

Генезис правового мислення

І.Я. Андрушко

аспірант кафедри теорії держави і права, Національний університет «Одеська юридична академія», заступник начальника юридичного відділу Южненської міськради Одеської області

Науковий керівник

В.В. Дудченко

доктор юридичних наук,

професор,

Національний університет

«Одеська юридична

академія»

У статті запропоновано звернутись до вивчення правового мислення крізь правове явище легітимації права шляхом аналізу його дефініції й типології, запропонованої М. Вебером, що дасть змогу охарактеризувати харизматичний, традиційний, раціонально-формальний, ціннісно-раціональний типи правового мислення та спрямить загальні характеристики його еволюції.

В статті пропонується звернутись к изучению правового мышления с помощью правового явления легитимации права путем анализа его дефиниции и типологии, предложенной М. Вебером, что позволит охарактеризовать харизматический, традиционный, рационально-формальный, ценностно-рациональный типы правового мышления и будет содействовать общей характеристике его эволюции.

In this article, please contact the study of legal thinking through the legal phenomenon of legitimacy of law by analyzing its definition and typology proposed by M. Veber that will characterize the charismatic, traditional, rational-formal, value-rational types of legal thinking and will assist in providing general description of the evolution of legal thinking.

Ключові слова: *правове мислення, легітимація права, харизматичний тип правового мислення, традиційний тип правового мислення, формально-раціональний тип правового мислення, ціннісно-раціональний тип правового мислення.*

Постановка проблеми

Дослідження правового мислення крізь призму його історичних витоків у проекції на типологію легітимності права дасть змогу вивести концепцію типів правового мислення, що стане рушійною силою в ліквідації прогалини вітчизняних наукових досліджень такої категорії понятійно-категоріального апарату юриспруденції, як правове мислення.

У свою чергу, актуальність вивчення останнього обумовлена його змістом, оскільки воно є внутрішньою формою процесу розуміння професіоналом-правознавцем правової дійсності, результатом якого є правова поведінка в контексті позитивного права, що втілюється у правовій культурі професіонала-правознавця, формуючи образ професійної правосвідомості.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

У вітчизняній юридичній науці вивчення окремих аспектів поняття «правове мислення» подано у працях В. Братасюка, А. Бернюкова, Ю. Оборотова, В. Селі-

ванова, О. Скакун та інших. Однак, у російській юридичній науці проблемам правового мислення присвячено праці А. Аверіна, В. Курьянова, А. Жалінського, А. Мордовцева, А. Овчиннікова, В. Рибакіна та інших.

Розроблення проблематики легітимності права та її основних критеріїв відображено у вітчизняному правовому науковому просторі у працях В. Дудченко. Аналізові типів легітимації права присвячено праці закордонних учених: Е. Аннерса, Г. Дж. Бермана, М. Вебера, Г. Радбурга, К. Зейфарта, Г. Кельзена, Ю. Хабермаса, О. Хеффе, К.Р. Шмітта та інших.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми

Вивчення правового мислення в сучасних доктринальних реаліях відбувається лише крізь призму професійного праворозуміння, без аналізу природи правового мислення та досить часто ототожнюється з ним, хоча останнє є його конститутивним елементом.

Формулювання цілей статті

Автор убачає мету дослідження у вивченні витоків правового мислення, шляхом вирішення таких завдань:

1) висвітлення доктринального опрацювання зазначеної проблематики;

2) проведення загального огляду наукових дефініцій категорії «правове мислення» із зазначенням можливого авторського комплексного визначення цієї категорії;

3) вивчення типології легітимності права, запропонованої М. Вебером, шляхом визначення поняття «легітимация» та розкриття генезису правового мислення шляхом вивчення харизматичного, традиційного, формально-раціонального та ціннісно-раціонального типів правового мислення;

4) здійснення загальної характеристики концепцій легітимаций, запропонованих Г. Радбургом, Ю. Хабермасом, О. Хеффе та К.Р. Шміттом;

5) підбиття підсумків такого дослідження.

Вклад основного матеріалу дослідження

Сучасне правове мислення ґрунтується на засадах як раціоналізму, так і ірраціоналізму, оскільки розуміння права як первинної ланки правового мислення є оціночною діяльністю, що полягає в порівнянні правових норм, явищ суспільної дійсності з цінностями права та правовими цінностями, зосередженими в джерелах права.

У словнику з філософії права правове мислення визначено як найвища аналітична можливість особистості як суб'єкта правовідносин, що функціонує та розвивається в русі духовно-практичного вирішення різноманітних соціально-правових протиріч [1, с. 191].

На думку А. Мордовцева, правове мислення – особливий вид інтелектуально-пізнавальної діяльності, а також правила (канони), за якими у визначеній соціально-правовій системі прийнято формувати та розвивати правову мову, передавати будь-яку юридично важливу інформацію [2, с. 38].

Водночас А.Овчинников наполягає на визначенні правового мислення як фено-

мена духовного світу людини, процесу розуміння індивідом навколишньої соціально-правової дійсності, результатом якого є, з одного боку, бажане та позитивне право, а з іншого – комплекс правових знань, навичок і стереотипів поведінки, що формуються та інституціонуються в правовій свідомості та юридичному світосприйманні людини [3, с. 309].

Не можна погодитися з В. Кур'яновим, який наголошує, що професійне мислення юриста – загальновизнана орієнтація в конкретних професійно-правових ситуаціях правової дійсності, або – система інформаційно-правової насиченості, що склалася завдяки орієнтирам професійного призначення [4, с. 113], оскільки правове мислення – внутрішня форма процесу розуміння індивідом правової дійсності, результатом якої стає правова поведінка в контексті позитивного права, що втілюється у свідомості суб'єкта права, виступаючи його динамічним компонентом.

Учений А. Аверін розглядає науково-правове мислення з позицій юридичного пізнання, тобто специфічного виду пізнавальної діяльності людини, що відноситься до гуманітарного типу свідомості та відрізняється суб'єктивною інтерпретацією події, що відбулася в минулому та пов'язана з людськими відносинами, критичним аналізом версій цієї події, психологічним сприйняттям установленого знання про подію [5, с. 7].

Скакун О. визначає професійно-правове мислення юриста як систему інформаційно-правової наповненості останнього, що склалася завдяки установкам професійного значення, що дає змогу орієнтуватися в конкретних професійно-правових ситуаціях дійсності [6, с. 750].

На думку Ю. Оборотова, який погоджується з А. Жалінським, правове мислення – інтелектуальна діяльність, спрямована на вирішення завдань, пов'язаних із використанням правових засобів і правових аргументів [7, с. 15].

На нашу думку, правове мислення є поетапною розумовою, творчою, інтелектуальною діяльністю професіонала-правознавця у процесі правової комунікації,

спрямованою на пізнання, оцінку правових явищ, використання норм права, правових принципів для реалізації суб'єктивних прав та обов'язків професіонала-правознавця, що зосереджена на оцінюванні правомірної чи неправомірної поведінки за допомогою використання суджень, що створюються під впливом як раціональних, так і ірраціональних чинників.

Як зазначалося раніше, у вітчизняному науковому просторі детальне вивчення легітимності права відображено в працях В. Дудченко. Саме доповнення формальних вимог справедливості морально-етичними цінностями називається легітимацією. Теорією легітимації є правова етика, отже, легітимація спирається на допозитивні та надпозитивні основи. Легітимувати що-небудь означає обґрунтувати й виправдати його. Теорія легітимації, таким чином, осмислює право не лише з точки зору як воно є (легальне, позитивне право), а й яким йому належить бути (легітимне право). Неузгодженість того, що є (речі, як вони реально існують), і того, що мусить бути (речі, якими вони мають бути, якщо орієнтуватися на певні надпозитивні цінності), зумовлює проблему сущного та належного, проблему права і факту [8, с. 134; 9, с. 58-64].

Відповідно до запропонованої М. Вебером концепції методу юридичного мислення, що запровадив Захід, існує метод формальної раціональності юридичного мислення. Як першооснови такого методу вчений виділяє античний спадок, розвинуте правосуддя національних зібрань, появу раціонального господарства, римське право, філософію природного права, експериментальну науку, протестантизм тощо [10, с. 631].

Називаючи таку раціональність формальною, М. Вебер виходив із того, що формальна раціональність – це визначений тип мислення, квінтесенцією якого є домінування юридичної процедури над цілями правового регулювання.

Матеріальна раціональність – це раціональність для чогось; формальна раціональність – раціональність не для чогось, а сама по собі, взята як самоціль [11, с. 24].

Якщо формальна раціональність слугує для створення логічного комплексу норм, що забезпечують процес застосування права, то ціннісна раціональність на перше місце ставить не логічну узгодженість норм, а цінність справедливості або цінності того чи іншого роду – етичні, політичні, прагматичні тощо. Таким чином, метод формальної раціональності, або формально-догматичний метод, домінує в суспільстві з цілераціональним типом легітимації правопорядку, оскільки легалістичні питання тлумачення права, питання юридичної процедури, тобто форми права, домінують над ціннісними параметрами правового життя суспільства. Вершиною такого стилю правового мислення є нормативізм [3, с. 64].

Учений М. Вебер пропонує теорію ідеальних типів легітимації розглядати за допомогою харизматичної, традиційної, формально-раціональної легітимацій та зазначає про наявність ціннісно-раціональної легітимації.

Доречним в аспекті причин появи вищезазначених типів легітимації права є висловлювання Г. Кельзена про те, що необхідно вдаватися до очищення правового мислення від будь-яких цінностей, у тому числі питань справедливості [12, с. 7].

Харизматична легітимність ґрунтується на величному ставленні до святості, героїзму, авторитетності видатної особистості, а також до моделі її поведінки та системи норм, створюваних нею самою. Яскравим прикладом харизматичної легітимності права є античне римське суспільство, індуйстське, буддійське тощо.

Право за часів харизматичної легітимності лунає з вуст правових діячів-жерців як пророків та є повністю ірраціональним явищем, відомим лише жерцям, які були наділені магичними рисами характеру та відповідали за функціонування сакрального устрою суспільства, у тому числі права.

Таким жерцям також були властиві знання магії та астрономії, таїнства релігійних і культурних правил, що обумовлювали залежність життя суспільства від божественних сил [13, с. 105].

Як зазначає А. Гуревич, люди жили в атмосфері дива, яке стало повсякденною реальністю. Віра у слово, зображення, символи була безмежною та не зустрічала жодної критики [14, с. 191].

Для харизматичного обґрунтування правопорядку властиво те, що питання всіх галузей суспільного життя вирішуються ірраціонально, завдяки власному прикладові, вірі у святість і досвід лідера, його творчості та авторитету.

Харизматичний лідер свій авторитет підтримує силою власного дару, а не фізичною силою. Із появою харизматичної особистості виникає екстраординарне, незвичне, нове ставлення до таких засновників держав і політики, як: Солон, Лікурґ, Цезар, Наполеон та інші [15, с. 86].

Стосовно наступного типу легітимації права, запропонованої М. Вебером, то слід зазначити, що правопорядок, який виник у результаті традиційної легітимації, ґрунтується на звичаї відтворення певних ліній соціальної активності та патріархальності суспільного устрою.

У традиційному суспільстві кожен його член займає відповідну нішу, система традицій стає раціональним пластом звичаєвого права.

Слід погодитися з Г.Дж. Берманом у тому, що коли ще не було у правовому світосприйнятті того наукового дуалізму суб'єкта та об'єкта, відомого нам із Нового часу, правові норми мали «пластичність змісту», наївність та неточність виразу, наприклад, «закон збереже свою силу до тих пір, поки вітер віє із хмар та стоїть світ...», або буде отримано землі стільки, скільки можливо об'їхати за визначений час на коні...» [16, с. 70].

Однак, необхідно зазначити, що саме з часів традиційної легітимації міфологічне мислення набувало рис раціональності, оскільки правові процедури, основою яких був ритуал або обряд, стали досить формалізованими з позицій суспільної необхідності, у тому числі правової дійсності. Яскравими прикладами традиційного типу легітимації права є давній Єгипет, Китай, ісламські держави.

Отже, первинна магія з її надможливими

явищами, що здійснюються харизматичною особистістю, поступилися символічним церемоніям та обрядам, які пов'язані з ціннісною раціональністю. Клятві та ордалію віддавали перевагу перед іншими засобами доказування, оскільки у процесі вищезазначених дій можна простежити додержання традицій і звичаїв. Також, той, хто повністю дотримується звичаєвого права у виконанні процедур ордалію, поединку тощо, вважається законновірним членом суспільства.

Виникнення формально-раціонального типу легітимності пов'язане з функціонуванням ринкової економіки в капіталістичних державах Заходу.

Формальна раціональність веде до панування закону, а не особистості, функціонування конституційної держави, а не правової.

Крім того, М. Вебер розробив категорію цінносно-раціональної легітимації права, що своїми засадами вважає основи природного права, справедливості, розум, совість тощо, яка повинна передувати формальній раціональності, оскільки культурно-історичний потенціал кожного народу знаходить свій відбиток у правовій аксіології та аксіології права, ще задовго до появи формально-раціонального типу легітимації.

Під час поглиблення раціоналізації правової діяльності правознавців-професіоналів, які завдяки своїй фаховій діяльності стають особистостями, покликаними сприяти внесенню в суспільні відносини упорядкованості, бути носіями інтегративного типу праворозуміння, виникає особлива логіка саморозвитку правової сфери життя суспільства, пов'язаної з тим, що формально-ціннісна раціональність домінує над матеріальною раціональністю.

Ще однією яскравою концепцією легітимації права є вчення Г. Радбурґа про синтез аксіології, етики та юриспруденції, одночасно з таким конститутивним елементом права, як справедливість та антинормі справедливості, мети та безпеки.

Так, на думку Г. Радбурґа, право не може впорядкувати життя в групі, не будучи об'єктивним порядком і не забезпе-

чуючи безпеки. Виправдання будь-якого права і будь-якого управління – це перш за все соціальний мир, який вони встановлюють. Право, що не може гарантувати мир і безпеку, уже не є правом. Тому є високою цінність уже запроваджених правом стабільного порядку та миру. У сфері права справедливість часто нехтується заради безпеки. Те, що називають позитивністю права, є одним із проявів цього принципу безпеки. У сфері суб'єктивного права такі інститути, як: припис усунення порушень, захист фактичного володіння, нарешті, презумпція status quo в галузі міжнародних відносин, є наслідками застосування принципу безпеки, що суперечать ідеї справедливості [17, с. 140-168].

Відомими дослідниками легітимісної проблематики є О. Хеффе та Ю. Хаберманс.

Так, О. Хеффе вважає фундаментальним критерієм легітимізації права та держави ідею права, або справедливості, її основний (свобода) і опосередковані (права людини) принципи. Право людини є дистрибутивною користю, що стосується кожної людини окремо. Саме з цих міркувань дослідник зазначає, що повністю легітимними примусові соціальні відносини є лише тоді, коли стають корисними для кожного окремого учасника, а не просто сукупності всіх зацікавлених осіб [18, с. 250].

На думку Ю. Хаберманса, правовий устрій держави повинен бути авторизований самими членами суспільства, тобто індивіди, яким адресовані норми, що регулюють суспільне життя, повинні бути їх авторами. Самі громадяни встановлюють правила свого спільного життя [19, с. 202-204].

Не менш яскравим представником легітимісної теорії права є К.Р. Шмітт, який у праці «Легальність і легітимність» зазначає, що в державах європейського континенту з XIX ст. розуміли під «правовою державою» те, що було насправді державою законодавства. Обґрунтування такої державності полягає в загальній легальності всього державного здійснення влади. Нині має місце руйнація всієї

системи легальності та її формалізму, яка пояснюється лише тим, що вичерпано сутнісні передумови та специфічний пафос легалістського розуміння закону як цілком «ціннісно-нейтрального». Засадничий раціоналізм системи легальності відверто перетворюється тут у свою протилежність. Якщо рішення парламентської більшості стає законом, то всі гарантії справедливості й розумності, а також поняття закону і самої легальності вироджуються у безмістовність із арифметичним уявленням про більшість. Метод волевстановлення через просте виявлення більшості має сенс і придатність, якщо можлива сутнісна однорідність усього народу. Якщо ж передумова неподільної національної однорідності відсутня, то цей метод є лише кількістю більшого чи меншого насильства над переможеним і тим самим придусеною меншістю. Хто має 51%, може решту 49% законним чином зробити нелегальними [20, с. 647-648].

Висновки

Отже, слід наголосити на таких результатах проведеного дослідження.

Кожен тип легітимізації права обумовлює функціонування відповідного типу правового мислення.

Так, засадами харизматичного й традиційного типів правового мислення є почуття та емоції людини, яка має знання в галузі права. До того ж, за харизматичного типу правового мислення така особистість ставить до права з особливою пошаною, що виникла завдяки турботливому, вірному ставленню до особистостей, які створили таке право для абсолютної справедливості.

Для традиційного типу правового мислення характерне те, що право є справедливостю, яка існує завдяки поклонінню звичаям предків, ритуалам тощо.

Доречним тут буде зазначити, що харизматичний і традиційний типи правового мислення є первісними, так званими його зачатками, оскільки в ті часи говорити про правове мислення як поетапну, творчу діяльність професіоналів-правознавців, спрямовану на пізнання правових явищ

за допомогою змістовних, процедурних, визначальних правових засобів, буде не коректним.

Ціннісно-раціональний тип правового мислення ґрунтується на системі інтуїтивно-емоціональних показників, які своєю природою завдячують раціональним та ірраціональним явищам.

Формально-раціональний тип правового мислення пов'язаний із використанням принципів і законів логіки тощо.

З точки зору етапності функціонування правового мислення, його еволюцію можна подати таким чином: харизматичне проголошення права з вуст пророків-жерців до емпіричного відправлення правосуддя величною знаттю суспільства, для яких є характерним харизматичний тип правового мислення; становлення традиційного типу правового мислення шляхом відтворення права у звичаях, обрядах, ритуалах, розподілу світського права та теократичних канонів, для якого є характерним традиційний тип правового мислення; на зміну традиційному типові правового мислення приходять ціннісно-раціональний і формально-раціональний типи, що стали результатом еволюціонування правових систем.

Якщо розглядати позицію М. Вебера

щодо відмінності між формальною та матеріальною раціональністю, то різниця між ними полягає в тому, що засоби та мета співвідносяться не лише з точки зору користі, а й із позицій відповідності до вищих соціальних цінностей суспільства як самостійної мети діяльності, так і застосованих для її досягнення засобів. У правовій сфері це розходження можна виявити в тому, що право в цілому та правова норма зокрема стали розглядатись як цілі самі по собі, навіть не дивлячись на те, для чого вони існують.

Таким чином, сама раціоналізація правової діяльності окремої спільноти професіоналів-правознавців, які працюють для того, щоб внести раціональний зміст у ірраціональну систему суспільного життя шляхом кваліфікації відповідних правовідносин, наполягає на постійному вдосконаленні логіки саморозвитку правової сфери життя суспільства, пов'язаної з тим, що формальні початки нівелюють матеріальними потребами суспільства, формальна раціональність почала домінувати над матеріальною раціональністю. Тому сучасне правове мислення повинно ґрунтуватися на інтегративному праворозумінні, що є концептом правового мислення професіонала-правознавця.

Список використаних джерел

1. Бачинин В.А. Філософія права: краткий словарь / В.А. Бачинин, В.П. Сальников. – С.-Пб., 2000. – 324 с.
2. Мордовцев А.Ю. Юридическое мышление в контексте сравнительного правоведения: культурно-антропологические проблемы / А.Ю. Мордовцев // – Філософія права. – 2003. – № 1(7). – С. 41-46.
3. Овчинников А.И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ / А.И. Овчинников. – Ростов-на-Дону. – Изд-во Ростовского ун-та. – 2003. – 344 с.
4. Курьянов В.А. Процессуально-правовое мышление в деятельности следователя / В.А. Курьянов // Юрист-Правовед. – 2008. – № 5 (30). – с. 112- 115.
5. Аверин А.В. Формирование научно-правового мышления судей как направления судебно-правовой политики / А.В. Аверин // Правовая политика и правовая жизнь. – № 2. – 2004. – С. 6-13.
6. Скаун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): учебник / О.Ф. Скаун. – Харьков : Єспада. – 2005. – 840 с.
7. Оборотов Ю.М. Теорія держави і права (прагматичний курс): екзаменаційний довідник / Ю.М. Оборотов. – Одеса : Юридична література. – 2006. – 184 с.
8. Дудченко В.В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень: монографія / В.В. Дудченко. – Одеса : Юридична література. – 2006. – 304 с.
9. Дудченко В.В. Легітимність і легальність: питання співвідношення / В.В. Дудченко // Актуальні проблеми держави і права. – 2005. – Вип. 26. – С. 58-64.

10. Вебер М. Социология права / М. Вебер // Антология мировой правовой мысли: в 5-ти т. – М., 1999. – Т. 3. – 631 с.
11. Вебер М. Избранные произведения: пер. с нем. / М. Вебер. – М. : Прогресс. – 1990. – 808 с.
12. Кельзен Г. Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. I / Г. Кельзен. – М., 1987. – 321 с.
13. Аннерс Э. История европейского права. / Э. Аннерс. – М., 1996. – 397 с.
14. Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры / А.Я. Гуревич. – М., 1984. – 327 с.
15. Гайденко П.П. История и рациональность: Социология М. Вебера и веберовский ренессанс / П.П. Гайденко, Ю.Н. Давыдов. – М., 1991. – 367 с.
16. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г.Дж. Берман. – М., 1994. – 632 с.
17. Радбурх Г. Введение в науку права / Г. Радбурх. – М., 1915. – 348 с.
18. Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / О. Хеффе. – М. : Гнозис. – 1994. – 320 с.
19. Хаберманс Ю. Демократия. Разум. Нравственность: Московские лекции и интервью; пер. с нем. / Ю. Хаберманс. – М., 1995. – 246 с.
20. Phmitt C. Verfassungs Cehse./ C. Phmitt. – Munchen und Leipzig. – 1928. – 368 s.