

*Корчевна Л. О.,**доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри конституційного права та правосуддя
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова*

СУБСИДАРНІЙ ХАРАКТЕР ПОЗИТИВНОГО ПРАВА В СХІДНІЙ ПРАВОВІЙ ТРАДИЦІЇ

Анотація. У статті висвітлюються особливості правоустроїв країн Сходу і виявлено принципи азійсько-мусульманського права. З'ясовано, що головним чинником, що обумовив своєрідність східної традиції права, є характер світогляду: політика, економіка, право, мораль, мистецтво, побут у цих країнах вважаються частками єдиної, вселенської гармонії. Така специфічність обумовлює особливий рівень пізнання: якщо європейці пізнавали ціле і доконечне всіх речей за допомогою розуму (логосу), то східні народи – за допомогою мистецтва, поезії та релігії.

Ключові слова: східна традиція, рецепція римського права, релігія, мораль, конфуціанство, кастово-ієрархічний устрій.

Постановка проблеми. У сучасних умовах кризи західної законності все більше уваги дослідниками приділяється вивченню принципово інших, відмінних правових систем з тим, щоб знайти альтернативу західному світу та виробити спільну правову мову людства. Звернення до правоустроїв країн Далекого Сходу показує, що існують спільноти, де для вирішення суперечок застосовується інша техніка, аніж за участю державного судді. Позитивне право не є єдиним засобом, котре регулює стосунки між окремими громадянами. Позитивне право пропонує спосіб з'ясування в тих випадках, які неможливо вирішити за допомогою домовленостей. Китайське і японське право є найбільш виразним тому підтвердженням. Означена проблема є актуальною для України як для держави з молодою демократією, на формування та становлення якої різною мірою здійснюють вплив всі існуючі на сьогодні традиції права.

Виклад основного матеріалу. Східна або азійсько-мусульманська традиція права характеризується перш за все неоднорідним характером і відсутністю єдності в ній самій.

У західній літературі з компаративістики зазначається, що право мусульманських країн, Індії, Далекого Сходу не утворює єдиної сім'ї. Всі вони чужі одне одному. Об'єднує ці правові системи лише те, що вони ґрунтуються на концепціях, які відмінні від тих, що домінують у західних країнах [1, с. 308].

Якщо це так, то чи правомірно взагалі стверджувати про існування єдиної «східної традиції права»? Таке існування передбачає наявність спільних характерних ознак, які властиві праву близькосхідних і далекосхідних країн. Що це за ознаки і чи справді вони мають місце? Чи вплинула на міцність східної традиції права вестернізація мусульманського, індуїстського, китайського чи японського права? Окрім того, означена проблема набуває ще більшої значущості і гостроти, якщо вирішувати, чи властиві правовій системі України певні ознаки східної традиції права? Пошуку відповідей на ці запитання і присвячене це дослідження.

Про відсутність єдності в східній традиції права засвідчує несхожість східних релігій. Якщо виходити з того, що сутністю і фундаментальною ознакою правоустроїв країн Сходу є невіддиференційованість права і релігії (ісламу чи індуїзму), то

неабияка значущість релігійної домінанти вочевидь стає зрозумілою.

Якщо правові системи мусульманських країн, Індії і країн Південно-Східної Азії можна все ж таки об'єднати за релігійною, хоча і неоднорідною ознакою, то далекосхідна група правових систем не підпадає під це об'єднання. Бо їхньою сутністю і фундаментальною ознакою є невіддиференційованість права і конфуціанської моралі. Тож відмінність підставового домінування чи то релігії, чи то моралі в розумінні права народами Сходу утворює ще одну істотну і розпізнавальну ознаку неоднорідності східної традиції права.

Такими є суттєві ознаки, що свідчать про відсутність єдності в східній традиції права. То чи можливо за умов зазначеної несхожості стверджувати про існування спільних ознак у правоустроях країн Сходу? Напевно, можливо. На нашу думку, до рахунку таких ознак слід віднести субсидарний характер позитивного права і його другорядну роль. З цього приводу Р. Давід і К.-Ж. Спінозі зазначають: «На відміну від Заходу, народи країн Далекого Сходу не схильні вірити в позитивне право як засіб забезпечення соціального порядку і справедливості. Звичайно, у них існує законодавство, але воно наділене субсидарною функцією і відіграє незначну роль. Строго окреслені рішення, які дає законодавство, зв'язаний з ним примус – все це викликає різке несхвалення. Тут виходять з того, що соціальний порядок мусить охоронятися переважно методами переконання, технікою посередництва, самокритичними оцінками поведінки, духом поміркованості і згоди. Вторгнення Заходу не привело до зміни традиційних структур країн Далекого Сходу. Напевно, революційним було те, що більшість цих країн отримали кодекси. Здавалося, що відмовившись від традиційних поглядів, ці країни бажать віднині будувати суспільні відносини на праві і приєднатися до романо-германської правової сім'ї. Зміни, таким чином, значні. Однак модифікації, що мали місце в минулому, і ті, що здійснюються сьогодні, далекі від того, щоб привести до відмови від традиції. Структури і інститути західного типу, запроваджені в цих країнах, у більшості випадків залишаються простим фасадом, за яким регламентація суспільних відносин відбувається відповідно до традиційних моделей. Очевидно, окрім того, що керівники цих країн мусять рахуватися з установками, вкоріненими в свідомості населення, та і в їх власній» [1, с. 354–355].

Аналогічними є й міркування Г. Бермана. Говорячи про рецепцію західного права в Японії і Китаї наприкінці XIX – початку XX століття, американський правник наголошує, що це право регулювало деякі стосунки офіційних і вищих кіл, але практично не вплинуло на традиційний правоустрій народу в цілому [2, с. 78].

Субсидарний характер позитивного права зумовлюється тими уявленнями про суспільство і державу, які поширені в країнах Близького і Далекого Сходу. Так, у мусульманських країнах має місце концепція теократичної держави і суспільства. В Індії і країнах Південно-Східної Азії поширена брахма-

центристська концепція держави і суспільства. У Китаї, Японії і інших країнах Далекого Сходу домінує даоцентристська концепція держави і суспільства. Об'єднує азійські країни принцип кастово-ієрархічного устрою.

В означених азійсько-мусульманських концепціях держава має значення лише як служниця встановленої релігії чи моралі. Уряд, який володіє авторитетом, що ґрунтується не на санкції Аллаха, Брахми чи Дао і який не підкорюється їхнім приписам, є недійсним для божественної системи права і суспільства. Він розцінюється як деспотичний, тиранічний, такий, що не має права вимагати слухняності і заслуговує лише того, щоб бути поваленим.

Тож тим положенням, що держава має значення лише як служниця встановленої релігії чи моралі, й зумовлюється субсидіарний характер позитивного права і його незначна роль. Так, основним джерелом права в мусульманських країнах вважаються норми шариату (Коран, сунна, іджма, кіяс); у праві індуської общини – шастри індуїзму (дхарма, артха, кама); у китайському і японському праві – філософські класичні книги китайської освіченості. Суттєво, що відповідно до принципів шариату, Брахми чи Дао формувалося звичаєве право. Дотримання звичаєвих рит у Китаї чи звичаєвих гірі в Японії замінило в цих країнах законослухняність.

З огляду на сказане, стає зрозумілим субсидіарний, доповнюючий до шариату, Брахми чи Дао та звичаєвих норм характер позитивного права і його другорядна роль у країнах Близького і Далекого Сходу, в Індії і інших країнах Південно-Східної Азії. В азійсько-мусульманських вченнях принципи шариату як справедливого божественного закону чи принципи Брахми і Дао як справедливого природного закону є всеохопними, вічними, незмінними і досконалими, тоді як законодавчі приписи зумовлені часою необхідністю, вони виправдані конкретними обставинами і змінюються разом з ними. Ось чому навіть коли має місце закон, емпіричний по суті, суддя не мусить застосовувати його буквально, ригористично, йому надані повноваження власного, всебічного розсуду, щоб усіма можливими засобами узгодити справедливість і владу [1, с. 318–448].

З огляду на сказане можливо констатувати, що пізнання сутності східної традиції права, як і ментальності східних народів взагалі, потребує глибокого усвідомлення відмінності між емпіричною або позитивною методологією пізнання і метафізичною або трансцендентною методологією. Східна традиція права не пізнається емпірично, а лише трансцендентно.

Тож можливо виокремити й таку спільну істотну ознаку східної традиції права, як її трансцендентність.

Субсидіарний характер позитивного права в країнах Сходу своїм наслідком мав відсутність до недавнього часу професійної самостійної юридичної еліти, з одного боку, і позасудове й понині вирішення суперечок (партнерство, дружні переговори, узгоджувальні процедури), з другого.

Позитивне право прагне до схематичного, спрощеного і типізованого врегулювання людських взаємин. І тому воно не в змозі враховувати всі багаточисленні варіанти, які властиві соціальному становищу учасників можливої суперечки. Звернення до правоустроїв країн Далекого Сходу показує, що існують спільноти, де для вирішення суперечок застосовується інша техніка, аніж за участю державного судді. У Давньому Китаї вважалося, що людські стосунки регулюються законами природи. Це знайшло своє відображення у вченні Конфуція про Дао-шлях. Дао-шлях – це природна космічна гармонія, або порядок, що владарює над всім сущею. Вищою метою людини має стати прагнення до співзвучності своїх думок, чуттів і вчинків з космічною гармонією. При цьому люди мають особливо слідкувати за тим, щоб діяти праведно і завдяки цьому не порушувати

створеної природою рівноваги обопільних стосунків. Звичайні правила, яким має коритися китаєць, якщо він прагнув поводитися «правильно» в цьому сенсі, називалися рити, їхня характерна особливість полягала в тому, що їхній зміст визначався соціальним статусом тієї людини, до якої вони застосовувалися. Іншими словами, їхній зміст залежав від становища людини в сім'ї, у роді, серед сусідів, у службовій ієрархії, у державі. І ці відмінності в становищі відповідно до віку, статі, професії, сімейної і службової ієрархії, соціального престижу в суспільстві склали серцевину встановленого зверху природного порядку буття, якого людині необхідно дотримуватися, якщо вона не бажає порушувати світову гармонію. Тож звичаєві рити зумовлювали поведінку кожного в конкретній ситуації, чи йшлося про взаємини між керівником і підлеглим, між родичами, друзями чи незнайомими, між батьком і сином, старшим і молодшими братами, чоловіком і жінкою. Ідеальним за уявленнями конфуціанців, вважався той, хто зрозумів суть природного світового порядку і, визнавши норми поведінки в значенні необхідних і повних смислу, добровільно їм кориться, а тому покійно і скромно підпорядковує свої особисті інтереси збереженню встановленої гармонії.

Сказане з всією очевидністю показує, чому конфуціанство не могло бути високої думки про норми позитивного права і про їхнє застосування судами. Як ми вже зауважували, позитивне право прагне до схематичного, спрощеного і типізованого регулювання людських стосунків. І тому воно не в змозі враховувати усіх багаточисленних варіантів, які притаманні соціальному становищу учасників можливої суперечки. Ще меншою мірою конфуціанство було схильне схвалювати встановлення прав стосовно соціального становища кожного в судовому порядку. І якщо, на думку якогось індивіда, хтось у стосунках з ним порушив приписи правил рит, то згідно з конфуціанською етикою таку проблему краще було б вирішити шляхом дружніх переговорів, а не звертатися до суду чи вимагати відновлення своїх прав, бо це тільки посилить дисгармонію, що виникла.

Буде краще і мудріше, якщо в конфліктній ситуації людина поступиться певною мірою, стерпить образу і тим самим заслужить вищої нагороди в очах суспільства і перед Дао. Той же, хто порушує соціальний мир, звертаючись до державної судової інстанції, і прагне публічно нанести образи іншому, чинить як порушник спокою, як груба і нецивілізована людина, що позбавлена основних добродійних якостей – скромності і готовності усе вирішувати мирним шляхом [3, с. 431–432]. «У будь-якому випадку конкретне рішення мусить відповідати справедливості і гуманності, а не бути затиснутим у рамки юридичної схеми. Людина не мусить настоювати на своїх правах, бо обов'язок кожного – прагнути до згоди і забувати про себе заради інтересів всіх. У міжлюдських стосунках першочергове місце мають посідати ідеї згоди, пошук консенсуса. Необхідно уникати звинувачень, санкцій, рішень більшості. Незгоди мають немовби «розчинятися», а не вирішуватися. Запропоноване рішення має бути вільно визнане сторонами, які вважають його справедливим, і при цьому ніхто не має почувати себе обійденим. Першочергове місце має посідати виховання і переконання, а не влада і примус» [1, с. 356].

Тож, очевидно, що конфуціанська ідея позасудового вирішення суперечок своїм підґрунтям має вчення про Дао-шлях. Природу Дао утворюють п'ять простих і великих Принципів благодійності: мудрості, людяності, поваги до старших, вірності і мужності. Сукупно ці принципи виражають порядок, справедливість і благо. У них – людська сутність Дао.

Тож природою Дао є моральність, духовність. Людина від природи наділена благом. За Конфуцієм, на цих принципах

добродійності мають врегулюватися стосунки в державі і суспільстві, з одного боку, між правителем і чиновниками і підданими («дітьми імператора») – з другого. Добродійність і мораль – головні якості правителів. Вони особливо мають подавати приклад життя відповідно до природного закону Дао: це основний обов'язок. Правити мають мудрі. Якщо правителі і чиновники будуть дотримуватися норм добродійності, то не буде небезпеки їхнього повалення, усунення від влади.

Конфуцій вирішує головну проблему: яке правління в державі краще – за допомогою норм моралі чи добродійності, або ж за допомогою закону і суворого покарань? Краще правління за допомогою норм моралі. Звідси й одвічне негативне ставлення китайців і японців до позитивного права. За Конфуцієм: «Якщо управляти за допомогою закону, впорядковувати, наказуючи, то народ застерезеться, але не буде знати сорому. Якщо управляти на основі добродійності, впорядковувати, виховуючи, народ не лише засоромиться, але й викаже покірність» [4, с. 48–49; 5, с. 88].

Сказане з всією очевидністю показує, що існує фундаментальна відмінність між правоустройствами західних і східних країн. Необхідним елементом стилю мислення, який властивий правовій культурі Заходу, є те, що Р. Ієрінг назвав «боротьбою за право». Він так сформулював свій принцип: мета права – мир, засіб її досягнення – боротьба. Іншими словами, теза Р. Ієрінга полягає в тому, що боротьба індивіда за свої права є його обов'язком стосовно як себе самого, так і ідеї права. Ця правова максима, на якій ґрунтується стиль судочинства західних країн, є, на думку Р. Ієрінга, універсальною. Механізм реалізації прав індивідів полягає в судових процедурах. Призначений державою суддя розглядає суперечку між сторонами на підставі норм позитивного права і приймає обов'язкове для них рішення [6, с. 440–449].

Звернення до правоустроїв країн Далекого Сходу показує, що викладене щойно не є дещо само собою зрозуміле і що існують спільноти, де для вирішення суперечок застосовується інша техніка, аніж з участю державного судді. Позитивне право не є єдиним засобом, котре регулює стосунки між окремими громадянами. Позитивне право пропонує спосіб з'ясування в тих випадках, які неможливо вирішити шляхом домовленостей. Японське, як і китайське право, є найбільш виразним тому підтвердженням.

На думку К. Цвайгерта і Х. Кьотца, сьогодні і в західному світі можна простежити тенденцію, пов'язану з прагненням по можливості уникнути судового з'ясування, замість цього вирішити суперечку шляхом переговорів або узгоджувальних процедур. Завдяки цьому зберігаються стосунки довіри, що дуже часто для підприємців чи учасників трудової чи ліцензійної угоди важливіше, ніж перемога у відстоюванні своїх прав шляхом судової процедури [3, с. 429].

Головним чинником, що обумовив своєрідність правоустроїв країн Сходу, є принцип організації суспільства. Кастово-ієрархічний устрій, що є виявом світової гармонії або порядку, істотно вплинув як на ментальність східних народів взагалі, так і на характер права зокрема [7, с. 486–617].

Цивілізація Індії, Китаю чи Японії відмінна від християнської чи ісламської цивілізації. Індуїзм чи конфуціанство не знають фундаментальної західної концепції, що усі люди рівні перед богом, за образом і взірцем якого вони створені. Ця концепція має глибоке релігійне обґрунтування в християнстві і ісламі з одного боку, і світське, розвинуте ліберально-персоналістськими доктринами – з другого.

Основоположним принципом європейського лібералізму є відповідальність індивіда за свої вчинки, що передбачало його

здатність самостійно визначати власну долю, незалежно від традиційних суспільних і релігійних авторитетів. Лібералізм в економіці також означав, що рушійною силою прогресу є ініціатива і дух підприємництва кожного окремого індивіда. І правоустрій мусив був гарантувати необхідну свободу дій кожного індивідуального підприємця, гарантуючи йому свободу відносин власності.

Але подібний лібералізм був чужий східним суспільствам. В індуїзмі, як і в конфуціанстві, люди від народження поділені на касты, кожна з яких має свою систему прав і обов'язків. При цьому між кастами існує нерівність: є панівні касты, є підлеглі. Підлеглі касты не мали ніяких прав стосовно вищої касты. Жибрак міг лише підкорятися.

В індуїстській чи конфуціанській спільноті відсутнє поняття «особистості», «індивідуальності». Життя не мислиться поза належністю до тієї чи іншої групи. Індивідуальне «я» цілком поглинене суспільним «ми» (велика сім'я, рід, клан). Будь-яка унікальність людини, її індивідуальна своєрідність оцінюються як зло, як перешкода. Панує всезагальність, всеєдність.

Принцип кастово-ієрархічного устрою суспільства зумовив традиційний пріоритет обов'язків перед правами; поняття суб'єктивних прав було відсутнє і з'явилося лише внаслідок вестернізації правоустроїв Сходу (XIX – початок XX ст.) [7, с. 515–730].

Принцип кастового устрою, який виразно уособлює собою родовий світогляд, глибоко вплинув на ментальність сучасних східних народів. Конфуціанська ідея ієрархічного устрою, який ґрунтується на самій природі речей, продовжує існувати. Китайці чи японці, з огляду на саму їх історію, досить байдужі до ідеї свободи і людської гідності. Конфуціанська Азія віддає перевагу не рівності, а ідеалу синівських стосунків, де мають місце уважне правління і шанобливе підкорення. «Будь-яке протистояння сторін, конфронтація між ними вважається небажаними. Потрібно шукати і знаходити згоду між роботодавцем і робітником, орендодавцем і наймачем, виробником і постачальником, продавцем і покупцем. Звернення до правосуддя наштовхується на невдоволення; звідси небажання бути учасником процесу і прагнення вирішувати проблему шляхом переговорів» [1, с. 373–374]. Соціальна структура східного суспільства внаслідок індустріалізації дещо змінилася: місце феодалних привілеїв посіли буржуазні, патерналізм феодалних правителів минулого трансформувався в патерналізм сучасних промислових магнатів [3, с. 442–443; 7, с. 724–730].

На думку китайців і японців, поняття суб'єктивного права знеособлює людські стосунки, воно зрівнює усіх людей всупереч ієрархічному порядку, який згідно з доктриною конфуціанства, що є основою китайської і японської традиції, існує в природі. Освячене конфуціанською традицією негативне ставлення до вирішення суперечок публічно в державних судах в усіх прошарках східного суспільства призводить до того, що мало хто з громадян користується правами, які надані новими законами. Провідну роль, як і раніше, продовжують відігравати традиційні форми узгоджувального посередництва і дружнього врегулювання суперечок. Писане право і судові процедури залишалися мертвою буквою [3, с. 443]. Китайці і японці продовжують вбачати в позитивному праві апарат примусу, який використовує держава для нав'язування волі правителів. Ідея позитивного права в їхній свідомості як і раніше зв'язана з покаранням і в'язницею; позитивне право – ненависна річ: чесні люди мають сторонитися позитивного права. «Доводиться визнати, – нотують Р. Давід К.-Ж. Спінозі, – що наявність кодексів не змінила рішуче традиційну ментальність» [1, с. 373].

Стосовно китайського і японського публічного і приватного права, то тут дійсність далека від теорії. У публічному праві передбачені законом демократичні інститути спотворюються в процесі їх функціонування, бо китайці і японці не прагнуть втручатися в суспільні справи і віддають перевагу тому, щоб ними керували сильні світу цього [1, с. 373]. Аналогічний стан справ і в приватному праві. «Здавалося б, – зазначають К. Цвайгерт і Х. Кьотц, – у сучасних умовах традиція вирішувати суперечки позасудовим шляхом має все більше залишатися в минулому. І дійсно, багато ознак говорять про це. Однак у той же час західний спостерігач з подивом змушений констатувати, що японці продовжують вперто триматися старих традицій, не дивлячись на корінні зміни умов їхнього існування» [3, с. 443].

Висновки. З проведеного аналізу можна виокремити наступне: правоустрою країн Сходу властиві такі спільні ознаки, як: трансцендентність права, невіддиференційованість права і релігії та моралі, легітимність держави і права, субсидіарний характер позитивного права, різноджерельність права, незалежність права від політики влади, вищість за політику влади і зобов'язання її правом.

Виокремлені ознаки східної традиції права й привертають увагу західних дослідників. Американський правник Г. Берман, наголошуючи на сучасній кризі західної законності, закликає до подолання цієї кризи шляхом діалогу з незахідним правом. Ось його думки з цього приводу: «Сьогодні ми перебуваємо всередині безпрецедентної кризи фундаментальних принципів законності, це виявляється перш за все в конфронтації з незахідними цивілізаціями і незахідними філософіями. У минулому Людина Заходу впевнено несла з собою свій закон в усьому світі. Однак сьогодні світ підозріло ставиться до західної «законності», ще підозріліше ніж раніше. Людина Сходу і Людина Заходу пропонують інші альтернативи. Та й сам Захід засумнівався в універсальній придатності свого традиційного уявлення про право, особливо для незахідних культур. Ми мусимо просунути далі, від вивчення західних систем права і західної правової традиції до вивчення систем і традицій права, які не належать Заходу, до вивчення того, яким чином зустрічаються західне і незахідне право і як виробляється спільна правова мова людства. Бо тільки в цьому напрямку існує шлях до виходу з кризи правової традиції Заходу наприкінці ХХ ст.» [2, с. 48–58].

Література:

1. Давид Р., Жоффе-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М. : Международные отношения, 1996. – 400 с.
2. Берман Г. Дж. Западная традиция права. – М. : Изд-во МГУ, 1998. – 624 с.
3. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права в 2-х т. – Т. 1. Основы. – М. : Международные отношения, 2000. – 480 с.
4. Голосков Л.В. Правовые доктрины: от Древнего мира до информационной эпохи. – М. : Научный мир, 2003. – 320 с.
5. Конфуций. Я верю в древность. – М. : Республика, 1995. – 402 с.
6. Антология мировой правовой мысли в 5-ти т. Т. 3 : Европа. Америка: XVII–XX в. – М. : Мысль, 1999. – 829 с.
7. Антология мировой правовой мысли в 5-ти т. Т. 1 : Античный мир и Восточная цивилизация. – М. : Мысль, 1999. – 750 с.

Корчевная Л. О. Субсидиарный характер позитивного права в восточной правовой позиции

Аннотация. В статье освещаются особенности правоустройств стран Востока и выявлены принципы азиатско-мусульманского права. Установлено, что главным фактором, обусловившим своеобразие восточной традиции права, является характер мировоззрения: политика, экономика, право, мораль, искусство, быт в этих странах считаются частицами единой, вселенской гармонии. Такая специфичность обуславливает особый уровень познания: если европейцы познавали целое и непререваемое всех вещей с помощью разума (логоса), то восточные народы – с помощью искусства, поэзии и религии.

Ключевые слова: восточная традиция, рецепция римского права, религия, мораль, конфуцианство, кастово-иерархический строй.

Korchevna L. Subsidiary character positive law in Eastern legal tradition

Summary. The article highlights the features right device of Oriental and Asian-identified principles of Islamic law. It was found that the main factor contributing to the uniqueness of the Eastern tradition of law, is the nature of philosophy: politics, economics, law, morality, art, life in these countries are considered part of a single, universal harmony. This specificity makes a special level of knowledge: if the Europeans learned the whole and indispensable of all things by reason (logos), the Eastern peoples – through art, poetry and religion.

Key words: Eastern tradition, reception of Roman law, religion, morality, Confucianism, caste-hierarchical structure.