

**ЕКСПЕРИМЕНТ В ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ**

Наукові праці МАУП, 2013, вип. 2(37), с. 90–95

*Обґрунтовується логічна та практична необхідність введення у право поняття “експериментальні дані”.*

Чи є право наукою? Сумніватися у, здавалося б, очевидному змушує максима, що відома кожному здобувачеві наукового ступеня у галузі правознавства: із захистом треба квапитись, поки не змінились норми права.

Така швидкоплинність досліджуваного об'єкта не є сучасним українським гносеологічним відкриттям. У середині позаминулого століття німецький юрист Юліус фон Кірхман зазначив: “Трьох слів законодавця достатньо, аби перетворити юридичні бібліотеки на купу макулатури”. Кірхман був юристом і — філософом. А кому, як не філософові, краще за інших шукачів істини стала відомою тенденція перетворення скрижалей мудрості на вторинну сировину для паперової промисловості (останній випадок з п'ятдесятьма томами ленінського ПЗТ — найкраще тому свідчення).

“Норми права можуть змінюватись від розчерку пера законодавця, — філософськи погоджується сьогодні Рене Давид. — Але в них чимало й таких елементів, які не можуть бути довільно зміненими, оскільки вони найтіснішим чином пов'язані з нашою цивілізацією і нашим напрямом думок. Законодавець не може впливати на ці елементи, так само як на нашу мову або нашу манеру міркувати. (...) Саме на них ґрунтується уявлення про історичну сталість національного права незалежно від тих модифікацій, яких зазнавали норми. Наявність цих елементів дає підставу говорити про право як про науку й уможли-

лює юридичну освіту” [1, 120]. Автор слушно додає до логічного суб'єкта “право” предикат “національне”. Правознавство є типово національною наукою. У сенсі — національно обмеженою. Наприклад, безглуздо вимагати від українських юристів-науковців публікацій у провідних зарубіжних наукових часописах, хоча ця вимога вважається цілком прийнятною у царині природничих наук.

Посилання на наші *цивілізаційні, мисленнєві, мовні* тощо особливості виводить нас на розподіл наук на гуманітарні та природничі, що також належить до філософських здобутків. Деякі філософи стверджують, нібито природничі науки відображають об'єктивну реальність, а відтак є абсолютно невразливими щодо суб'єктивного, зокрема, цивілізаційного, національного, мовного тощо впливу. Математика (фізика, хімія і т. д.) не може бути українською чи німецькою, пролетарською чи буржуазною. На відміну від моралі, історії, філософії і т. д.

Нарешті, у царині природничих наук панує Його Величність Експеримент. “*Усяке пізнання речей з одного лише чистого розсуду або чистого розуму є однією лише видимістю, а істина — тільки в досвіді*” [2, 45]. Теоретики від фізики, хімії, біології є його вірними слугами, змушеними беззаперечно коритися забаганкам і примхам монаршої особи. І, мабуть, повинні заздрити теоретику гуманітарних наук, адже над останнім не тяжіє обов'язок узгодження продуктів своєї мисленнєвої уяви з чимось стороннім.

Поняття “експеримент” відсутнє в науковій юридичній літературі (так само, як у філологічній чи історичній). Сучасні *prudentes* кажуть лише про юридичну *теорію* і юридичну *практику*. Тож юриспруденцію можна вважати типово гуманітарною наукою.

Тепер, перелічивши всі, здається, філософські закиди стосовно гуманітарно-національної сутності юридичної науки, перейдемо до контраргументів. Передусім і на загал зазначимо, що кунівські наукові революції розправляються з фізичними бібліотеками не менш суворо, ніж кірхманові “три слова законодавства” з бібліотеками юридичними. Що принаймні свідчить про необхідність подальшого з’ясування обставин справи.

Задля заперечення суто національного правознавства, вдаюся до послуг того ж таки Рене Давида: “До XIX століття європейські університети майже повністю нехтували звичаями та національним правом і навчали ідеального права (виводячи його з римського права), вважаючи лише його гідним назви “право”. Місцеві звичаї розглядаються при цьому як суто фактичні явища, а закони й ордонанси влади – як управлінські заходи тимчасового або місцевого значення, які далеко не повною мірою достойні називатися правом” [1, 58]. Об’єктивна наявність права не національного, а “наднаціонального”, не матеріального, що існує тут і зараз, а ідеального – у тому саме сенсі, у якому ідеальним є досліджуваний фізиком газ, – дає підстави вважати право наукою природничою.

Якою її вважав Шеллінг. За Шеллінгом, “над першою природою мусить бути немовби споруджена друга, і вища, в якій панує закон природи, але зовсім інший, ніж у зримій природі, а саме: закон, необхідний для свободи. Неухильно і з настільки ж залізною необхідністю, з якою у чуттєвій природі за причиною настає дія, у цій, другій природі після зазіхання на свободу іншого миттєво мусить виникати перешкода егоїстичній тязі. Таким описаним тут законом природи є правовий закон, друга ж природа, де цей закон панує, – правовий устрій” [3, 466]. Подібно до того, як ньютонівська й квантова механіка описує закони руху різних часток та усіяких планет,

право регулює взаємодію атомарних одиниць соціуму – юридичних і фізичних осіб, суб’єктів влади тощо. І подібно до того, як у першій природі причинно-наслідкові зв’язки виявляються за допомогою експерименту, у дослідженні природи другої неможливо обійтись без експериментування.

У соціальній механіці, винайденій римським генієм, таке експериментування становить саму суть *jus civile*. Що було характерним для римського права? Його суто практична спрямованість, якщо порівнювати римську правотворчість та освіту з грецькими – а саме із знайомства з грецьким правом римляни розпочали розбудову правового устрою своєї держави. “Головна перевага римської юриспруденції полягає в тонкій розробці *практичної сторони права*, і в цьому відношенні вона дала блискучі зразки юридичного аналізу, виявила тонке розуміння практичних потреб цивільного обороту. Основний зміст творів полягає у майстерному розв’язанні різноманітних випадків життя, причому саме тут проявляються повною мірою позитивні якості римських юристів. Але їх мало цікавила *історія права*: їхні історичні повідомлення випадкові й уривчасті. Їх мало цікавила також *теорія права*; лише інколи вони намагаються дати відомому положенню те або інше філософське обґрунтування, причому далеко не завжди таке обґрунтування буває вдалим. Справжня сфера римського юриста – в аналізі правових норм й у визначенні юридичної природи конкретних правовідносин” [4, 76].

*Аналіз* правових норм (а не їх синтез) та визначення природи *конкретних* (а не абстрактних) правовідносин точно репрезентує *modus operandi* римського юриста – юриста-експериментатора.

У механіці “першої природи” епохальними є два експерименти Галілея: дослідження вільного падіння і дослідження маятника. Перший<sup>1</sup> спростував непохитне, здавалося б, твердження Арістотеля про залежність швидкості падіння тіл від їхньої маси. Через цю революційність історія про одночасне падіння з Пізанської вежі вісімдесятикілогра-

<sup>1</sup> Зазначимо, що хронологічно він був другим.

мового гарматного ядра і двохсотграмової мушкетної кулі відома кожному. Другий експеримент, що встановив ізохронність руху маятника, нічого не спростовував і, мабуть, тому відомий далеко не всім. Проте для фізики він мав не менше значення.

Для нас тут важливими є відмінності у методології обох експериментів.

Дослід з реальними ядром і кулею передував мисленнєвий експеримент: якщо припустити, що легше тіло падає з меншою швидкістю, міркував пізанський професор, то, додавши таке тіло до важкішого тіла, ми уповільнимо падіння останнього. З іншого (логічного!) боку, будучи зліпленими, два тіла становлять одне тіло більшої ваги і відтак воно має падати швидше. Маємо *логічне* (мисленнєве) протиріччя, яке вказує на *реальну* (матеріальну) неможливість того, що припускалося<sup>2</sup>.

Дослід з маятником не був визначений жодною мисленнєвою схемою. Провідником серії експериментів була уява геніального фізика — та сама синтезуюча спроможність, яку Кант призначив відповідальною за самостійне створення уявлень: синтез взагалі є “винятково діяння уяви, сліпої, хоча й необхідної функції душі, без якої ми не мали б жодного знання і яку ми, однак, лише зрідка собі усвідомлюємо” [2, 109]. Галілей робив маятники різної ваги, різних розмірів, з різного матеріалу, діяв на маятник своїм періодичним дмуханням, обмежував рух нитки маятника цвяшком на різній відстані від вісі тощо. Усе це він робив *ex imaginatio*, не маючи в арсеналі свого розмірковування понять резонансу, потенціальної та кінетичної енергії.

Експериментування обох методологічних типів чітко вбачаються у римському дослідженні механіки “другої природи”.

Найдавніший цивільний процес через законні позови (“*lege agere*”) ґрунтувався на

<sup>2</sup> Здається цікавим запитання: чому Галілей не проводив дослід за цією схемою — не зліплював ядро з кулею? Щоб помітно уповільнити падіння важкого тіла, друге тіло має бути якомога легким, тобто, відсутністю його. Подумки це зробити можна, але що робити експериментаторові, якщо до ядра, виходить, нічого не треба додавати?

архаїчному уявленні римлян про силу слова. “Заява при висуванні позову отримує ритуальне значення, коли сам факт проголошення слів — відповідно до прадавнього магічного уявлення про силу слова — визначає ситуацію у зовнішньому світі” [5, 172]. Коли, скажімо, учасники *stipulatio* урочисто промовляють: “Обіцяєш дати раба Стіха? — Обіцяю”, вони таким чином встановлюють реальність речі “раб Стіх” і відтак унеможливають буття іншої речі з такою назвою. Або коли позичальник винен кредитору десять тисяч сестерціїв за однією угодою і ще десять — за іншою, у першого немає перед другим боргу на двадцять тисяч. Тобто виходило так, що “власник, знову втративши річ, не зміг би повторно висунути позов, якби вона опинилась у тієї самої особи. Схожу проблему можна уявити (підкреслено *Авт.*) і при особистих позовах: абстрактний характер *stipulatio* призводив би до того, що обіцянка однакової суми, що її (обіцянку) дала та сама особа, не могла бути витребуваною двічі. У такому випадку програш процесу створював би більші переваги, ніж перемога” [5, 207]. Іншими словами, виграш ставав програшем і навпаки. Маємо логічне (мисленнєве) протиріччя, яке вказує на *реальну* (матеріальну) неможливість того, що припускалося, а саме — неможливість визначати словами ситуацію у зовнішньому світі (хибність магії).

Звернімо увагу на підкреслене “можна уявити” у цитованому вище тексті. Очевидно, що йдеться там про мисленнєве експериментування. У доробку кожного видатного римського юриста є *Quaestiones* (запитання), що істотно відрізняються від, скажімо, *Responsa* “штучним характером обговорюваних ситуацій, які уявляв (підкреслено *Авт.*) сам юрист або його учні з метою детального вивчення інституту або принципу” [5, 56–57]<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> “Найбільший римський юрист Папініан написав два твори в проблемному жанрі: “*Quaestiones*” (у 37 книгах) і “*Responsa*” (у 19 книгах), які доволі повно представлені в Дігестах Юстиніана. Перший твір носить більш теоретичний характер, але й другий відрізняється високим рівнем узагальнення (...) Вивчення цього шедевр юридичної думки залишається протягом століть незамінною школою для європейського юриста” [5, 58–59].

На відміну від мисленнєвого експериментування, яке на підставі розсудкових понять права широко використовували *prudentes*, експеримент як пізнавальний результат дії “сліпої функції душі” (Кант) є винятковою заслугою претора. Преторська душа функціонувала відповідно до вельми “сліпих” принципів *bonum et aequum* (доброго та справедливого), причому що є добрим та справедливим, а що — ні, визначав сам претор, виходячи не з закону (“*ex lege*”), а виключно з власного відчуття справедливого і доброго (“*ex bono et aequo*”). Наприклад, несправедливим, хоча й цілком законним було позбавити емансипованого сина спадщини на користь далеких родичів *familia*. Або — справедливим було вимагати у позбавленого громадянських прав римлянина сплатити борг третім особам, хоча з точки зору *jus civile*, позбавлений прав автоматично втрачав і обов’язки. Тож аби пізнати істинні закони влаштування правового устрою, претор вдається до експериментування.

За Галілеєм, мистецтво експерименту полягає у вмінні ставити Природі кваліфіковані запитання. Маючи знання наявних, вже пізнаних законів (*jus civile*), та *imperium* за надпотужний інструмент дослідження, претор ставить “другій природі” кваліфіковані запитання: за таких-то умов я, претор, насильства не потерплю (“*vim fieri veto*”), договору не визнаю (“*non animadverto*”), змушу повернути привласнену річ, і т. п.<sup>4</sup>

Преторське право, як наслідок експериментальної правотворчості римського магистрату, і є, власне, римським правом<sup>5</sup>. На-

<sup>4</sup> Вражаючий за ефективність та наслідками експеримент, що наочно спростовував істинність *jus civile*, поставив Луцій Вераций: він “прогулювався вулицями Риму і бив перехожих по обличчю пальмовою гілкою. За ним йшов раб з кошиком мідних грошей, який за наказом пана відразу відраховував постраждалим суму штрафу в 25 асів, передбачену законом XII таблиць для таких випадків. Таке знущання над законом надихнуло преторів передбачити в едикті новий судовий розгляд, який дозволяв дати належну оцінку правопорушення — *actio iniuriarum aestimatoria*” [5, 180].

<sup>5</sup> Едикт, який (на відміну від законів, так і не зібраних воедино) видавався окремою книгою, був основним джерелом писаного права і юридичної рефлексії [5, 56].

слідуючи манеру претора, *prudentes* явно надають перевагу експерименту перед теорією. “Концентруючись на розв’язанні окремих казусів, юристи саме в них бачили живу матерію права, у якій втілювалися загальні принципи. Ця робота, як і за наших часів, проходила дедуктивним методом, але з тією відмінністю, що сучасний юрист відправляється від законодавчої маси, тоді як для римських *prudentes* таким референтним пунктом виступали загальні уявлення про правильне і справедливе. (...) Більшість фундаментальних понять й інститутів не отримали вираженого (експліцитного) визначення у творах *prudentes*. Таке положення було б неможливим, якби виведення загальних принципів було метою їхніх міркувань. Зазначена думка відображає стереотипні очікування навколо наукових людей, які ототожнюють науковий аналіз із декларацією загальних висновків” [5, 100], або ж, додамо ми, віддзеркалює стереотипне уявлення посполитих людей про теоретиків і теорію як про вищий — порівняно з експериментаторами і експериментом — щабель наукового пізнання.

Як цілком правильно зазначає автор, сучасний юрист мусить відштовхуватись від законодавчої маси, яка за час, що відділяє нас від античної класики, збільшилась (порівняно із XII таблицями) надзвичайно. Але, як не дивно, саме це дає сучасному юристові можливість обрати референтним пунктом ті самі загальні уявлення про правильне та справедливе. У досить багатій формальній системі завжди є недоведені у ній положення (теорема Геделя про неповноту). Юридично висловлюючись — завжди можна законно обминути закон<sup>6</sup>.

Що істотно змінилось, так це роль юриспруденції у належному функціонуванні правового устрою. Для римського судді передані йому преторська формула, або думка юрисконсульта, мали обов’язкову для суду силу. Нині жодні докази (думки, формули, міркування тощо) не мають для суду наперед встановленої сили. Саме за судом, а не за

<sup>6</sup> Формально правильно, а по суті — знущання (В. Ленін).

юридичною наукою, визнається правотворча функція та створення зразків правозастосування. Закон — це те, що про нього каже суддя.

Опонуючи цій парадигмі, Б. Попов зауважив: “Взагалі, слід висловитися проти небезпечних сторін того методу розв’язання наукових проблем (якщо не “ухиляння” від них), де останнім вершителем “ученого” спору призначається суддя і його вільна оцінка індивідуального казусу. Юридичні проблеми розбираються в наукових дослідженнях зовсім не для того, щоб належну відповідь знаходити для себе тільки з висоти суддівської трибуни. Тим часом це непоодинокі випадки, коли дослідник, який не спроможний висловити свого слова, ховається за складками *robe rouge* і, підмінюючи свій голос чужим, виставляє “справжнім відповідачем” на пред’явлену правову проблему не вченого, а суддю” [6, 231].

Якщо позбавити юриспруденцію можливості й необхідності знаходити належну відповідь на висоті суддівської трибуни, то сучасна правова наука ризикує відірватися від життя й варитися у власному соку проблем, далеких від суспільних (див. вище про право, що до ХІХ ст. вивчалось в університетах). Якщо ж виставляти відповіддю на поставлену наукову проблему відповідь не вченого, а судді у судовому засіданні, то юриспруденція перетвориться на зайвий коментар до Реестру судових рішень.

Антиномія вирішується через надання сучасній юриспруденції статусу науки експериментальної. Мистецтво юриста-експериментатора полягатиме (точнісінько за Галілеєм!) в умінні науково кваліфіковано (що слід відрізняти від практичного застосування юриспруденції) ставити перед судами певні питання буття правового устрою суспільства.

Проілюструємо це на прикладі експериментального дослідження автором правового статусу спеціалізованої вченої ради [7].

Теоретичне дослідження нормативних документів не дає можливості встановити з позитивного боку правову сутність зазначеного об’єкта. *Prudentes* від Вищої атестаційної комісії, яка створювала спецради, вказують

лише на негативні визначення: спеціалізована вчена рада **не є особою** за законодавством України, **не наділена** процесуальною правосуб’єктністю, **не може** бути учасником судового процесу, **не може** доручити ведення справи представникові. Відтак, для встановлення правового статусу спецради необхідним виявився юридичний експеримент.

5 червня 2009 р. Дзержинський районний суд м. Харкова розглянув позов до Харківського університету, при якому була створена спецрада, щодо зобов’язання прийняти дисертацію до захисту в цій раді.

Обґрунтовуючи свої претензії, позивач посилався на норми, згідно з якими спецрада утворюється у вищому навчальному закладі — “базовій установі”; дві третини складу ради (в тому числі голова) мають бути штатними працівниками цієї установи, а керівник установи несе персональну відповідальність за дотримання спеціалізованими вченими радами вимог нормативно-правових актів з питань атестації наукових кадрів.

Проте, представник ВАК (третьої особи), постійний у своїй негативній методології визначення об’єкта, зазначив, що справа не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства.

Таким чином, суду був представлений науково кваліфікований запит щодо юрисдикції. Суд ухвалив: справа підлягає розгляду в порядку адміністративного судочинства. У подальшому, ухвалюючи рішення на користь здобувача або спецради, жодний суддя адміністративного суду не піддавав сумніву адміністративну правосуб’єктність останньої. Тепер це є експериментально встановленим науковим фактом.

Вище ми зазначили безпорадність теорії у юридичній дедукції наукового поняття “спеціалізована вчена рада”. Так само безплідною є юридична практика.

29 березня 2010 р. у Печерському районному суді м. Києва розглядалась аналогічна справа за позовом здобувача до базової установи — Інституту економіки та прогнозування НАН України, в якому створена спецрада, що відмовила позивачеві у прийнятті дисертації до захисту. При розгляді справи суду не

були представлені фактичні дані, які свідчать про те, що хоча спецради й утворюються за рішенням ВАК у вищому навчальному закладі, науковій установі, у цивільному сенсі вони не є структурними підрозділами, чи представництвами, чи філіями ані ВАК, ані установи. З огляду на ці факти, позовна вимога “зобов’язати спеціалізовану вчену раду, фахівців Інституту економіки та прогнозування НАН України допустити дисертаційну роботу до захисту” є безглуздою у нормах цивільного права. Застосувавши до зазначених правовідносин ст. 15 Цивільного кодексу України, суд визначив право на захист дисертації як право цивільне, проте неправильно визначив порядок захисту цього права. Відповідно до ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи про захист прав, що виникають із цивільних правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. У даному випадку — адміністративно-го. Таким чином, некваліфіковане запитання “другій природі” призвело до такої саме відповіді.

Марність такого суто практичного (“безладного”, за визначенням Спінози) досвіду полягає в його безплідності. Припустимо, що учасники цивільного процесу у Печерському суді і сам суд знають про ухвалу Дзержинського суду лише як про випадок судової

практики. Оскільки в Україні відсутнє прецедентне право, учасники і суд не пов’язані жодним імперативом. Інша справа, якщо ухвала Дзержинського суду розглядатиметься як належним чином опублікований науковий експериментальний результат. У науці до такого результату, його значущості та пріоритету ставляться з увагою та шаную. Ігнорувати його неможливо.

Тож якою наукою є право? Хіба не експериментальною?



### Література

1. Рене Давид. Основные правовые системы современности. — М.: Прогресс, 1988. — 325 с.
2. Кант І. Критика чистого розуму: Пер. з нім. — К.: Юніверс, 2000. — 504 с.
3. Шеллинг Ф. Система трансцендентального ідеалізму. — Соч. в 2-х т. — Т. 1. — М.: Мысль, 1987. — 528 с.
4. Покровский И. А. История римского права. — Мн.: Харвест, 2002. — 528 с.
5. Дождев Д. В. Римское частное право. — М.: Издат. группа ИНФРА М–НОРМА, 1996. — 704 с.
6. Попов Б. В. Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе. — Х., 1905. — 406 с.
7. Зарудний Є. О. Щодо питання про правовий статус спеціалізованої вченої ради // Наук. пр. МАУП. — 2011. — Вип. 1 (28). — С.138–140.

*Шеллінгове визначення правового устрою як “механіки другої природи” та практика римського судочинства дають підстави розглядати юриспруденцію як науку експериментальну. Це визначення надає судовому прецеденту статус загальновизнаного наукового факту.*

*Шеллінгівське визначення правового строю як “механіки другої природи” і практика римського судочинства дозволяють розглядати юриспруденцію як науку експериментальну. Це визначення надає судовому прецеденту статус загальнопризнаного наукового факту.*

*Schelling’s definition of legal system as of “mechanics of second nature” and practice of Roman legal proceedings allow to consider jurisprudence as an experimental science; that definition provides judicial precedent status of the accepted scientific fact.*

Надійшла 8 січня 2013 р.