

Considering the mechanism of international legal regulation as an integrated set of different elements (components), which interact with each other and the environment, it turns out that the efficiency of its operation is largely dependent on the international legal process. The mechanism of international legal regulation comes into effect due to the facts that cause the emergence, change and termination of international relations based on international law. Thus there is an international legal process, the ultimate goal of which constitute international legal instruments and / or action. This ultimate goal demonstrates the effectiveness of the mechanism of international legal regulation, which is often identified with the efficiency of international law in general, and the rules governing this international legal process make international procedural law.

Key words: international legal process, the mechanism of international legal regulation, international procedural law, international litigation.

УДК 340.5

О. В. КРЕСІН,
кандидат юридичних наук

ІДЕЯ НАЦІЇ, СОЦІАЛЬНА ТРИХОТОМІЯ І РОЗВИТОК ПЛЮРАЛІСТИЧНОГО ПРАВОВОГО СВІТОГЛЯДУ

Принципово важливим для розвитку юридичних наук є з'ясування питання про об'єктивність права. Для першої половини XVII ст. в умовах Контрреформації та Тридцятилітньої війни у Європі характерним було розуміння позитивного права як суб'єктивного або інтерсуб'єктивного – довільного, заснованого на індивідуальному волевиявленні, об'єктивним же виступало насамперед Божественне, природне право. При цьому засади інтерсуб'єктивного права переважно вважалися універсальними, загальними, такими, що впливають з природного права.

Недостатність бачення соціального світу через дихотомію універсального/загального та індивідуального/одичного стала очевидною лише після Вестфальського договору 1648 р., який недвозначно розколов і знищив уявлення про Богом дану єдність західнохристиянського світу, прискорив крах теоцентричного політичного, суспільного, правового універсалізму. Була значною мірою дискредитована заснована на соціальній доктрині католицької церкви віра в об'єктивність універсального права та метафізичну єдність християнського суспільства. Соціально-політична філософія, втілена у переважно синкретичних ученнях з юридичним, державознавчим, політологічним, соціологічним, економічним елементами, мала знайти новий об'єкт і свою нову об'єктивну ідентичність, щоб зберегти уявне право на пояснення реалій життя.

Оскільки західнохристиянський світ виявився остаточно поділений на держави, соціально-політична філософія мала визнати цей факт і соціалізувати/«одержавити» предмет свого пізнання. Цьому сприяла і поступова, невпинна об'єктивація світобачення інтелектуалів завдяки успіхам природничих і технічних наук.

У правовій думці відображенням дихотомії універсального/загального та індивідуального/одичного стали концепції раціоналістів, засновані на трансляції натурфілософських підходів. Їх прикладом можуть слугувати ідеї Лейбніца. Універсальність його підходу до соціальних явищ і процесів полягала у проголошенні однакової раціональної природи людей, що відображає Божу раціональність, а отже, – й нової версії природного права. Будь-які соціальні утворення та будь-яке соціальне право відносно раціональні й мінливі, адже відображають лише окремі інтереси людини і пристосовані до конкретних історичних, природних та інших умов [31, с. 10]. Відмінності у праві різних народів і держав Лейбніц не вважав суттєвими, адже право засновується на єдиній ідеї справедливості. Але все ж таки наявні відмінності пояснюються малосвідомими чи несвідомими уявленнями про право на ранніх стадіях розвитку народів, коли вимог природного права людина дотримується інстинктивно [23].

За «Монадологією» Лейбніца (написана 1714, опублікована 1720 р.), монади є унікальними, не здатні взаємодіяти одна з одною на одному рівні, а лише ієрархічно – згідно з Божим задумом світової гармонії [23]. При цьому кожна раціональність іманентна певному суб'єкту – Богу, людині, групі людей. Так само іманентним є і право, воно «завжди породжується реальною групою, разом з якою воно й змінюється». Як і Локк, Лейбніц заперечував трансцендентність держави, її заявку на монопольне домінування в соціальній та правовій сферах, адже: «*omnem civitatem esse societatem sed no contra*» (все державне – суть соціальне, а не навпаки), й жодне суспільство не задовольняє всіх інтересів та прагнень людини [3, с. 623–624].

На нашу думку, індивідуалістичний раціоналізм Лейбніца став логічним продовженням ідей західноєвропейських мислителів XVI–XVII ст., які поступово обґрунтували суверенність людини, зробили її аксіомою і наріжним каменем усього соціального життя. У XVII ст. цю тенденцію посилила механістична парадигма природничих і точних наук, що привело до конструювання «соціальної фізики права» [3, с. 618–619; 20, с. 84–87].

Але ідея щодо домінування індивідуалізму, спочатку витворивши новий варіант суверенітету держави, сама ж його й поховала, позбавивши державу більш-менш певного місця між людиною і соціальним загальним. У вченні Лейбніца обов'язки людини за суспільним договором стали достатньо сумнівними, межу між суб'єктивним і об'єктивним у праві, між соціальними регуляторами і позитивним правом було розмито. Суспільний договір, держава і позитивне право значною мірою втратили свою легітимність і органічність, атомізувалися, втратили зворотний вплив на людину.

Як зазначав український вчений Є. Спекторський, раціоналісти сприймали суспільство не як одиницю, а як просту суму індивідів, між якими існують інтерсуб'єктні правові відносини. Ця опозиція індивідуалізму та універсалізму в праві зумовила прагнення юристів створити універсальну юридичну науку, що відкинула б особливості соціального права та створила б норми, придатні для всіх часів і народів. На практиці ж це привело до універсалізації норм і принципів римського права, з чим так боролися мислителі другої поло-

вини XVI ст. [19, с. 435–438, 444]. Прикладом цього можуть бути ідеї німецького мислителя XVII ст. Кюлера, який вважав соціальне право прямим відображенням права індивіда, а тому пропонував замість права для конкретного суспільства розробляти всесвітнє соціальне право, що стане реконструкцією раціонального природного права [19, с. 443].

* * *

Відповідно слід було знайти нове місце для держави, поклавши в її основу щось іще, окрім суспільства (як нестабільного, нецілісного, практично тотожного з людиною через свою раціональність), – додатковий ірраціональний елемент, що виведе її з механічної піраміди, зробить необхідною, органічною, не випадковою.

Такий елемент було віднайдено через нове осмислення феномена нації. Ідея нації, національної історії, національних держави і права була присутня у працях мислителів різних країн. Так, німецький мислитель Г. Конрінг у праці «Про походження права Німеччини» (1643 р.) доводив обмежений і пізній характер рецепції римського права, натомість історичний характер права германських народів, що зберігається попри іноземні впливи. На думку автора, для кожного народу прийнятне те право, яке твориться ним самим, і насамперед шляхом еволюції звичаєвого права та його фіксації [8, с. 734].

Подібних ідей дотримувався страсбурзький професор І. Шільтер, автор низки фундаментальних праць щодо ідентифікації та розрізнення германського, римського та канонічного права, зокрема «Використання римського права в Німеччині...» (1675 р.), та його послідовники С. Штрик, Х. Томазій, Г. Бейер. Два останні на початку XVIII ст. у Галле та Віттенберзі вже читали курси лекцій «Інститути германського права» [26, с. 32; 30].

Продовжувач ідей Г. Конрінга І. П. фон Людевіг у своїх працях початку XVIII ст. прямо писав про звільнення німецької юриспруденції від ярма зарубіжного права, про повернення Німеччині самої себе [21, с. 201]. У 1712–1737 рр. він написав одинадцять праць, присвячених порівнянню і відокремленню римського та германського права, під загальною серійною назвою «Відмінності римського і германського права».

В одній з найважливіших у контексті формування ідеї національного права праць – «Засади нової науки про загальну природу націй» (1725 р.) італійського мислителя Дж. Віко – наголошується на тому, що суб'єктами соціального життя, державо- та правотворення є народи як природні (органічні й нерациональні) соціальні спільноти. Народи як живі істоти народжуються, розвиваються і вмирають. Зовнішньою ознакою народу є його особлива мова. Не індивід, а саме народ є носієм природного права, і воно є особливим для кожного народу [2, с. 31–32, 34–36].

Домінуючим у поступі народів є їх саморозвиток через пізнання свого природного права – особливого зв'язку з Богом. Загальний поступ людства забезпечується через інтелектуальний обмін між народами. При цьому наголошується на людській раціональності як Божому дарі та самостійності людської волі [2, с. 34–36]. Тобто розвиток конкретної нації є особливим поєднанням

індивідуальних прагнень носіїв національного – та універсальним як загальною спадщиною людства. Відповідно особливими залишаються держава і право народу. Вони не є суто раціональними, адже відображають у раціоналізованій формі прагнення та звичай народних мас: «народи дають сенс законам» [2, с. 32, 35]. Поняття суспільства у вченні Віко не зникає, але «світ суспільності», на його думку, творять насамперед не окремі люди, а саме нації [2, с. 36].

Таким чином, суспільство і держава, за вченням мислителя, перестають бути суто раціональними, стають історичними й органічними, зростаються нацією як соціальним особливим. Вони отримують свою місію, універсальну функціональність, що ставить їх над будь-якими іншими частковими за своїми функціями співтовариствами. Зовнішнім деномінатором правового розвитку стає саме нація, а тому національне право стає основним – історичним, невинновим, органічним – правопорядком, щодо якого суб'єктивне право людини та право співтовариств усередині держави стають дещо підпорядкованими, а неконкретизоване універсальне право – простою сумою національних здобутків.

Надалі ідея органічності держави і права розвивалася французьким мислителем Монтеस्क'є, насамперед у його праці «Про дух законів» (1748 р.). Хоча В. Корецький звертав увагу на те, що ще в «Перських листах» (1721 р.), тобто до появи праці Віко, було відображено формування поглядів Монтеस्क'є щодо цінності національних особливостей у праві. Зокрема, мислитель радикально виступив проти запозичення римського права періоду імперії, адже воно виправдовувало деспотію, а також проти канонічного права [9, с. 10]. М. Ріхтер у зв'язку з цим відзначав, що «Перські листи» є «революцією в сприйнятті та теорії відмінностей інституцій, звичаїв – у розумінні поваги до них і їх (відмінностей. – О. К.) безальтернативності» [32, с. 14].

Водночас М. Азаркін зазначав, що ідея щодо національного характеру як одна з визначальних у становленні правового релятивізму та концепції національного права, відсутня у «Перських листах», з'явилася лише у фрагменті «Про політику», який був складовою трактату Монтеस्क'є «Про обов'язки» (1725 р.): «У всіх суспільствах, які є не що інше, як об'єднання духу, створюється загальний характер. Це всезагальна душа, що має властивий лише їй склад мислення, який є нескінченим ланцюгом причин, що примножуються і переплітаються між собою із століття у століття» [1, с. 25–26].

У праці «Нарис про причини, які визначають дух і характер» (1736 р.) Монтеस्क'є, зокрема, писав про неоднаковість процесів мисленнєвої діяльності людини в різних кліматичних умовах, що має наслідком формування різних понять, у тому числі щодо суспільних явищ [18, с. 314; 33, с. 22–23]. У цій же праці він сформулював принципово важливу для становлення ідеї національного права теорію щодо співвідношення фізичних і моральних чинників, які впливають на розвиток суспільства і права: «Якщо на перших етапах розвитку суспільства, у його дикому та варварському станах, основне значення мають фізичні причини, і насамперед клімат, то в цивілізованому суспільстві дедалі більше значення набувають моральні причини, у тому числі політичний лад і позитивні закони держави. Фізичні причини продовжують діяти на загальний дух націй, але їх вплив може бути врахований і нівельований моральними при-

чинами... Призначення моральних причин – виправляти, контролювати та доповнювати фізичні причини [1, с. 27]. Отже, мораль, яка передається через виховання, більше впливає на спільний дух, спільний характер нації та більшою мірою має враховуватися при з'ясуванні останнього, ніж фізичні причини. Таким чином, нація стає не лише природною, а й соціальною спільнотою.

У праці «Про дух законів» [12] Монтеск'є розглядав насамперед питання про різноманітність у праві різних країн і в межах однієї країни та причини цього явища. Принципово важливим є його твердження у вступі до книги про те, що різноманітність законів не є просто витвором людської фантазії, а розвиток права кожного народу випливає з певних загальних засад, які можна визначити і класифікувати. Первинною засадою він, зокрема, вважав природу речей – у дуже широкому розумінні – як суму фізичних, біологічних властивостей та іманентної взаємодії всього, що існує на Землі. Природа речей є основою природного права, яке відмінне від Божественного права (законів релігій). Саме за природним правом люди жили до виникнення суспільства. Закони природи неоднакові для всієї Землі, містять як загальні, так і особливі елементи, адже сама природа різноманітна – ландшафти, клімат, родючість ґрунтів, наявність чи відсутність виходу до моря та ін. Таким чином, мислитель прямо пов'язував розвиток нації з певною територією. Закони суспільства, які розвинулися в позитивне право, відмінні від законів природи (Монтеск'є категорично стверджував: «закони природи не можуть бути місцевими законами»), але не можуть не корелюватися з ними. Загалом нормальність співіснування природного і позитивного права, на думку Монтеск'є, випливає з / відповідає двом природам людини – як фізичної та розумної істоти.

Динаміка і напрям розвитку суспільства формуються і змінюються під впливом людського розуму, який теж має загальні та особливі елементи: загальна раціональність і раціональність у межах окремого народу, яка визначається характером/духом цього народу. Бог наділив людей розумом і волею, тому існування позитивного права є логічним. І воно не може бути тотожним Божественному, навіть не завжди йому відповідає, адже вони мають різні цілі: закони релігії мають на увазі мораль окремої людини, а позитивні – стан суспільства загалом; відмінними є їх походження і природа. Водночас постулати релігій безпосередньо впливають на поведінку людей, а через це – на правопорядок. Тому між розвитком позитивного права і сферою релігійних норм є взаємозв'язок, який виявляється у зворотному відношенні: чим менший вплив релігії в суспільстві – тим більша роль позитивного права, і навпаки.

Монтеск'є проголошував, що існування різних релігій є природним, адже вони відображають різницю в природі та суспільному розвитку різних регіонів. Догмати релігій мають відповідати суспільним і політичним відносинам та світогляду населення. Принаймні так є в період виникнення кожної з релігій. Він розглядав релігії не з погляду істинності, а лише як один із регуляторів людської поведінки: які саме цінності / блага вони пропонують суспільству.

Таким чином, особливе соціальне право поступово стає основним регулятором у суспільствах, поглинаючи та заміщуючи природне та Божественне право.

Загалом Монтеск'є класифікував право на такі види: природне, Божественне/релігійне, церковне/канонічне («право релігійної дисципліни»), міжнародне, загальне державне право («має своїм предметом людську мудрість»), окреме державне право, право завоювання («засноване на уявленні про те, що один народ хотів, міг чи мав вчинити насилля над іншим народом»), цивільне право окремих суспільств, сімейне право. При цьому він зазначав, що сфери правового регулювання між цими видами права мають бути розмежовані.

Серед чинників, які впливають на розвиток позитивного права певного народу, Монтеск'є називав клімат країни, якість її ґрунтів, географічне розташування, розмір, спосіб життя (господарство) її народів, форму правління, релігію, схильності населення, його мораль і звичаї, «приклади минулого» (очевидно, історичну свідомість) та ін. Вони пов'язані між собою і з обставинами свого виникнення. Усе це він називав духом законів. Насамперед він розглядав природно-географічний, економічно-господарський, психологічний чинники. При цьому перші два чинники впливають на право держав і народів як безпосередньо, так і, насамперед, через їх відображення у психології народів: вони визначають спосіб господарства, впливають на фізіологію і поведінку людини, формування певних якостей, які поширюються на цілі народи. Хоча історично похідним від цих чинників, але найважливішим серед них Монтеск'є вважав психологію («загальний дух») народів. Особливий характер не лише під час виникнення народу, а й протягом усього існування останнього продовжує бути пов'язаний з певною територією: змінюючи територію проживання, народ змінює свій характер, а отже, перероджується або вмирає.

Психологія народів формується поступово протягом історії та відображається насамперед у моралі та звичаях. Власне, цей дух, закладена в ньому особлива система принципів і формують сам народ. Моральне виродження народу може призвести до його зникнення. Основним носієм моралі, принципів, духу народу є звичаї: «Народ завжди краще знає, сильніше любить і більш ревно захищає свої звичаї, ніж свої закони». Релігійні, моральні норми і філософія мають відповідати характеру народу. Народи об'єднуються у певні групи, сформовані історично, що мають близькі психологічні риси (зокрема, Монтеск'є виділяв германські народи).

Позитивне право є насамперед записаними і впорядкованими звичаями, історично створюється для конкретного народу, відображає його характер, але й впливає на цей характер, уточнює його, сприяючи формуванню моралі та звичаїв. Тобто розвиток характеру і позитивного права народу взаємозумовлені, хоча історично й логічно у Монтеск'є позитивне право виступає як похідне: «Законодавець має узгоджуватися з народним духом, оскільки цей дух не суперечить принципам правління». Змінити характер і мораль народу можна, лише поступово розвиваючи спосіб його мислення, а потім запроваджуючи нові мораль та звичаї. Формування загальнодержавного характеру права має відбуватися поступово. Наприклад, Монтеск'є зазначав, що «обширне ціле нашої французької юриспруденції» склалося завдяки апеляційному судочинству. Але він не відкидав реформ загалом і навіть зазначав, що великий законодавець може створити народ (у сенсі – змінити дух народу).

Монтеск'є виразно засуджував запозичення в праві від одного народу до іншого, вказуючи: «Законои мають перебувати в такій тісній відповідності з властивостями народу, для якого вони встановлені, що лише в надзвичайно рідкісних випадках закони одного народу можуть виявитися придатними й для іншого народу». В збереженні самостійності розвитку права народу він убачав запоруку його повноцінного функціонування взагалі, закликав «уникати всього, що може змінити загальний дух нації». Надійним забором проти запозичень є єдність, цілісність звичаїв, моралі, релігії і права народу, що робить його несприйнятливим щодо зарубіжного правового впливу. Щоправда, Монтеск'є не засуджував рецепцію римського права, адже вона, на його думку, відбувалася поступово, через співжиття і спілкування римського і романізованого населення з германцями, звичаєве право не стало протилежним римському.

Водночас, як ми вже згадували, Монтеск'є вказував на існування поряд з «окремим» (національним) «загального державного права», що є відображенням загальної людської мудрості («яка створила всі людські суспільства»), а також на те, що в основі розвитку права різних країн можуть бути певні наднаціональні ідеї, наприклад ідея свободи.

Пояснення законів окремої країни, з'ясування їх особливостей, на думку мислителя, має відбуватися шляхом порівняльного дослідження. У «Дусі законів» кількаразово підкреслюється, що слід «не пропускати відмінності», обережно підходити до подібностей у позитивному праві різних народів. Адже завдяки історико-порівняльному дослідженню можна виявити різний дух зовні схожих законів, їх різні значення і функціонування. Але в будь-якому разі метою порівняльного дослідження є не осуд законів певної країни, не обґрунтування реформ, а формування уявлення щодо індивідуальних рис права певного народу, примирення людини з національною політико-правовою дійсністю («щоби люди отримали нові підстави полюбити... свою вітчизну і свої закони»), формування політичної доброчесності громадян/підданих держав, яка виявляється у патріотизмі й законслухняності.

Сучасні дослідники відзначають значну новизну обґрунтування Монтеск'є ідеї національного права. Ч. Донахью вказує на те, що порівняно з представниками школи природного права XVII ст. Монтеск'є суттєво розширив географічний і культурний спектри залучених матеріалів. Також він стверджує, що у праці «Про дух законів» не міститься ідея еталону («зразкового наративу») права, «з якого виводяться принципи і потім використовуються для контролювання прикладів», тобто первинно сформульований ідеал (як у прихильників школи природного права), з яким зіставляються приклади з позитивного права, або який просто ілюструється такими прикладами. Відповідно замість засудження випадків, невідповідних еталону, з'являється парадигма пояснення різноманітності позитивного права [24, с. 26–28; 29, с. 1049–1050].

Г. Гурвич відзначав, що Монтеск'є виразно відмовився від ідеї соціальної фізики (з її дедуктивним виведенням всього соціального з моральної природи людини) та метафізичного телеологізму (односпрямованого руху позитивного права до реалізації природно-правових принципів), а його підхід можна визначити як «радикальний соціологічний емпіризм», що передбачав сприйняття

національно-державних реалій, що формувалися, як даності й досвіду. При цьому Монтеск'є, розвиваючи ідею ірраціонального в праві («національний дух»), недвозначно поставив питання про неможливість розгляду соціальних феноменів лише на основі підходів природничих і технічних наук: «Таким чином, Монтеск'є вперше звільняє соціологію права від усіх метафізичних і догматичних тенденцій, підводить її дещо ближче, можливо, занадто близько, до порівняльного правознавства» [3, с. 619–621].

Б. Фоварк-Коссон стверджує, що «у визнанні потреби розуміння інших правових систем перед тим, як намагатися зрозуміти свою власну, Монтеск'є запропонував нову перспективу, яка докорінно змінила правове мислення» [25, с. 40]. А Р. Хіршл у зв'язку з цим називає публікацію «Про дух законів» «визначальним моментом в історії порівняльного права», звертає увагу на те, що багатьма вченими Монтеск'є вважається засновником наукової соціології та антропології, а тому не бачить жодних причин не визнавати за цим мислителем роль «першого майстра сучасного порівняльного права» – як методу, дисципліни й науки [28, с. 199–200, 202, 205].

Вважаємо, що однією з найважливіших ідей Монтеск'є є обґрунтування не випадковості й навіть природності правового різноманіття, а також неоднорідності природи речей та Божої волі для різних народів. Таким чином знімалася дихотомія опозиції та єдності між єдиним для всіх природним правом як втіленням Божої волі чи наслідком всезагальної і єдиної природи речей та більшою чи меншою мірою випадковим різноманіттям позитивних прав, спричиненим людськими пристрастями і спокусами, недосконалістю людського розуму, нездатного досягнути Божу волю та/чи логіку природної світобудови.

Отже, на думку Монтеск'є, Бог створив природу різноманітною, таким же різноманітним є господарство народів. Тому однакового природного права для всіх немає, для кожного народу воно особливе. Та навіть таке індивідуалізоване природне право є лише основою правового розвитку і не може бути безпосередньо трансформоване в позитивне право, вони ніколи не стануть тотожними. Більше того, розвиток людських суспільств привів до появи сфер правовідносин, які не можуть регулюватися природним правом. Відтак багатоманітне природне право, хоча й залишається орієнтиром для позитивного права, не є зразком для копіювання. Зникає телеологічність нібито руху позитивного права в напрямі до єдиного абсолютного природного/Божественного права.

Божественне право, відокремлене у вченні Монтеск'є від природного права, перетворюється на ідею справедливості, але також не може претендувати на безпосереднє регулювання суспільних відносин – визнається особлива логіка розвитку людських суспільств, які є творінням людського розуму, і автономія людської волі. Окрім того, Божественне право по-різному відображається у вченнях різних конфесій, а тому, на думку Монтеск'є, теж є різноманітним і відповідає природним і суспільним умовам певних народів.

Основні чинники, які впливають на розвиток позитивного права різних народів, у Монтеск'є десакралізовані й деметафізовані: це природно-географічні умови та економічно-господарський уклад. Їх розуміння і втілення у

формі права є продуктом автономної свідомої та підсвідомої творчості людини і суспільства. Ці чинники визначають дух народу, який формує і зберігає дух національного законодавства. На нашу думку, в розумінні Монтеск'є дух народу відповідає сучасному уявленню про психологію народу – його ментальність та свідомість. Відкинувши традиційну метафізику природного права, мислитель заявив про позитивне національне право як самостійний об'єкт дослідження, а предметом дослідження при цьому стає насамперед не відповідність цього об'єкта природному чи Божественному праву, а його особливості порівняно з правом іншого народу.

На основі порівняльного дослідження позитивного права Монтеск'є вважав за можливе визначити як загальнолюдські (твердження про існування загального державного права), так і особливі (виділяє особливості права в певних регіонах і у певних групах народів), а також окремі (на рівні права народу) характеристики правового розвитку. Таким чином, принципово змінилося саме розуміння загального і окремого, подоланий індивідуалізм у розумінні права, запроваджено поняття про особливе в праві. Поруч із філософсько-правовим, теоретико-догматичним та історико-генетичним методологічними підходами, на той час ще остаточно не сформованими, та відповідно одержаними завдяки ним знаннями Монтеск'є закріпив основи формування порівняльно-типологічного методологічного підходу як інструмента одержання порівняльно-типологічного знання про право і джерела формування науки порівняльного правознавства.

М. Ковалевський та Г. Шершеневич вважали, що ідеї Монтеск'є щодо правового релятивізму та національного права, на відміну від інших його концепцій, зокрема щодо типології форм правління, не мали суттєвого впливу на тогочасну політико-правову думку. Але й сам М. Ковалевський посилався на одну маловідому нині книгу – «Дух німецького законодавства» 1761 р. Й. Гейманна. Нам вдалося її віднайти. Назва і зміст цієї фундаментальної праці свідчать про обґрунтування в ній ідеї германського права та його особливого духу. Її автор, хоча й вважав ідею духу національного права давньою, однак головним мислителем, який її обґрунтував, називав Монтеск'є: «Господь дав Монтеск'є нове бачення цього питання, і він залишиться в перших лавах творців цього Писання» [27, с. 2].

Український і російський мислитель С. Десницький наголошував на тому, що на території Російської імперії живуть різні народи (щоправда, він їх вважав частиною російського народу – у політичному розумінні – і визначає як сукупності/спільності підданих, які мають особливий статус), які різняться від інших підданих імперії своїми соціальною структурою та способом господарювання (серед них він називає, зокрема, запорозьких козаків), а тому на них не можна поширити певні загальнодержавні закони (зокрема, станове законодавство): «Ті народи, що мають особливу основу, приводи, спосіб життя та перебуваючи у відмінних від інших наших підданих обставинах, повинні мати особливе становище чи права та привілеї у розумінні осіб». При розробці спеціального законодавства для козацьких народів С. Десницький вважав за необхідне брати до уваги, зокрема, «під яким кліматом кожне війсьсько [козацьке]

мешкає, яку має віру, норів та звичаї», скільки має земель і якої вони якості, домінуючий спосіб господарювання, традиційну форму врядування, вид виконуваної військової служби, психологічні особливості («їх схильності») та ін., «уникаючи будь-якого насильства» [4, с. 215–217]. Усе це дає підстави стверджувати, що Десницький широко використав ідеї Монтеस्क'є щодо правового релятивізму та органічного розвитку права, а частково також щодо його національного характеру.

Не виключаємо вплив ідей Монтеस्क'є на праці українського мислителя Г. Полетики, який у 1768 р. писав: «Усі ж установи ті добрі й довготривалі бувають, які узгоджуються з правами народними». Він також наголошував на тому, що позитивне право має відповідати стану розвитку, вихованню, звичаям конкретного народу, а також людській природі, не може свавільно змінюватися законодавцем. Автор використовував ідею національного (у тому числі «малоросійського») права, яке розвивається органічно, і виступав проти запозичень у праві [16, с. 116, 132–133].

Ідеї, схожі з ідеями Монтеस्क'є, можна віднайти у записці Я. Козельського «Думка щодо становища кріпосних селян» (1768 р.), де стверджується: «Хіба можуть бути в цьому кліматі ледачі народи» [6, с. 178]. У передмові до перекладу «Історії датської» Л. Голберга Я. Козельський зазначав: «Будь-якому народу обов'язково треба знати інших форму правління, закони, звичаї, віру, чесноти і пороки, якість їх земель, кількість багатства та прибутків, силу й слабкість їх зброї...». Відзначаючи особливий характер окремих народів, він стверджував, що навіть переможений народ не має силоміць позбавлятися свого права, наголошував на цінності вивчення зарубіжного права [7, с. 181–182, 190–191]. Аналіз праць В. Полетики та В. Каразіна також дає підстави припустити вплив на них ідей Монтеस्क'є [15, с. 242–246; 5, с. 261–268].

Французька школа фізіократів на основі осмислення поглядів Монтеस्क'є висунула ідею спонтанного правового порядку суспільства, який держава може адекватно чи неадекватно сприймати, але не в змозі суттєво змінити через своє право. Держава, по суті, має бути підпорядкованою суспільству, а її позитивне право – виконувати функцію акту визнання правопорядку суспільства [3, с. 626].

На основі ідей Монтеस्क'є Й. Пюттер розвинув у «Новій спробі юридичної філософії та методології» (1767 р.) ідею відмінності позитивних прав залежно від відмінностей народів і часів. Виходячи з таких настанов, Пюттер і його послідовники (геттінгенські професори Гуго, Федер, Міхаеліс та ін.), зокрема, намагалися створити науку «загального цивільного права» або «філософію позитивного права», розвивали ідеї національного характеру та органічного розвитку права [13, с. 34, 35, 38, 41, 43, 45, 48–50].

До певної міри завершальною на шляху злиття ідей окремого в праві, соціального та політичного розвитку стала творчість французьких мислителів епохи Великої революції, зокрема Руссо і Сієса. Руссо реанімував і розвинув учення французьких мислителів XVI–XVIII ст. щодо суверенітету в праці «Про суспільний договір, або принципи політичного права» (1762 р.).

Зокрема, народ у його вченні є єдиним сувереном і правотворцем у державі, що не залишає місця в юридичній сфері ані для інших колективних або

індивідуальних суб'єктів, ані для природного права чи Божого промислу. Якщо право не твориться всім народом, не є вираженням його загальної волі, то воно не є власне правом, обов'язковим для кожної людини, а населення, що підкоряється такому не-праву, не є громадянським суспільством і народом, перебуває у природному стані [17, с. 160; 11, с. 57–58; 22, с. 224–225].

Отже, соціально-правовий зв'язок стає у вченні Руссо абсолютним. Це дає підстави сучасним дослідникам говорити про «народний абсолютизм» цього мислителя [10, с. 66–67]. Саме неподільність і невідчужуваність народного суверенітету приводить Руссо до заперечення сутнісного і широкого розуміння *Res publica* на користь лише однієї форми правління – *respublica*. Влада і право втрачають свої самостійні значення, стають лише формами втілення соціальної волі.

Через фактичне зневаження приватного права (як вираження індивідуального інтересу в межах народу, покликаного переплавити всі інтереси в один загальний) та його розчинення в публічному праві Руссо досягає монолітності й неподільності національного права. Таке категоричне розуміння, що є розширенням баченням договірної теорії, пропонує єдиний критерій розуміння права як соціального і публічного, що фактично нівелює інтерсуб'єктне право на користь національно-особливого як більш публічного (так само нівелюються будь-які групові інтереси на користь загальносуспільних), повною мірою визнає публічне право (насамперед конституційне) власне правом, а також потенційно охоплює сферу міжнародного права як загальну суспільну угоду національно-державних одиниць.

Те, що було у Бодена, Монтеск'є, інших мислителів, – неабсолютність соціальної сфери, зовнішнє втручання у неї, насамперед Бога і сил Природи, у Руссо зникає. Соціальна сфера є не лише автономною, а й фактично незалежною. Вона організована згідно із суспільними угодами в державі, і право є виключно соціальним, а отже, державним або міждержавним. Загальне в праві більше не є позасоціальним чи навіть позаземним, воно є міжнародною суспільною угодою. Така соціалізація правової реальності остаточно відокремлює юридичне знання від теології, філософії, етики, але міцно зв'язує його з суспільствознавчим знанням, яке незабаром інституціоналізується як соціологія. Утім, і це важливо відзначити слідом за російською дослідницею Л. Пименовою, в праці Руссо чітко відокремлюється раціональний зв'язок людей у межах народної держави, й ірраціональний зв'язок з нацією, яка може існувати і до чи поза державою, є спільнотою органічного характеру [14, с. 145–146].

Але суттєвої суперечності між раціональною та ірраціональною волею, на думку провісників Великої революції, немає, і це достатньо чітко проголошує аббат Е. Ж. Сієс у статті «Що таке третій стан?» (1789 р.). Автор абсолютизує саму по собі суспільну волю – як колективне суб'єктивне право. Об'єктивне право має бути суспільним і тому тотожним суб'єктивному праву суспільства як одиниці: «Нація не залежить від будь-якої форми, й чого б вона не хотіла, а цього достатньо, щоб її воля була втілена в життя, щоб перед нею відступало будь-яке позитивне право, як перед джерелом і володарем кожного позитивного права» [11, с. 68–69; 14, с. 154–155; 10, с. 67].

* * *

Отже, європейська політико-правова думка XVII–XVIII ст. шукала новий соціальний суб'єкт, що мав надати легітимності й органічності державі та праву, пояснити їх невинпадковість і надати їм стабільної перспективи розвитку. Ним стала ідея нації, що мала історичний, органічний і водночас соціально-вольовий характер, була здатна обґрунтувати внутрішню неподільність держав і посилення їх зовнішнього суверенітету.

Ключовими елементами концепту нації стали її саморозвиток, колективні раціональність і воля. Концепт нації за своєю сутністю став ще більш соціально-тотальним, ніж ідея суспільства, розроблена гуманістами і протестантськими теологами XVI ст., практично «знімав» у собі індивідуальну волю через ідею загальної суспільної свідомості/національного духу, безумовно передбачав і охоплював національні державу та право, певною мірою націоналізував навіть релігію та етику.

Інституційна структура та право держави одночасно й отримували нову легітимність, і підпорядковувалися ідеї національного правопорядку як вияву національного духу. Об'єктивне право відновило свій зв'язок із суб'єктивним, підпорядкувавшись останньому. При внутрішній тотальності концепт національного права був зовнішньо плюралістичним, поділяючи світ на формально рівні у своїй індивідуальності та переважно локалізовані в межах держав національні правопорядки.

Список використаних джерел

1. *Азаркин Н. М.* Монтескье / Азаркин Н. М. – М.: Юрид. лит., 1988.
2. *Вико Дж.* Основания новой науки об общей природе наций / Дж. Вико // *Философия истории: Антология* / [сост., ред. и вступ. ст. Ю. А. Кимелева]. – М.: Аспект Пресс, 1995.
3. *Гурвич Г. Д.* Социология права / Г. Д. Гурвич // *Гурвич Г. Д. Философия и социология права: избранные сочинения.* – СПб.: Изд. Дом С.-Петербург. гос. ун-та, 2004.
4. *Десницкий С. Е.* Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи / С. Е. Десницкий // *Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина XIX ст.): Хрестоматія* / [за ред. А. Г. Болебруха]. – Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995.
5. *Каразин В. Н.* Письмо императору Александру I / В. Н. Каразин // *Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина XIX ст.): Хрестоматія* / [за ред. А. Г. Болебруха]. – Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995. – С. 261–268.
6. *Козельский Я. П.* Мнение о положении крепостных крестьян / Я. П. Козельский // *Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина XIX ст.): Хрестоматія* / [за ред. А. Г. Болебруха]. – Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995.
7. *Козельский Я. П.* Предисловие к переводу «Истории датской» Л. Голберга / Я. П. Козельский // *Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина XIX ст.): Хрестоматія* / [за ред. А. Г. Болебруха]. – Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1995.
8. *Конринг Г.* О происхождении права Германии / Г. Конринг // *Антология мировой правовой мысли: в 5 т. / [рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин].* – М.: Мысль, 1999. – Т. III.
9. *Корецький В. М.* Монтеск'є / Корецький В. М. – К., 1955.
10. *Куян І. А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики. Конституційно-правовий аспект: [монографія] / Куян І. А. – К.: Академія, 2013.

11. *Мере Ж.* Принцип суверенітету. Історія та основи новітньої влади / Ж. Мере ; [пер. з фр. Л. Кононовича]. – Львів : Кальварія, 2003.
12. *Монтескьє Ш.-Л.* О духе законов [Електронний ресурс] / Ш.-Л. Монтескьє. – Режим доступу : [https://ru.wikisource.org/wiki/О духе законов \(Монтескьє/Горнфельд\)](https://ru.wikisource.org/wiki/О_духе_законов_(Монтескьє/Горнфельд)).
13. *Новгородцев П.* Историческая школа юристов. Ее происхождение и судьба / П. Новгородцев // *Немецкая историческая школа права.* – Челябинск : Социум, 2010.
14. *Пименова Л. А.* Идея нации во Франции Старого порядка / Л. А. Пименова // *Национальная идея в Западной Европе в Новое время. Очерки истории* / [отв. ред. В. С. Бондарчук]. – М. : Зерцало-М, Вече, 2005.
15. *Полетика В. Г.* Речь, произнесенная на собрании дворянства Роменского уезда / В. Г. Полетика // *Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина XIX ст.): Хрестоматія* / [за ред. А. Г. Болебруха]. – Дніпропетровськ : Вид-во ДДУ, 1995.
16. *Полетика Г. А.* Возражение депутата Григория Полетики на наставление Малороссийской коллегии господину депутату Дмитрию Наталину / Г. А. Полетика // *Пам'ятки суспільної думки України (XVIII – перша половина XIX ст.): Хрестоматія* / [за ред. А. Г. Болебруха]. – Дніпропетровськ : Вид-во ДДУ, 1995.
17. *Руссо Ж.-Ж.* Общественный договор, или Принципы политического права / Ж.-Ж. Руссо // *Руссо Ж.-Ж. Трактаты.* – М., 1969.
18. *Спекторский Е.* К вопросу о системе «Духа законов» Монтескьє и ее философских источниках / Е. Спекторский // *Юридические записки, издаваемые Демидовским юридическим лицеем.* – 1912. – Вып. 3.
19. *Спекторский Е. В.* Происхождение идеи общего, или универсального права / Е. В. Спекторский // *Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира* : у 2 кн. / [за ред. І. С. Гриценка]. – К. : Либідь, 2011. – Кн. 2.
20. *Тарановский Ф. В.* Учение о естественном праве / Ф. В. Тарановский // *Академічна юридична думка* / [уклад.: І. Б. Усенко, Т. І. Бондарук ; за заг. ред. Ю. С. Шемшученка]. – К. : Ін Юре, 1998.
21. *Тарановский Ф. В.* Юридический метод в государственной науке: очерк развития его в Германии / Тарановский Ф. В. – Варшава : Типография Варшавского учеб. округа, 1904.
22. *Царьков И. И.* Развитие правопонимания в европейской традиции права / Царьков И. И. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006.
23. *Шершеневич Г. Ф.* История философии права [Електронний ресурс] / Г. Ф. Шершеневич. – Режим доступу : http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1508_page_35.html.
24. *Donahue Ch.* Comparative Law before the Code Napoleon / Ch. Donahue // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / [ed. by M. Reimann, R. Zimmermann]. – Gosport : Oxford University Press, 2008.
25. *Fauvarque-Cosson B.* Development of Comparative Law in France / B. Fauvarque-Cosson // *The Oxford Handbook of Comparative Law...*
26. *Hamza G.* Comparative law and Antiquity / G. Hamza. – Budapest : Akademiai kiado, 1991.
27. *Heumann von Teutschbrunn J.* Der Geist der Gesetze der Deutschen / J. Heumann von Teutschbrunn. – Nurnberg, 1761.
28. *Hirschl R.* Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law / R. Hirschl // *Montesquieu and His Legacy* / [ed. by R. E. Kigston]. – Albany : State University of New York press, 2009.
29. *Hug W.* The History of Comparative Law / W. Hug.
30. *Johann Schilter* [Електронний ресурс] / Johann Schilter // *Wikipedia. Die freie Enzyklopädie.* – Режим доступу : http://de.wikipedia.org/wiki/Johann_Schilter.

31. *Johns C. L.* The science of right in Leibniz's practical philosophy : a dis. for the degree of Doctor of Philosophy in Philosophy / Johns C. L. – Stony Brook : Stony Brook University, 2007.

32. *Richter M.* Introduction / M. Richter // Montesquieu Ch. Selected political writings / [ed., introd., preface by M. Richter]. – Indianapolis, 1990.

33. *Richter M.* Montesquieu's theory and practice of the comparative method / M. Richter // History of the human sciences. – 2002. – Vol. 15. – No. 2.

Кресін О. В. Ідея нації, соціальна трихотомія і розвиток плюралістичного правового світогляду

Статтю присвячено проблемі соціалізації ідеї права у працях європейських мислителів XVII–XVIII ст. На думку автора, контрреформаційна ідеологія та раціоналістична філософія привели до видозміни та зміцнення підваженої Реформацією дихотомії загального та окремого в праві, що інструменталізувало й практично знецінювало концепт правопорядку суспільства та держави. Вихід з цього глухого кута було знайдено в ідеї нації, що надавала соціальному праву рис органічності, історичності та всеохопного характеру. Значну увагу приділено аналізу праць Монтеск'є та їх впливу на розвиток правової думки. Продемонстровано, що ідея нації була безпосередньо пов'язана з трансформацією європейського соціально-правового світогляду, в якому базовою одиницею (окремим) стало замість суб'єктивного права особи об'єктивне і значною мірою позитивоване національне право, особливим – принципові риси правового розвитку в межах регіонів чи груп народів, загальним – універсальні принципи права, сформульовані на теологічних і філософських засадах. Це формувало простір рівноправного співіснування та горизонтальної взаємодії національних правопорядків, а також сприяло розвитку окремої ідентичності соціально-правових учень і формуванню плюралістичного правового світогляду.

Ключові слова: соціальні науки, ідея нації, національне право, раціоналізм, позитивне право, природне право, соціалізація правових учень.

Кресін А. В. Идея нации, социальная трихотомия и развитие плюралистического правового мировоззрения

Статья посвящена проблеме социализации идеи права в трудах европейских мыслителей XVII–XVIII вв. По мнению автора, контрреформационная идеология и рационалистическая философия привели к видоизменению и укреплению поставленной под сомнение Реформацией дихотомии общего и отдельного в праве, что инструментализировало и практически обесценивало концепт правопорядка общества и государства. Выход из этого тупика был найден в идее нации, которая придала социальному праву черты органичности, историчности и всеобъемлющий характер. Наибольшее внимание уделено анализу работ Монтескье и их влияния на развитие правовой мысли. Продемонстрировано, что идея нации была непосредственно связана с трансформацией европейского социально-правового мировоззрения, в котором базовой единицей (отдельным) стало вместо субъективного права индивида объективное и в значительной мере позитивированное национальное право, особым – принципиальные черты правового развития в пределах регионов или групп народов, общим – универсальные принципы права, формулируемые на теологических и философских основах. Это формировало пространство равноправного сосуществования и горизонтального взаимодействия национальных правопорядков, а также способствовало развитию отдельной идентичности социально-правовых учений и формированию плюралистического правового мировоззрения.

Ключевые слова: общественные науки, идея нации, национальное право, рационализм, позитивное право, естественное право, социализация правовых учений.

Kresin Oleksi. The idea of nation, social trihotomia, and development of legal pluralistic outlook

The article is devoted to the socialization of the idea of law in the works of European thinkers XVII–XVIII century. Fundamental importance for the development of jurisprudence is the question of the objectivity of law. For the first half of the XVII century in terms of the Counter-Reformation and the Thirty Years War Europe was characterized by a understanding of positive law as subjective or intersubjective – arbitrary, based on individual expression, and as objective acted primarily divine, natural law. This intersubjective foundations of law mainly considered universal, general, such arising from natural law.

According to the author, Counterreformation ideology and rationalist philosophy led to the modification and strengthening of weakened by Reformation dichotomy of General and Particular in law that instrumentalized and practically decreased the concept of legal order of society and the state.

Out of this impasse was found in the idea of the nation that gave to social law organic, historicity features and comprehensive nature. Detailed attention is paid to the analysis of Montesquieu works and their impact on the development of legal thought. Also examined are the ideas of G. V. Leibniz, G. Konring, G. Vico, J. Heumann von Teutschbrunn, S. Desnytskyi, G. Poletyka, J. Kozelsky, I. S. Putter, J.-J. Rousseau and others.

Argued that the idea of nation had been directly related to the transformation of European social and legal philosophy, in which the basic unit (Particular) instead a subjective right of person became objective and largely positive national law, Special – fundamental features of legal development within regions or groups of nations, General – universal principles of law, formulated in theological and philosophical foundations.

Thus, the European political and legal thought of XVII–XVIII centuries looked for a new social subject that had to give legitimacy and organic character for state and law, explain their non-randomness and provide them with stable prospects of development. This became the idea of a nation that had historical, organic while socio-willed character, was able to justify the internal indivisibility of states and strengthen their external sovereignty.

The key elements of the concept of the nation became its self-development, collective rationality and will. The concept of the nation in its essence has become even more socially total than the idea of society developed by humanists and Protestant theologians of XVI century, almost «captured» in itself the individual will through the idea of general social consciousness/national spirit, certainly provided and covered national state and law, to some extent even nationalized the religion and ethics.

It had been shaped space of equal coexistence and horizontal interaction of national legal orders, and also developing a separate identity of socio-legal studies and the formation of a pluralistic legal philosophy. The institutional structure and the law of state simultaneously received new legitimacy and were subordinated to the idea of national legal order as the embodiment of national spirit.

Objective law restored its relationship with subjective right and was subordinated to the latter. Being internally total, the concept of national law was externally pluralistic sharing world to formally equal in their individuality and mainly localized within the bounds of states national legal orders.

Key words: social sciences, the idea of nation, national law, rationalism, positive law, natural law, socialization of legal thought.