

### Анотація

**Баранова Ю. О.** Роль методологических правил в проведении сравнительно-правовых исследований. — Статья.

В статье представлено авторское определение методологических правил, исследованы существующие в литературе разработки по этому вопросу. На основании системного анализа предложена классификация методологических правил, а также выявлено их значение.

*Ключевые слова:* сравнительно-правовые исследования, методология сравнительно-правового познания, методологические правила.

### Summary

**Baranova U. O.** A role of methodological rules in the leadthrough of comparative-legal researches. — Article.

In the article author determination of methodological rules is presented governed, existing in literature developments are investigational through this question. On the basis of system analysis classification of methodological rules is offered, and also their value is identified.

*Keywords:* comparative-legal researches, methodology of comparative law cognition, methodological rules.

УДК 340.15(477):340.134/136“1743”

*Т. О. Остапенко*

## ФІЛОСОФСЬКА ГЕРМЕНЕВТИКА ТА ЇЇ ЗАСТОСУВАННЯ НА ПРИКЛАДІ «ПРАВ, ЗА ЯКИМИ СУДИТЬСЯ МАЛОРОСІЙСЬКИЙ НАРОД» 1743 РОКУ

У філософській та юридичній науці поряд із класичною методологією дедалі ширше використовується сучасна (некласична й посткласична) методологія. Для посткласичної (постмодерністської) методології стали характерними рисами:

- 1) визнання неспроможності реалізації проектів раціоналізації та реформування суспільства з метою досягнення свободи і справедливості;
- 2) відмовлення від твердих детерміністичних схем у поясненні соціальної реальності;
- 3) визнання можливості й навіть необхідності використання різних дослідницьких парадигм;
- 4) забезпечення єдності казуального й аксіологічного підходів;
- 5) використання методів і методик, що поєднують об'єктивні (ритми, цикли, ресурси, стимули, тенденції) та суб'єктивні підстави соціальної активності (стереотипи, орієнтації, мотиви, оцінки, забобони, страхи, схильності);
- 6) затвердження зв'язку раціональності, здатності руху до істини з такими соціальними умовами, як свобода, автономія, добробут [1, 329].

При цьому присвоєння й використання знань інших наук відбувається шляхом так називаної юридизації методів (пізнавальних засобів і прийомів) інших наук і формуванням нових юридичних дисциплін на стику юриспруденції та суміжних наук. Ця юридизація є трансформацією неюридичних методів і дис-

циплін, їх перетворення з позицій права і включення в контекст предмета й методу юридичної науки.

Як одна із сучасних дисциплін, що проходить процес юридизації й активно включення в методологію правознавства, є герменевтика. Для герменевтики характерна довіра до традиції, здорового глузду, менталітету.

Поставлена автором проблема вивчалася багатьма вченими істориками та юристами в різні часи. Тому слід приділити увагу аналізу останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми і на які спирається автор. Серед них можна виділити В. Бачініна, Г. Гадамера, Ю. Оборотова, П. Рабіновича тощо.

Основною метою запропонованої статті є з'ясування особливостей застосування герменевтичного методу під час тлумачення змісту «Прав, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. І для розкриття вказаної мети приділено увагу вирішенню таких завдань:

- 1) аналіз поняття та сутності юридичної герменевтики;
- 2) доведення факту застосування даного методу в процесі аналізу змісту досліджуваного джерела права.

Прислухаємося до суджень видатного представника герменевтики Г. Г. Гадамера: не можна не визнати, що історик права і юрист-практик вирішують різні завдання: перший — умоглядне, а другий — практичне. При цьому розуміння права виявляється в діяльності обох. Чому ж тоді розуміння правового смислу закону в одного може бути іншим, ніж в іншого?

Рішення судді має бути правильним і не свавільним застосуванням закону, тобто воно має бути заснованим на правильному співвідношенні, а це обов'язково включає поєднання у своєму розумінні історії та сучасності.

У той самий час історик права прагне правильно зрозуміти в загальному значенні закон і для цього оцінювати його історію, а те, що він оцінюватиме його історичне значення й виходитиме зі своїх власних історичних уявлень і власних сприйнять взагалі, означає — «неправильно». Оскільки в даному разі знову відбувається поєднання минулого й сьогодення. І тут практика історика права, як і практика судді, має свої методи уникати помилок. Герменевтичний інтерес саме й становить те, як удалося уникнути помилок [11, 211].

Як наука про правила тлумачення герменевтика була породжена необхідністю тлумачення (екзегетики) біблійних текстів, творів поетів, письменників, філософів, учених. При цьому процес інтерпретації здійснювався на стику мови й життєвого досвіду. Справедливо зауважено, що жодне тлумачення тексту не може претендувати на загальне визнання, оскільки те, що тлумачиться, містить у собі сховану суперечність, яку зсередини підриває його пов'язаність. Тому будь-який смисл є щось найвищою мірою невирішене, а «істинного» смислу не існує взагалі. У цьому зв'язку суспільству й індивіду в символічному тлумаченні вищої природи буття годі обійтися без віри. Невипадково серед юристів поширене судження: для того, щоб право діяло, у нього потрібно вірити [10, 60].

У німецького історика культури й філософа Вільгельма Дильтея (1833–1911) герменевтика є методологічною основою гуманітарного знання, мистецтвом

розуміння письмово фіксованих життєвих проявів. Італійський історик права Еміліо Бетті (1890–1970) здійснив розробку вчення про процедури розуміння й інтерпретації текстів. Розуміння тексту він розглядав як процес, що включає три етапи: рекогнітивний (дізнання), репродуктивний (відтворення) і нормативний (застосування). При цьому мали використовуватися канони (правила) інтерпретації: 1) принцип автономії об'єкта, тобто об'єкт має внутрішню логіку існування; 2) когерентності значення, тобто відтворення об'єктів у цілісності його внутрішніх зв'язків; 3) актуальності значення, тобто ціле, що реконструюється, підлягає включенню в інтелектуальне поле інтерпретатора [11, 255].

Але більш зрозумілою суть філософської герменевтики стає лише під час її застосування для тлумачення конкретного документа. Одним з найбільш цікавих юридичних документів, який має велике історичне значення, але зміст якого має суперечливий характер, є «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року. «Права» — це етапна подія у становленні української правової системи. Цей кодекс став результатом майже 15-річної напруженої праці кращих працівників Гетьманщини і акумулював у собі випробувані життям здобутки вітчизняної правової думки. Саме тому було б дуже цікаво проаналізувати з герменевтичної точки зору деякі розділи саме цього історичного документа.

Розділ 1-й «О силе и важности прав малоросийских» деякі вчені трактують як увідний закон, не зовсім вірно, на мій погляд, перекладаючи «важність» в одному випадку як «можливість», в іншому — як «вагу». Вірне тлумачення даного розділу можливе лише за допомогою герменевтики, тому що єдиний артикул, базований на 1 артикулі 1-го розділу Литовського статуту, фактично визначає компетенцію та сферу дії Кодексу, що трактується як одвічне право малоросійське, підтвержене всеросійськими монархами. Важко погодитися з деякими вченими, які розцінюють цю формулу як таку, що не передбачає потреби у моменті затвердження самого Кодексу як права вже легалізованого. Здається, навпаки, сама ідея Кодексу є яскравим свідченням спроб легалізації, що можлива лише у формі визнання (затвердження) черговим монархом.

Також глибокому герменевтичному тлумаченню підлягає сама компетенція «Прав». В Кодексі вона визначена досить загально: вони мають бути застосовані до всіляких справ, що підлягають «суду та розправі». Сфера ж дії поширюється на дві категорії населення: «природних малоросіян» та «нетутешніх». Постають логічні запитання: які саме справи підлягали «суду та розправі» в той час та які саме особи відносилися до вказаних категорій населення? Лише відповівши на ці запитання, тобто підійшовши до змісту даного тексту герменевтично, ми зможемо вірно та в повному об'ємі зрозуміти ту інформацію, носієм якої він є. Отже, до «нетутешніх» осілих людей, які володіють нерухомим майном, та решту, всілякого стану приїжджих, які осілости не мають. Категорію «природні малоросіяни» слід напевно трактувати відповідно до арт. 1 розділу 1 Литовського статуту. Це духовенство, фактичний нобілітет, тобто службові та спадкові землевласницькі верстви козацького та шляхетського походження, функціонально військово- або цивільнослужбовці, міська верхівка

найбільш привілейованих міст. Під формулу «малоросійські обивателі та весь без винятку малоросійський народ», очевидно, підпадає основна маса членів міських громад та різноманітний категорійно посполитий люд, за винятком власницьких селян [6, 109].

Розділ 2-й «О чести Божией» цілком побудований на фабулах німецького права. І лише проаналізувавши їх, можливо уяснити, що, за винятком першого пункту арт. 1, який є загальною сентенцією почтивості, всі шість артикулів містять норми кримінального права, трактуючи злочини проти віри та визначаючи покарання за них [6, 115].

З метою з'ясування, які саме справи підлягали «суду та розправі», слід глибоко проаналізувати зміст 7-го, 8-го та 9-го розділів, які присвячені судоустрою і процесуальному праву. Це найбільша за обсягом та найдетальніша за викладом частина Кодексу. Незважаючи на певне виокремлення цієї галузі права, вона ще не знає поділу на процес кримінальний, цивільний тощо. Але логіку у розподілі нормативного матеріалу між розділами все ж можна простежити. Перший з них «О судах, судьях и других персонах к суду подлежащих и о содержании правного порядка в делах судебных» є увідною, загально декларативною частиною процесу. Крім трактування понять права, справедливості суду, тут встановлюється ієрархія судів, їхня компетенція, підсудність у різноманітних справах, судові штати, строки судових засідань тощо. Також регламентовано деякі ключові стадії процесу, як от: подання позову, встановлення завитого (кінцевого) терміну та відстрочки, протести на суддів. Основні нормативні настанови базовані на Литовському статуті, часто з паралельними посиленнями на джерела німецького права, в основному Саксон. Характерно, що декларативні фабули запозичені саме з німецьких джерел. Судова ж система цілком відповідає реальній, що існувала на той час в Гетьманщині [6, 132].

Основне навантаження припадає на розділ 8-й («О челобитчике и ответчике, також и о судовом прцессе...»), який деталізує судову процедуру розгляду цивільних справ, залишаючи кримінальні розділові 25-му. Перші кілька артикулів (1-6) визначають поняття позивача та відповідача, права та обов'язки одного перед одним та щодо суду, визначають відповідальність за їх порушення. Артикули 7–11 присвячено інституту адвокатури. Далі регламентується власне судовий процес, починаючи від подання позову до виконання вироку, розглядається система доказів, інститут свідків, порядок виконання судового вироку, випадки непокори, оскарження та судові штрафи.

Розділ 9-й «О произвождении суда в разных случайных делах и о давности земской» трактує випадки, або прецеденти, які Комісія не змогла вписати у більш-менш зрозумілу систему попередніх розділів. Тому поруч з нормами-принципами (як арт. 5 під назвою «Нихто ни за кого терпеть не должен, токмо сам за свою вину») знаходимо норми швидше матеріального, ніж процесуального характеру. Наприклад, арт. 1 «О насильном изгнании из спокойного владения» описує очевидні кримінальні дії. Пояснення місця цієї норми у «процесуальному» розділі можна висунути лише таке, що відоме ще Литовському статуту «вибиття з спокойного держання» трактувалося як процесуальна, пост-

вирокова виконавча дія з боку сторони, що виграла процес. Адже суд не гарантував виконання вироку, а у багатьох випадках й не міг цього гарантувати. Артикули 2, 6, 7 — норми спадково-процесуального права, які розірвано артикулами 3 та 4, що є кримінально-процесуальними нормами (як і згаданий вище арт. 5). Артикул 4 містить цікавий перелік злочинів, за якими суд порушує справи автоматично, тобто незалежно від наявності позову потерпілої сторони. Тож маємо приклад відступу від традиційного трактування встановлення справедливості як справи приватної: держава бере на себе викриття злочинця та його покарання. Йдеться не стільки про злочини проти самої держави, де останній принцип застосовувався давно і широко, скільки про злочини проти приватної особи чи її власності. В арт. 8, 10–13 розглядаються питання підсудності неосілих та іноземців, а також тих, що володіють маєтками у різних повітах тощо. Артикули 14–17 трактують відповідальність повноправної особи за шкоди, заподіяні його слугами або дітьми, жінкою чи іншими неповноправними родичами. Це вочевидь порушує декларацію арт. 5, парадоксально низводячи у цілій низці випадків привілейовані спадкові суб'єкти права фактично до категорії об'єктів. Нарешті, арт. 17, 18 присвячено поняттю земської давності — одному з найважливіших у середньовічному цивільному праві. Цей розділ базовано практично на тих самих джерелах, що і попередній [6, 135].

Розділ 10 відкриває найбільшу — цивільну частину Кодексу і присвячений шлюбному праву. Крім кількох загальнодекларативних артикулів, це в основному норми, що стосуються права власності подружжя (в тому числі і на рухомість), частково перекриваючи і спадкове право. Земельна власність як база економічної сили та політичної влади, як умова належності до військового стану, а у нашому випадку навіть просто вільного стану, визначала всі сфери соціальних відносин, у тому числі і шлюбно-спадкові. Більше того, у консервації відповідних (що забезпечували їх земельну власність) устоїв сім'ї та принципів спадкового права виявила заінтересованість не лише суспільна верхівка, але й середні прошарки, для яких земельна власність була умовою збереження їхнього станового статусу.

Найбільш рельєфно в умовах ієрархічного середньовічного світу виглядає становість шлюбу та сім'ї. Сімейно-власницькі права визначаються становою належністю, яка, у свою чергу, відповідає характеру земельної власності. Звідси — політичний характер сім'ї: для кожного благонародженого і власника землі шлюб є актом політичним, нагодою для збільшення своєї могутності завдяки новим союзам. Самі ж станові привілеї досить звужували коло, у якому шляхтич міг шукати собі відповідну дружину.

Інститут слідування дружини станові чоловіка при нерівних шлюбах необхідно, очевидно, розглядати як перепону до випадків, коли саме чоловік є нижчого стану (арт. 22). Хоча Кодекс і розрізняє випадки самовільного з боку шляхтянки та за згодою родичів взяття шлюбу з посполитим, в обох випадках стоїть на варті, у першу чергу, приватного інтересу, залишаючи родовий маєток, що мав би перейти у посаг, в сім'ї, подаючи лише розмір компенсації. Поруч з тим беззаперечним є і інтерес державний: «А если би

какая шляхетской породы или воинского звания человека дочь, девица или вдова пошла ... за ... посполитого звания человека — то ... для умалення служби войсковою, имений недвижимых за собою к тому мужу внести не вольна...» (п. 2 арт. 22). Отже, спостерігаємо давній принцип, коли володіння землею є запорукою несення служби (у даному випадку — військової), а для власника означає належність до вищого стану, почесний обов'язок (привілей) якого — ця ж військова служба. Момент успадкування родового шляхетського права «по мечу», що був зафіксований у 26 арт. 3 розділу Литовського статуту, цілком засвоїло українське козацьке шляхетство з часів Хмельниччини у трансформації «по козацькій шаблі». На згаданому артикулі Литовського статуту і побудована норма арт. 22 п. 2 «Прав», кваліфікована Комісією як «прибавление» [6, 137].

Решта нормативів 10-го розділу присвячена переважно інститутам приданого і віна та регламентації успадкування останніх, що тісно пов'язано з розглянутим вище сюжетом. Практично весь розділ побудований на матеріалі Литовського статуту та Саксону.

Логічний порядок «право шлюбно-сімейне — право спадкове» переривається розділом 11-м, присвяченим інституту опіки. Крім традиційного для кожного розділу визначення основних понять, таких як опікун, власне опіка тощо, подається також дефініція повноліття (арт. 1), базована на Литовському статуті — для чоловіка 18 років, для жінки — 13, або ж для обох — з моменту взяття шлюбу. Слід зазначити, що 18-ліття для чоловіка на відміну від Литовського статуту є віком набуття повної дієздатності, а, отже, і права повного розпорядження нерухомим майном включно з правом заповіту, що, відповідно, тягне за собою і обов'язок несення військової служби (пор. напр. арт. 7 розд. 5; арт. 2 розд. 12). Кодекс визначає кілька категорій осіб, які підлягають опіці, а саме: сироти до моменту досягнення повноліття, марнотратники, божевільні. Традиційно присутня дефініція про опікунство чоловіка над жінкою. Визначені і категорії опікунів та черговість заступлення опікунства. Найближчою до опікунства є особа, призначена батьком у заповіті. Якби такої особи визначено не було, то опікунство перебирає мати або бабуся підопічного. Але перевага все ж надається особам чоловічої статі, причому наступність близькості до опіки (у випадках, якщо мати або повнолітній брат не може заступити її) простує від чоловіків по батьківській лінії до чоловіків по лінії матері і лише у випадку відсутності переходить спочатку на жіночу частину батьківського роду або ж, відповідно, роду матері. Коріння традиційної нерівнозначності споріднення за чоловічою та жіночою лініями слід, очевидно, шукати ще в ленній системі. За наявності кількох рівних у близькості до заступництва опікунства пріоритетність визначається у судовому порядку, з огляду на чесноти претендентів. Так само у судовому порядку опікун призначається у випадку відсутності родичів підопічного.

Далі регулюються обов'язки опікуна та процедура його звітності, заміни опікуна, який заподіяв шкоду підопічному, і відповідного відшкодування збитків. Більша частина розділу побудована на Литовському статуті, хоча і з ба-

гатьма змінами на користь німецького права, з якого в основному залучено Комісією норми трактату «Про оборону сирит і вдів».

Отже, на підставі вищенаведеного можна зробити висновок, що діяльність, направлена на тлумачення історико-юридичних текстів, дуже складною та відповідальною та її неможливо здійснювати, використовуючи лише примітивне зовнішнє сприйняття того чи іншого документа. Дуже важливим в цьому контексті виступає саме метод філософської герменевтики, який дозволяє більш чітко та об'єктивно дослідити та з'ясувати зміст історико-правових актів.

### Література

1. Бачинин В. А. Философия права и преступления / В. А. Бачинин. — Х. : Фолио, 1999. — 607 с.
2. Гадамер Г. Г. Истина і метод. Т. II. Герменевтика : доповнення ; показники / Г. Г. Гадамер. — К. : Юніверс, 2000. — 478 с.
3. Демидов А. Я. О методологической ситуации з правоведении // Правоведение. — 2001. — Ч. 4. — С. 14–22; Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : Норма-Инфра. — М., 1999. — 832 с.
4. Козловський А. А. Герменевтичні константи правового пізнання // Науковий вісник Чернівецького університету. — 1999. — Вип. 62 : Правознавство. — С. 5–10.
5. Оборотов Ю. М. Герменевтика та метафора у правознавстві // Наукові записки Міжнародного гуманітарного університету. — 2004. — № 1. — С. 35–47.
6. «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. / відп. ред. Ю. С. Шемшученко. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 1997. — 432 с.
7. Рабінович П. Герменевтика і правове регулювання // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 2. — С. 61–71.
8. Рикер П. Конфликт интерпретации. Очерки о герменевтике / П. Рикер. — М. : Медиум, 1995. — 416 с.
9. Современная западная философия : словарь / сост.: В. С. Малахов, В. П. Филатов. — М. : Политиздат, 1991. — 414 с.
10. Суслов В. З. Герменевтика и юридическое толкование // Государство и право. — 1997. — № 6. — С. 115–118.
11. Тарнас Р. История западного мышления / Р. Тарнас. — М. : Крон-Пресс, 1995. — 448 с.

### Анотація

**Остапенко Т. О.** Філософська герменевтика та її застосування на прикладі «Прав, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу ролі та значення герменевтичного методу під час тлумачення визначної пам'ятки вітчизняного права — «Прав, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. Наведено основні приклади застосування методу юридичної герменевтики в процесі тлумачення змісту даного правового акта.

**Ключові слова:** герменевтика, правова система, кодифікація права, застосування права, тлумачення права, «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р.

### Аннотация

**Остапенко Т. А.** Философская герменевтика и ее применение на примере «Прав, по которым судится малороссийский народ» 1743 года. — Статья.

Статья посвящена анализу роли и значения герменевтического метода во время толкования выдающегося памятника права — «Прав, по которым судится малороссийский народ» 1743 г. Приведены основные примеры применения метода юридической герменевтики в процессе толкования содержания данного правового акта.

**Ключевые слова:** герменевтика, правовая система, кодификация права, применение права, толкование права, «Права, по которым судится малороссийский народ» 1743 г.

### Summary

*Ostapenko T. A. Philosophical hermeneutics and its application as an example to «Rights, by which is the Little Russian people judged» in 1743. — Article.*

This article analyzes the role and importance of the hermeneutic method of interpretation of the outstanding rights' monument — «Rights, by which is the Little Russian people judged» in 1743. It provides basic examples of the method of legal hermeneutics in the interpretation of the content of this legal act.

*Keywords:* hermeneutics, legal system, the codification of law, application of the law, the interpretation of law, «Rights, by which is the Little Russian people judged» in 1743.

УДК 341.01

*О. В. Плотніков*

### ФРАГМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА: МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

Однією з основних тенденцій розвитку міжнародного права на сучасному етапі є фрагментація, тобто утворення в рамках єдиної міжнародно-правової системи окремих півнезалежних правових режимів, що підвищує ризик конфлікту у правозастосуванні. Явище фрагментації та окремі його сторони активно досліджуються Комісією з міжнародного права ООН [1] та вченими, що займаються проблемами теорії міжнародного права [2; 3], однак при цьому розглядаються переважно фактичні данні, що свідчать про фрагментаційні тенденції розвитку міжнародно-правової системи, причини та наслідки фрагментації. Водночас недостатньо дослідженим залишається методологічний аспект проблеми, тобто механізм, за допомогою якого міжнародні актори впливають на міжнародно-правову систему, викликаючи життя явище фрагментації.

Питанням теорії та методології фрагментації міжнародного права присвятили свої дослідження такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як О. Ф. Кісліцина, К. Літлей, Е. Бенвеністі, Дж. У. Даунз, М. Діксон, М. С. Паулсена, П. Спіро та ін.

Мета статті — окреслити методологічні аспекти дослідження фрагментації міжнародного права.

Розглядаючи механізм фрагментації, необхідно брати до уваги той факт, що сучасне міжнародне право розвивається в умовах та під впливом глобалізації світової системи. В літературі явища фрагментації та глобалізації нерідко протиставляються. Зокрема, А. Ротфельд вказує, що відносини в сучасному світі визначаються, з одного боку, доцентровими процесами (глобалізацією та інтеграцією), а з іншого — відцентровими (фрагментацією та ерозією держав) [цит. за 4]. З такою позицією навряд чи можна погодитись. Фрагментація не є антитезою глобалізації, ці явища взагалі не можна зіставляти через різність у їхній природі. Навпаки, фрагментація є неминучим результатом глобалізації, однією з проблем, що нею породжуються. Як відзначив П. М. Дю-

© О. В. Плотніков, 2012