з мораллю, але й є глибоко моральним [10]. Неморальний закон не є правовим, підриває устої влади, не є правом. Перш за все, право є моральним імперативом, в основі якого лежить Божественна воля і який визнаний, санкціонований державою та забезпечується нею. Аморальний закон приречений на суспільний негативізм, громадський осуд. Він не виконує однієї з основних функцій права – не формує правового порядку. Саме моральний зміст визначає право як суспільне явище [10].

Неопозитивіст Г. Харт намагався посилити процес гуманізації позитивного права, пов'язував його не з обов'язком, а з вільним волевиявленням. Його учень, ізраїльський правознавець Джозеф Роз продовжив розвиток антропологічної школи права і слідом за Г. Кельзеном заперечував існування прогалін у праві як наслідок позитивістської тези про те, все право зводиться до джерел права, які, своєю чергою, є соціальними фактами [21].

Надалі позитивісти другої половини ХХ ст. будували свої розробки на засадах аналітичної філософії; А. Росс і Є.В. Булигін зверта-

лися до логічного напрямку, а представники Оксфордської школи звернулися до лінгвістичного напрямку цієї філософії. Однак найважливішою тенденцією сучасного позитивізму є включення до дослідження права аналізу соціологічних проблем дієвості правових норм, а також проблем сприйняття норм індивідуальною психікою. Ця тенденція, зокрема, простежується в різних працях не тільки Г. Кельзена, А. Росса, представників інституційного юридичного позитивізму, а також представників Оксфордської школи. Водночас для юридичного неопозитивізму продовжує бути актуальною проблематика розмежування права і моралі.

У контексті теолого-соціологічного праворозуміння відмітимо, що в основі розвитку права лежать кілька об'єктивно зумовлених чинників [10]:

- 1) моральний імператив, визначений Всевишнім;
- 2) творча діяльність суспільства, зумовлена прагненням до свободи і справедливості як на загальносуспільному рівні, так і на особистісному;
- 3) намагання урівноважити загальносуспільний та особистий інтерес;
- 4) формування правового порядку як умови життя сучасного мультиінституційного суспільства;
- 5) прагнення до забезпечення безпеки життя, здоров'я, власності та прав і свобод.

Список використаних джерел:

1. Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. Москва, 1916. С. 374.
2. Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с фр. Москва, 2000. С. 48.
3. Харт Г.Л.А. Понятие права. Санкт-Петербург, 2007. С. 264.
4. Історія вчень про право і державу: хрестоматія для юрид. вищ. навч. закл. і ф-тів / авт.-укл. Г.Г. Демиденко; за заг. ред. О.В. Петришина. 4-е вид., доп. і змін. Харків: Право, 2009. 958 с.
5. Костицький В.В. Багатолике право. Теолого-соціологічне розуміння права та проблеми конституційного закріплення теорії розподілу влади. *Юридичний вісник України*. 2011. 17-23 вересня (№ 37). С. 6.
6. Костицький В., Кобан О. Соціологія права: (науково-теоретична спадщина Євгена Ерліха і проблеми розвитку сучасної науки) (видання друге); Ін-т законодавчих передбачень і правової експертизи. Київ: Коло, 2016. 256 с.
7. Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Legal Politics. Dordrecht, 1991. P. 111–132.
8. Еллинек Г. Общее учение о государстве. Санкт-Петербург, 2004. С. 47–59, 84–85, 192–194, 331–365.
9. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Санкт-Петербург, 2000. С. 165–184.
10. Wasyl W. Kostytsky, Kwestia oceny dziedzictwa prawnego Leona Petrazyckiego w nowoczesnej doktrynie prawnej Ukrainy. *Leon Petrazycki i jego dzieło*. Warszawa: Studia Iuridica, 2018. P. 163–184.
11. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1. Москва, 1910. *Історія вчень про право і державу: хрестоматія для юрид. вищ. навч. закл. і ф-тів* / авт.-укл. Г.Г. Демиденко; за заг. ред. О.В. Петришина. 4-е вид., доп. і змін. Харків: Право, 2009, 958 с. С. 510–514.
12. Костицький М.В. Позитивізм як методологія юриспруденції. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2014. № 2. С. 22.
13. Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. пер. Вып. 2 / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. Москва, 1988. С. 68.

14. MacCormick N. Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth. New York, 2002. P. 17–26.
15. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. *Історія вчень про право і державу: хрестоматія для юрид. вищ. навч. закл. і ф-тів* / авт.-укл. Г.Г. Демиденко ; за заг. ред. О.В. Петришина. 4-е вид., доп. і змін. Харків : Право, 2009ю 958 с. С. 510–514.
16. Берман Г.Дж. Западная традиция права : эпоха формирования. Москва : Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА- М-НОРМА, 1998. 624 с.
17. Ross A. On Law and Justice. Berkeley, 1959. P. 57–58.
18. Костицький В.В. Теолого-соціологічне розуміння права: Конституція України. *Liber Amirorum до 55-річчя О.Л. Копиленка* : монографія / авт. кол. ; за ред. д.ю.н. О.О. Гріненко. Київ; Одеса : Фенікс, 2016. С. 329–339.
19. Захарова М.В. Французская правовая система : проблемы теории : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.01 ; Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Москва, 2015. С. 99.
20. Тадевосян Э.В. Социология права и ее место в системе наук о праве. *Государство и право*. 1998. № 1. С. 46.
21. Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм : дисс. канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Санкт-Петербургский государственный университет. Санкт-Петербург, 2014. С. 69–70.