

**НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ  
ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ**

**НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ДЕРЖАВНОГО  
БУДІВНИЦТВА ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ**

*Серія «Наукові доповіді»  
Випуск 5*

**Д. Вовк**

**ХРИСТИЯНСЬКА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ  
ЯК КАТЕГОРІЯ ТЕОРІЇ ПРАВА**

**Харків  
«Юрайт»  
2013**

УДК 340.11:27  
ББК 67.0  
В 61

*Серія заснована у 2012 р.*

*Видання рекомендовано до друку вченою радою  
Науково-дослідного інституту державного будівництва  
та місцевого самоврядування НАПрН України  
(протокол № 10 від 24.10.2012 р.)*

**Рецензенти:**

С. П. Рабінович – д-р юрид. наук, доц.  
І. В. Яковюк – канд. юрид. наук, доц.

**Редакційна колегія:**

Ю. П. Битяк, д-р. юрид. наук проф.; В. П. Колісник, д-р. юрид. наук,  
проф.; М. П. Кучерявенко, д-р юрид. наук, проф.; О. В. Петришин, д-р юрид.  
наук, проф., (наук. ред.); С. Г. Серьогіна, канд. юрид. наук, доц. (голов. ред.);  
І. В. Яковюк, канд. юрид. наук, доц. (заст. голов. ред.)

**Вовк, Д.**

**В 61 Християнська правова традиція як категорія теорії  
права [текст] / Д. Вовк ; наук. ред. О. В. Петришин. – Х. : Юрайт,  
2013. – 64 с. – (Серія «Наукові доповіді»; вип. 5).  
ISBN 978-966–2740–19–6**

У доповіді пропонується розуміння християнської правової традиції як категорії теорії права і методологічної основи дослідження впливу християнства на формування і розвиток права держав Європи. Викладено авторське бачення правової традиції у її співвідношенні з правовою системою і правовою культурою. Визначається природа релігійної традиції у праві. Аналізуються джерела останньої, сфера дії і чинники поширення у правовій системі, а також дається її експансивний характер, змістовна характеристика християнської правової традиції. Звертається увага на загальність та єдність (але неоднаковість) цієї традиції у різних правових системах, специфіку її джерел, а також існування в умовах секуляризованої державно-правової дійсності.

Для фахівців з філософії і теорії права, релігієзнавства та дотичних дисциплін.

УДК 340.11:27  
ББК 67.0

ISBN 978-966–2740–19–6

© Д. Вовк, 2013  
© НДІ державного будівництва та  
місцевого самоврядування НАПрН  
України, 2013  
© «Юрайт», оформлення, 2013

**THE NATIONAL ACADEMY  
OF LEGAL SCIENCES OF UKRAINE**

**SCIENTIFIC AND RESEARCH INSTITUTE  
OF STATE-BUILDING AND LOCAL SELFGOVERNANCE**

*Scientific reports series  
Vol. 5*

**D. VOVK**

**CHRISTIAN LEGAL TRADITION  
AS A CATEGORY OF THEORY OF LAW**

**Kharkiv  
«Yurait»  
2013**

## **Вовк Д. Христианская правовая традиция как категория теории права**

В докладе предлагается понимание христианской правовой традиции как категории теории права и методологической основы исследования влияния христианства на формирование и развитие права государств Европы. Излагается авторское видение правовой традиции в ее соотношении с правовой системой и правовой культурой. Определяется природа религиозной традиции в праве. Анализируются источники последней, сфера действия и факторы распространения в правовой системе, а также ее экспансивный характер. Дается содержательная характеристика христианской правовой традиции. Обращается внимание на общность и единство (но неодинаковость) данной традиции в различных правовых системах, специфику ее источников, а также существование в условиях секуляризированной государственно-правовой действительности.

## **Vovk D. Christian Legal Tradition as a Category of Theory of Law**

In the report an original concept of Christian legal tradition is presented. This tradition is interpreted as an important legal category, which forms methodological basis for academic research of the Christianity's impact on genesis and development of law of European states. The author shows his own vision of legal tradition within the correlations of tradition and legal system, tradition and legal culture. The religious legal tradition is determined. Sources of this tradition, its sphere of action, ways of its expansion and methods of its extension in a legal system are analyzed. An original description of the Christian legal tradition is offered. Universalism and unity (but not sameness) of Christian legal tradition in various legal systems, its existence in terms of secularized law and state are disclosed.

## **ЗМІСТ**

**Вступні зауваження..... 6**

**1. Правова традиція: акценти розуміння..... 11**

*Труднощі у розумінні правової традиції. Історичність правової системи. Традиції як прояви історичності у праві. Правова традиція і правова культура. Правова традиція не є минулим права. Штучність протиставлення традицій і новацій. Правова традиція і правова пам'ять суспільства. Зв'язки сучасного і минулого у категорії традиції. Винайдені традиції. Плюралістичність традицій у праві. Виміри дії правової традиції.*

**2. Релігійна традиція у праві..... 25**

*Сутнісно-функціональні і змістовні риси релігійної традиції у праві. Момент виникнення релігійної правової традиції. Змістовні і формальні джерела традиції. Важливість дослідження практики діяльності церков та релігійних громад як джерела релігійної правової традиції. Сфера дії релігійної традиції у праві. Закономірності поширення релігійної традиції у правовій системі. Чинники поширення релігійної правової традиції та її експансивний характер. Внутрішня й зовнішня експансія релігійної традиції.*

**3. Християнська правова традиція: змістовна характеристика..... 48**

*Християнська правова традиція як різновид релігійної традиції у праві. Загальність християнської правової традиції. Єдність християнської правової традиції. Єдність не означає однаковість. Єдність християнської правової традиції і конфесійні суперечності усередині християнства. Існування християнської правової традиції в умовах секуляризованої державно-правової дійсності. Специфіка постсекулярної епохи християнської правової традиції. Постсекулярність і справа «Pussy riot». Особливості джерел християнської правової традиції.*

### *Вступні зауваження*

Християнська релігія була і значною мірою продовжує залишатися вагомим чинником розвитку правових систем держав, які відносять себе до європейської цивілізації. У межах цієї доповіді ми не ставимо своїм завданням детально розглянути вплив християнства на становлення і функціонування правових систем Європи. Проте задля посилення розуміння актуальності розвідок у сфері даної проблематики (у тому числі і нашої роботи) вважаємо за необхідне артикулювати деякі аспекти цього впливу:

а) етичне підґрунтя сучасних права і держави у багатьох моментах має явну або іманентну орієнтованість на християнські цінності та ідеї. Як приклад можна згадати концепцію суспільного договору, що виражає, зокрема, і етико-правові моменти відносин між людиною і державою, яка у варіанті Дж. Локка у «Двох трактатах про врядування» має прямі відсилання до біблійного тексту, а у Ж.-Ж. Руссо у «Суспільному договорі» містить приховані паралелі з старозавітним союзом між Богом та його народом. Так само гуманізм як ідея і принцип західного права, його соціальна зверненість визріли або безпосередньо всередині християнської ідеології з її ідеєю про богоподібність людини та її викупленість стражданнями Христа (детальніше ми зупинимось на цьому питанні пізніше), або на підставі ідей, які є секуляризованим продовженням християнства;

б) християнство (особливо канонічне право) позначилось і на багатьох суто юридичних явищах (нормотворчій техніці, методиках систематизації позитивного права, методології його вивчення та ін.). Зокрема, офіційні й доктринальні систематизації у сфері канонічного права вплинули на кодифікації в європейському праві Нового часу. Не менш значущим був вплив каноністів на юридичну освіту. У середньовічних університетах студенти-правники вивчали лише канонічне і римське право, що поступово приводило до витіснення місцевих звичаїв із правозастосовної практики і формування схожих правових систем у європейських державах. А схоластичний метод вивчення права змістив освітні акценти: римський суто практичний підхід (вивчення норм, що регулюють певні життєві випадки) був замінений на спроби теоретичного пізнання права як системи, що має базуватися на певних принципах;

в) християнство сприяло рецепції римського приватного права. Як зазначає Т. Вудс, католицька церква відродила для сучасного права римське право. Каноністи XI – XII ст. надихались заново відкритим Зводом Юстиніана (існує думка про те, що приводом для звернення до «Дигест» був спір між Папою та імператором про порядок призначень духовних осіб у Церкві (інвеституру)<sup>1</sup>). Але вони покращили його, доповнили власними розробками і новаціями та впровадили в європейських суспільствах, які абсолютно забули про ці юридичні тонкощі за довгі роки варварства<sup>2</sup>. Так само канонічне право було джерелом рецепції римського права у його візантійській версії у державах Східної Європи, зокрема і в Україні<sup>3</sup>;

г) потрібно також урахувати, що розвиток права сутнісно зумовлений розвитком тих сфер суспільного життя, які право врегульовує. Тому вплив християнства на західне право має також і опосередкований рівень – через вплив на згадані сфери. Наприклад, виправдання лихварства схоластами пізнього Середньовіччя (приміром, Каета-

<sup>1</sup> Рулан, Н. Историческое ведение в право : учеб. пособие для вузов [текст] / Н. Рулан ; гл. науч. ред. А. И. Ковлер, коммент. В. Г. Буткевич ; пер. с фр. А. В. Воронов. – М. : NOTA BENE, 2005. – С. 225. Цікаво, що спочатку ставлення християнських богословів до Зводу Юстиніана та римського права в цілому, очевидно, було скептичним і варіювалось залежно від політичних потреб. Російсько-англійський юрист П. Виноградов наводив такий приклад. Під час дискусії щодо запровадження в юридичну практику XI ст. прийнятого у римському праві обчислення ступеня споріднення рвеннські юристи, які у боротьбі за інвеституру виступали за боку імператора, висловились на користь такого обчислення. У відповідь один із найвпливовіших діячів Григоріанської реформи кардинал Петро Даміані зневажливо висловлювався про «сходку рвеннських мудреців», про «їх книги» (*Corpus juris civilis*) та про «їх Юстиніана» (див.: Виноградов, П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе [текст] / П. Г. Виноградов ; под ред. У. Э. Батлера и В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2010. – С. 209–210.).

<sup>2</sup> Вудс, Т. Как Католическая церковь создала западную цивилизацию [текст] / Т. Вудс ; пер. с англ. В. Кошкина. – М. : ИРИСЭН, Мысль, 2010. – С. 219.

<sup>3</sup> Харитонов, С. О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти) : монографія [текст] / С. О. Харитонов. – О. : Фенікс, 2008. – С. 336, 357 і далі.

ном<sup>1)</sup> попри його заборону у Біблії (Втор., 23:20; 1 Кор., 6:10) позначилось на бурхливому розвитку банківської справи і фондового ринку, а значить – і правового регулювання відповідних відносин у країнах Європи<sup>2</sup>. Ідея політичної влади монарха в її зв'язку з владою Бога, підпорядкованість земного суверена божественному закону вплинула на розвиток інститутів публічного права у сфері здійснення державної влади тощо;

д) християнська релігія стає одним із чинників формування спільного європейського (а ширше – західного) правового простору. Американський соціолог Я. Пелікан пише, що «Єрусалим (йдеться про

<sup>1</sup> Ж. Ле Гофф указував, що поступове виправдання лихварства у західному християнстві починається вже у XII ст., коли із виникнення концепції чистилища допускається, що окремі лихварі можуть викупити у ньому свою провину і тим самим уникнути пекла (див.: Ле Гофф, Ж. Средневековье и деньги: очерк исторической антропологии [текст] / Ж. Ле Гофф ; пер. с фр. М. Ю. Некрасова. – СПб. : ЕВРАЗИЯ, 2010. – С. 92). У Каетана ж це виправдання набуває системного характеру, що перетворює банківську справу та торгівлю на шановану в суспільстві справу. Нобелівський лауреат з економіки А. Хіршман пов'язує ці зміни у ставленні до кредитування під відсотки та схожої діяльності з поворотом у теорії держави, зі спробою покращити мистецтво державного управління у межах існуючого порядку (див: Хиршман, А. О. Страсти и интересы: политические аргументы в пользу капитализма до его триумфа [текст] / А. О. Хиршман ; пер. с англ. Д. Узланера. – М. : Изд. Ин-та Гайдара, 2012. – С. 38–39), тобто надати людині перспективу життя у цьому світі, а не лише перспективу спасіння у наступному житті.

<sup>2</sup> Значення виправдання у християнстві кредитування під відсотки можна побачити, звернувшись до аналогічної проблеми в мусульманському праві. Останнє, спираючись на заборону лихварства у Корані (2:275, 3:130), обрало принципово інший варіант. Сьогодні для суб'єктів банківської та фондової діяльності в ісламських державах є неприйнятною теза М. Вебера про те, що «гроші за своєю природою плодоносні і здатні породжувати нові гроші» (див.: Вебер, М. Избранное: протестантская этика и дух капитализма [текст] / М. Вебер ; пер. с нем. ; отв. ред. и сост. Ю. Н. Давыдов. – 2-е изд., доп. и испр. – М. : РОССПЭН, 2006. – С. 26). Тому мусульманські банки є інвестиційними (поряд з цим, щоправда, у багатьох країнах діють і західні банківські установи), а мусульманські цінні папери (наприклад, сукук) дають право не на певний відсоток, а на частину прибутку від експлуатації активів, якими забезпечені ці папери.

християнську традицією – Д. В.) насправді є матір'ю усіх нас, чи, точніше, бабусею, а другою бабусею (адже всі ми маємо двох бабусь) є Афіни»<sup>1</sup>. Християнство і Античність, значною мірою «пропущена» через християнство (пригадаємо хоча б аквінатовські коментарі до «Політики» Арістотеля)<sup>2</sup>, виступили світоглядним підґрунтям формування правових систем європейських держав і зберегли у цих системах внутрішню спільність і у часи феодальної роздробленості, і під час становлення національних держав. Вони (християнство і Античність) створили, як каже А. Баумейстер, ситуацію внутрішньої напруги і спору, заряджену потужним творчим потенціалом<sup>3</sup>, в якій правовий проект Європи став найбільш успішним у світі й поширив свій вплив на більшість правових систем сучасності;

е) окремо слід згадати, що під впливом християнських догматів, а ще більше – діяльності християнських церков і громад сформувалися європейські моделі взаємодії держави і церкви. Чітке розмежування священного і профанного, Граду Божого і Граду Земного, викладене у Новому Завіті, рішеннях Вселенських соборів<sup>4</sup>, працях видатних богословів і, принаймні, частково втілене у відповідну практику,

<sup>1</sup> Пелікан, Я. Виправдання Традиції [текст] / Я. Пелікан; пер. з англ. Д. Морозова та ін. – К. : Дух і Літера, 2010. – С. 80.

<sup>2</sup> Значення зв'язку християнства і Античності для збереження ідей останнього можна побачити, пригадавши, що під значним впливом грецьких мислителів перебувала і арабська філософія перших століть ісламу, однак, як пише Ф. Бродель, вже у XII ст. цей вплив був нівельований традиційною релігією – мусульманська думка обрала інший шлях розвитку (див.: Бродель, Ф. Грамматика цивилизаций [текст] / Ф. Бродель ; пер. с фр. Б. А. Ситникова. – М. : Весь Мир, 2008. – С. 106).

<sup>3</sup> Баумейстер, А. Біля джерел мислення і буття. Вибрані філософські етюди [текст] / А. Баумейстер. – К. : Дух і літера, 2012. – С. 102–103.

<sup>4</sup> Ще глибше цей момент виявляється у християнському розумінні подвійності природи і волі Ісуса Христа. Шостий Вселенський собор (680–681 рр.) ствердив, що Христос має людську і божественну природу і відповідно також людську і божественну волю, при цьому людська воля не суперечить і підкорюється божественній. Попри останню тезу, виокремлення людської волі свідчить про її самостійну цінність, а значить – і самостійну цінність цього світу, що також відкриває шлях до формування світської, нерелігійної сфери буття людини, у тому числі і як суб'єкта державних і правових процесів.

врешті-решт у Новий час призвело до ідеї відокремлення держави від церкви на телеологічному, аксіологічному, інституційному рівнях їх буття. Більше того, вже у Середньовіччі з його синкретичними суспільством, світоглядом, свідомістю, мораллю, правом, державою світ ще не є чимось зовнішнім щодо церкви, але вже перебуває на її периферії<sup>1</sup> і готовий відокремитись від неї. При цьому приділення незначної уваги державно-правовим інститутам у Новому Завіті та ненадання їм особливої цінності (хоча цей момент слід розглядати скоріше не як відмову Христа від права і держави як таких, а як заперечення саме сучасних Спасителю державно-правових інститутів) зумовили необхідність пошуку для держави і права у християнських країнах також і власних позарелігійних джерел легітиматії, а згодом потягнули за собою поступову секуляризацію цих інститутів.

Крім того, внутрішня неоднорідність християнства, що виливалась у численні конфлікти між різними конфесіями і віровченнями, у тому числі і з залученням держави до вирішення цих суперечок (наприклад, протистояння православ'я і аріанства у Візантії у IV–VI ст., католицизму і протестантизму за часів Реформації, різних протестантських течій під час англійської буржуазної революції) мала наслідком у Новий час (хоча зародки цього спостерігаються навіть у ранньому Середньовіччі) поширення ідеї свободи віросповідання, релігійності як вільного вибору людини<sup>2</sup>. Усе це сприяло утворенню сучасних форм державно-церковних стосунків у західних країнах, які за будь-яких умов бачаться як відносини автономних суб'єктів з визнанням свободи віросповідання і невтручання держави у внутрішньоцерковні справи, а ширше – стало по суті прообразом моделі взаємодії держави і громадянського суспільства взагалі.

<sup>1</sup> Салмин, А. Современная демократия: очерки становления [текст] / А. Салмин. – изд. 2-е, испр. и доп. – М.: Ad Marginem, 1997. – С. 171.

<sup>2</sup> Зокрема, російський дореволюційний історик О. Савін указував, що релігійний (християнський) рух під час Англійської буржуазної революції сильно вплинув на політичну (і правову – Д. В.) теорію і практику. Сепаратисти, меноніти, соціани (протестантські релігійні течії) висували вимогу релігійної терпимості. Вони вважали, що різновір'я не шкодить державі і що єретиків можна навертати лише словом божим, а не насиллям, адже царство Христа не від цього світу (див.: Савин, А. Н. Лекции по истории Английской революции [текст] / А. Н. Савин. – М.: «Крафт+», 2000. – С. 100–101).

Методологічно дослідження впливу християнства на правові системи держав європейської цивілізації потребує формулювання категорії, яка б адекватно відображала різні аспекти цього впливу. Існуючі сьогодні в юридичній науці способи позначення впливу християнської релігії на право через терміни «основа», «коріння», «вчення», «розуміння» тощо<sup>1</sup>, на нашу думку, є некоректними, оскільки мають надто розмитий, неюридичний характер і за своїм значенням концентруються або на історичній ролі християнства у правовому розвитку права (навіть, коли вчені, що вживають ці терміни, доводять протилежне), або лише на доктринальних аспектах зазначеного впливу. З урахуванням викладеного вище вважаємо, що найбільш повно вплив християнства на право відбивається в категорії «традиція» і може бути позначений як «християнська правова традиція». Пояснення і обґрунтування такого твердження має спиратися на висвітлення природи родового і видового щодо християнської правової традиції феноменів – правової традиції і релігійної традиції у праві.

### **1. Правова традиція: акценти розуміння**

*Труднощі у розумінні правової традиції. Історичність правової системи. Традиції як прояви історичності у праві. Правова традиція і правова культура. Правова традиція не є минулим права. Штучність протиставлення традицій і новацій. Правова традиція і правова пам'ять суспільства. Зв'язки сучасного і минулого у категорії традиції. Винайдені традиції. Плюралістичність традицій у праві. Виміри дії правової традиції.*

<sup>1</sup> Див. напр.: Сорокин, В. В. Понятие и сущность права в духовной культуре России [текст] / В. В. Сорокин. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 456 с.; Зюбанов, Ю. А. Христианские основы Уголовного кодекса Российской Федерации: Сравнительный анализ норм УК РФ и Священного Писания [текст] / Ю. А. Зюбанов. – М.: Проспект, 2007. – 416 с.; Тасаков, С. В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности [текст] / С. В. Тасаков. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2008. – 318 с.; Христианское учение о преступлении и наказании [текст] / науч. ред. К. В. Харабет, А. А. Толкаченко. – М.: Норма, 2009. – 336 с.; Папаян, Р. А. Христианские корни современного права [текст] / Р. А. Папаян. – М.: Норма, 2002. – 416 с. та ін.

Правова традиція (або традиція у праві) є досить складною для розуміння юридичною категорією. Попри значну поширеність у літературі<sup>1</sup>, уявлення про змістовне наповнення правової традиції, форми її прояву, співвідношення з іншими правовими явищами залишається, на наш погляд, досить фрагментарним. Варто лише згадати, що роботи, безпосередньо присвячені аналізу цієї проблеми (передусім згадаємо праці Ю. Оборотова, Ю. Лободи, М. Мірошніченко, Г. Гленна, К. Арановського та ін.), містять вельми різне трактування природи правової традиції та її ролі у правовій системі.

Так, Ю. Оборотов вважає, що правова традиція становить зв'язок часів, соціальне (правове) спадкування<sup>2</sup>. Ю. Лобода розуміє правову традицію як закономірності розвитку сфери правового буття суспільства і одночасно принцип, ідею і тенденцію розвитку правової складової соціальної організації<sup>3</sup>. Г. Гленн ототожнює правову традицію з правовою системою, розглянутою в історичному розвитку. Зрозуміти традицію, на його думку, – це як проглянути фільм, тоді як зрозуміти сучасну правову систему означає побачити кадр із цього

---

<sup>1</sup> Наведемо лише декілька прикладів юридичних розвідок, де термін «традиція» вживається не лише по тексту, а й у назві. Див.: Шевчук, С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції [текст] / С. Шевчук. – 3-тє вид. – К. : Реферат, 2010. – 848 с.; Вишневский, А. А. Каноническое право. Древняя церковь и Западная традиция [текст] / А. А. Вишневский. – М. : Ин-т философии, теологии и истории Святого Фомы, 2006. – 276 с.; Дудченко, В. В. Традиция правового развития: плюрализм правовых вчень : монографія [текст] / В. В. Дудченко. – О. : Юрид. л-ра, 2006. – 304 с.; Бекленишева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [текст] / И. В. Бекленишева. – М. : Статут, 2006. – 204 с.; Харитонов, О. І. Порівняльне право Європи: основи порівняльного правознавства. Європейські традиції [текст] / О. І. Харитонов, С. В. Харитонов. – Х. : Одиссей, 2002. – 592 с. та ін.

<sup>2</sup> Оборотов Ю. М. Традиції і новації у правовому розвитку : монографія [текст] / Ю. М. Оборотов. – О. : Юрид. л-ра, 2001. – С. 61.

<sup>3</sup> Лобода, Ю. П. Правова традиція українського народу (Феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу) [текст] / Ю. П. Лобода. – Л. : Світ, 2009. – С. 87.

фільму<sup>1</sup>. Наведені думки демонструють, по-перше, достатню складність теоретичного визначення правової традиції як правового феномену або ж, принаймні, можливість існування різних варіантів такого визначення, а також велику абстрактність, схематичність і навіть метафоричність спроб запропонувати таке визначення (вирази «зв'язок часів», «ідея», «принцип», «культура» залишають великий простір для їх інтерпретації), а по-друге, доводять, що правова традиція не усвідомлюється як певна сутність<sup>2</sup>, її осмислення може бути сутнісним тільки стосовно конкретної традиції, коли здійснюється аналіз джерел такої традиції (наприклад, різних компонентів християнської релігії як джерела християнської правової традиції) та її ролі у правовій системі або її елементах.

Правовій системі, як і кожній соціальній системі, властива історичність. Історичність права означає не просто наявність правового минулого, на яке спирається право сьогоднішнє або через яке ми можемо краще зрозуміти сучасний етап буття права. А. Турен пише із цього приводу, що історичність – це не сукупність цінностей, міцно закорінених безпосередньо у центрі суспільства; вона постає як сукупність інструментів, культурних орієнтацій (цей перелік механізмів історичного впливу можна продовжити – міфи, віра, ідеї, концепти тощо), за допомогою яких сформувалися форми соціальної практики<sup>3</sup>, у тому числі й право. Правова система, як система відкрита (така, що взаємодіє з оточенням і обмінюється з ним інформацією) і реактивна (така, чиє функціонування визначається переважно зовнішніми факторами<sup>4</sup>), зумовлює, що ці механізми за походженням мають як внутрішньоправове (наприклад, традиційне значення джерел права, їх взаємне співвідношення), так і, пе-

---

<sup>1</sup> Glenn, H. P. Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions / H. Patrick Glenn // McGill L. J. – Vol. 50. (2005). – P. 873.

<sup>2</sup> Саме з цим пов'язані постійні, і, на нашу думку, непродуктивні пошуки поняття, через яке б визначалася суть правової традиції, що зазвичай закінчується виробленням чергової метафори на кшталт «зв'язок часів», «правова пам'ять», «перегляд фільму» тощо.

<sup>3</sup> Турен, А. Повернення дієвця [текст] / А. Турен ; пер. з фр. О. Гуджен, О. Подемченко, Т. Шваб. – К. : «Альтерпрес», 2003. – С. 19.

<sup>4</sup> Прангишвили, И. В. Системный подход и общесистемные закономерности [текст] / И. В. Прангишвили. – М.: СИНТЕК, 2000. – С. 53–54.

редусім, позаправове походження (мораль, релігія, політика, економіка тощо). Вони (механізми) постійно творять сучасне право, визначають його зміст і майбутнє. Е. Фромм, описуючи зв'язки людини з її минулим, вказував, що «ми є минулим і можемо сказати: “Я – це те, чим я був”»<sup>1</sup>. Таке бачення можна екстраполювати і на право як продукт людських відносин. Правова система вбудована у свою історію та історію суспільства у цілому. Це не означає, що вектор правового розвитку, колись заданий, залишається сталим і незмінним, не зумовлює жорсткої детермінованості права історичним минулим, назавжди зафіксованими світоглядними чи культурними домінантами соціуму, але дозволяє констатувати, що право живе і прогресує у своїй історії, спирається на досвід минулих поколінь (точніше – розуміння цього досвіду), заперечуючи, трансформуючи, підтримуючи його.

Історичність правової системи, яка охоплює і світ правових ідей, і світ матеріального буття права, на більш конкретному рівні виявляється у вигляді правових традицій, що в матеріальному аспекті зумовлюють особливості існування якогось правового явища чи правової системи у цілому, а в ідеальному – визначають особливості пізнання і розуміння права (парадигми праворозуміння), зокрема його цінності для кожного конкретного суспільства або цивілізації.

Інакше кажучи, правова традиція – це поняття, яке характеризує специфічність ідеального і матеріального буття права в контексті уявлення про його історичний розвиток. Підкреслимо, традиція – це не самі правові явища, а категорія, яка пояснює їх своєрідність, особливість з огляду на історію їх виникнення і розвитку під впливом певних чинників (тому для нас важливим є дослідження і правової історії, і історії цих чинників). Вивчення правових традицій дає можливість побачити, чому в суспільстві або групі суспільств, об'єднаних у цивілізацію, сформувалися саме такий образ права, таке суспільне значення права, така правова система, і тим самим відображає динаміку історичного буття правової системи, формування і реалізацію правових норм, пізнання права суб'єктом права, відтворення правових приписів у вигляді правової поведінки тощо.

<sup>1</sup> Фромм, Е. Мати чи бути [текст] / Е. Фромм ; пер. з англ. О. Михайлової та А. Бураяка. – К. : Укр. письменник, 2010. – С. 140.

Запропоноване розуміння дає можливість відмежувати правову традицію від правової культури. Культура, як зазначав Й. Гейзінга, є абстракцією, наданою для позначення історичної дійсності<sup>1</sup>, тобто у нашому випадку певного рівня розвитку правової системи. У цьому сенсі правова традиція і правова культура є близькими категоріями, які відображають сучасний стан правової системи як підсумок поступового накопичення правового досвіду в суспільстві. Утім якщо культура відображає сам цей стан розвитку, то традиція дає уявлення про шляхи і джерела формування цього стану. Іншими словами, якщо культура відповідає на питання «що?» (правова система у своєму особливому способі існування), то правова традиція відповідає на питання «як?» або «чому?» цей спосіб існування є саме таким<sup>2</sup>. Тут, однак, потрібно враховувати певний нюанс. Правова культура є «усім позитивним, що створено людством у правовій сфері»<sup>3</sup>. Позитивність у даному випадку означає, що правова культура не охоплює юридичні явища антиправового характеру (деформації правосвідомості, протиправну поведінку, неправові закони тощо). Правова традиція ж, як функціональна категорія, що виражає специфічність буття правової системи, може бути причиною і поясненням існування

<sup>1</sup> Хейзінга, Й. Тени завтрашнього дня. Человек и культура. Затемненный мир : эссе [текст] / Й. Хейзінга ; сост., пер. с нидерл. Д. Сильвестрова. – СПб. : Изд-во Ивана Лимбаха, 2010. – С. 215.

<sup>2</sup> Схожої думки дотримується російський культуролог і етнограф К. Чистов, який зазначає, що терміни «культура» і «традиція» у певному теоретичному аспекті синонімічні або майже синонімічні. Термін «культура» виражає сам феномен, а «традиція» – механізм його формування, трансмісії і функціонування (див.: Чистов К. В. Фольклор, текст, традиция : Сб. ст. [текст] / К. В. Чистов. – М. : ОГИ, 2005. – С. 106). Щось подібне ми бачимо у Х. Арендт, яка використовує поняття «прихована традиція» для позначення специфіки розвитку єврейської літератури письменниками – євреями за походженням, які асимілювалися у неєврейських суспільствах. Прихованість традиції тут означає, що самі ці письменники не позиціонують себе як представників саме єврейської літератури (див.: Арендт, Х. Скрытая традиция: эссе [текст] / Х. Арендт ; пер. с нем. и англ. Т. Набатниковой, А. Шибаровой, Т. Мовниной. – М. : Текст, 2008. – С. 57-91).

<sup>3</sup> Правосвідомість і правова культура як базові чинники державотворчого процесу в Україні : монографія [текст] / Л. М. Герасіна, О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань. – Х. : Право, 2009. – С. 11.



також і дефектів у праві, негативних властивостей, явищ і тенденцій у правовому розвитку (наприклад, правового нігілізму)<sup>1</sup>.

Через дослідження правових традицій і правової культури досягається розуміння реального впливу права на життя соціуму, його розвиненості не лише на рівні системи позитивного права чи академічних теорій і вчень, а й у вигляді відповідних моделей правової поведінки, укорінених у свідомості індивідів і різноманітних спільнот. Правова культура і правові традиції, що «супроводжують» культуру, передусім відображають дію, «практику» правового регулятора, його генезу і життя як прояву людської активності, форми людських відносин. Як писав М. Мамардашвілі, культура як така – це здатність практикувати складність і розмаїття життя; саме практика, а не знання є основним для розуміння культури<sup>2</sup>.

Запропоноване бачення правової традиції дозволяє артикулювати низку змістовних акцентів у її розумінні.

Як вже відмічалось, правову традицію не слід сприймати як категорію, що виражає минуле права і у цьому сенсі опонує змінам, прогресу, новаціям. Це розуміння традиції, що є парадигмою Нового часу<sup>3</sup>, схильного до розгляду історії як бо-

<sup>1</sup> Цим зумовлена і різна емоційна забарвленість використання понять «традиція», «традиційне». Англійський критик і поет-модерніст Т. Елліот у відомому есе «Традиція і індивідуальний талант» констатував, що посилання на традиційність певного твору використовується і для того, щоб заохотити автора цього твору, і для того, щоб його принизити (див.: Елліот, Т. С. Традиция и индивидуальный талант [текст] / Т. С. Эллиот // Зарубежная эстетика и теория литературы XIX–XX вв.: Тракаты, статьи, эссе / Сост., общ. ред. и вступ. ст. Г. К. Косикова. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1987 – С. 169). Д. Донцов на різних прикладах показував, як через посилання на традиції (історичні, політичні, соціальні) можна обстоювати цілком протилежні погляди на вирішення питань майбутнього України і української державності (див.: Донцов, Д. Де шукати наших історичних традицій; Дух нашої давнини [текст] / Д. Донцов – К.: МАУП, 2005. – С. 28–32).

<sup>2</sup> Мамардашвили, М. К. Сознание и цивилизация [текст] / М. К. Мамардашвили. – СПб.: Азбука, Азбука-Аттикус, 2011. – С. 29.

<sup>3</sup> Наприклад, Е. Берк закликав при вирішенні конфлікту між Британською імперією і північноамериканськими колоніями повернутися до традиційних «стародавніх чесних юридичних принципів і установ», які англійським філософом протиставлялись новим ініціативам корони у цій сфері (див.: Берк, Э. Правление,

ротьби традиції і модерності, є доволі спірним із багатьох позицій.

По-перше, поділ суспільств або суспільних явищ на традиційні й нетрадиційні чи модерні (приміром, таку періодизацію історичного розвитку використовує Ж. Башлер<sup>1</sup>, у контексті розвитку політичних систем аналогічним протиставленням оперує Ж. Баландьє<sup>2</sup>) є достатньо спірним, хоча б через ілюзорність існування нетрадиційних суспільств, тобто суспільств, що перебувають поза своєю історією<sup>3</sup>. Важко уявити, а тим більше знайти конкретний приклад правової (або будь-якої іншої соціальної) системи, яка знаходиться у постійній модернізації і в кожній точці свого буття повністю ігнорує (саме ігнорує, адже заперечення теж є проявом визнання традиції) власний попередній досвід.

По-друге, інноваційність правової системи завжди має певне ідеологічне підґрунтя, яким виступає та чи інша традиція, іноді – навіть більш архаїчна, ніж традиція, у боротьбі з якою виникає інновація. Р. Нібсет відмічає, що віра у цінність минулого – складова ідеї прогресу<sup>4</sup>. У цьому, як вже зазначалося, власне і полягає призначення історичності як властивості права та правових традицій – не зв'язувати, не цементувати правову систему її минулим, але інкорпорувати останню у правову історію. Згаданий вище Т. Елліот наголошував, що якщо б єдина форма традиції полягала у беззаперечному слідуванні шляхами, що проторували попередні покоління, у сліпому підкоренні їх досягненням, то така традиція не становила б жодного інтересу. Традиція, у першу чергу, зумовлює відчуття історії, вона змушує від-

политика и общество : Сб. [текст] / Э. Берк ; пер. с англ., сост. Л. Полякова. – М.: КАНОН-пресс-Ц; Кучково поле, 2001. – С. 143), А. де Токвіль розглядав традицію (давній порядок) як опозицію змінам (революції) (див.: Токвіль, А. де. Давній порядок і революція [текст] / А. де Токвіль ; пер. з фр. Г. Філіпчук. – К.: Юніверс, 2000. – С. 135.).

<sup>1</sup> Башлер, Ж. Нарис загальної історії [текст] / Ж. Башлер ; пер. з фр. Є. Марічева. – К.: Ніка-Центр, 2005. – С. 89-198.

<sup>2</sup> Баландьє, Ж. Політична антропологія [текст] / Ж. Баландьє ; пер. с фр. О. Хоми. – К.: Альтерпрес, 2002. – С. 168 і далі.

<sup>3</sup> Чистов, К. В. Фольклор, текст, традиция. – С. 105.

<sup>4</sup> Нібсет, Р. Прогресс: история идеи [текст] / Р. Нібсет; пер. с англ. под ред. Ю. Кузнецова и Гр. Сапова. – М.: ИРИСЭН, Мысль, 2011. – С. 475.

чувати минуле не лише як те, що пройшло, але і як сучасне<sup>1</sup>. Наведену думку підтверджують і правові системи, що виникали або зазнавали радикального оновлення у зв'язку зі зміною типу суспільного устрою. Зокрема, правова система СРСР, попри декларовану ворожість

<sup>1</sup> Елліот, Т. С. Традиция и индивидуальный талант. – С. 170. У момент, між іншим, не дає підстав для ототожнення традиції і консерватизму, що знову ж таки є узвичаєним для європейської суспільної думки, починаючи з Нового часу (наприклад, польські філософи політики А. Шахай і М. Якубовські розглядають традиціоналізм як крайню форму консерватизму (див.: Шахай, А. Філософія політики [текст] / А. Шахай, М. Якубовский ; пер. польсь. М. Н. Сумской. – Харьков : Изд-во Гумманит. центр, 2011. – С. 74)). Однак, як зазначає С. Крічлі, апеляція до традиції не обов'язково є консервативною втечею у минуле (див.: Крічлі, С. Вступ до континентальної філософії [текст] / С. Крічлі ; пер. з англ. В. Менжуліна. – К. : ТОВ «Стилос», 2008. – С. 81). Консервативність суспільства (і права) означає його зв'язаність, «законсервованість» у минулому, що є властивістю архаїчних правових і державних систем. Традиційність же, як зазначалось, становить убудованість права у власну історію, звернення до неї (іноді підсвідоме, а іноді навіть опосередковане зверненням до сьогодення), розвиток правової системи на підставі вже накопиченого досвіду, що може по-новому інтерпретуватися і використовуватися. У цьому сенсі думка Е. Тугенгата про те, що перехід до демократії відбувається, коли легітимність політичної влади перестає бути заданою індивіду традицією і починає відбудовуватися на волі самих індивідів (див.: Філософія прав людини [текст] / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломана ; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої. – К. : Ніка-Центр, 2008. – С. 50) є міфологемою модерну (Г. Гленн правильно констатує, що у західному світі є традиція бути нетрадиційним, тобто вважати себе поза традицією), адже у цьому випадку відбувається не руйнація традиції як чинника легітимації влади, а заміна однієї традиції, в силу якої влада легітимується через свою багатовікову, божественну, звичаєву і т.п. встановленість, на іншу традицію, завдяки якій легітимується через виборчі правові процедури прояву волі індивіда у демократичному суспільстві. Остання традиція обумовлює готовність індивідів брати участь у політичному житті, їх здатність робити вільний вибір (реалізовувати активне виборче право) та захищати його. І більше того, самі такі процедури поза загаданою традицією (тобто не підкріплені власною історією розвитку, не занурені в неї) можуть призводити до маніпулювання вибором населення, спотворення процесу легітимації політичної влади, вихолощування його змісту, що досить яскраво виявляється у державах так званих «молодих» демократій.

до континентального права, за фактом зберегла (хоча і з певними відмінностями, зумовленими переважно ідеологічними і політичними моментами) традицію цієї правової сім'ї у сфері джерел права, побудови системи права (при цьому офіційно заперечуючи поділ права на приватне і публічне), форм регулювання і юридичної діяльності тощо, а у випадку з радянською наукою – навіть у певних моментах повернулася до більш архаїчної традиції пізнання і пояснення права – схоластики<sup>1</sup>.

По-третє, сприйняття правових традицій саме як минулого права утворює своєрідну смислову пастку, адже у такому випадку традиція завжди є сталою, повністю сформованою, що виключає будь-які можливості її пристосування до сьогодення. У результаті традиція, будучи минулим, «вмирає» – витісняється з соціального середовища, як тільки воно починає змінюватися<sup>2</sup>. Натомість незмінність – це атрибут лише правових традицій найбільш низького порядку (різноманітних правових ритуалів, приміром, вставання при вході судді до залу судового засідання). Правові ж традиції більш високого порядку є змінюваними, здатними до модифікації і розвитку через змішування з інноваціями. Так, традиційно скептичне ставлення юристів романо-германського права до правотворчого потенціалу судової практики у нас час під впливом зближення провідних правових сімей та розвит-

<sup>1</sup> Розглядаючи характер дискусій, що існували у радянському правознавстві, способи обґрунтування власної точки зору і спростування доводів опонентів (наявність апіорі незаперечуваних ідеологічних позицій (наприклад, класовий характер права), абсолютно правильних і при цьому в окремих моментах суперечливих текстів (наприклад, роботи К. Маркса або В. Леніна), переважно неюридичного характеру, звинувачення супротивників у некоректному розумінні цих текстів, непримиренність до позиції іншої сторони спору тощо), не важко провести паралелі з дискусіями середньовічних схоластів, ідеологічні межі яких задавалися Біблією, церковними документами і працями отців церкви, що сприймалися як цілком правильні і при цьому могли мати внутрішні суперечності і неузгодженості.

<sup>2</sup> Е. Макінтайр зазначає, що традиції, поки вони живі, втілюють безперервні конфлікти (і зміни – Д. В.). Коли ж традиція стає традицією у стилі Берка (тобто стабільним минулим), це завжди означає, що вона вмирає чи вже вмерла (див.: Макінтайр, Е. Після чесноти: Дослідження з теорії моралі [текст] / Е. Макінтайр ; пер. з англ. – К. : Дух і літера, 2002. – С. 328).

ку міжнародних судових установ поступово трансформується у бік формального або фактичного визнання судової практики вторинним джерелом права (при цьому аналогу доктрини судового прецеденту не виникає, що підтверджує саме змінюваність наявної традиції, а не її зникнення).

І по-четверте, не все правове минуле може бути пов'язане з існуванням традиції, оскільки воно (минуле) може не мати значення для функціонування права сьогодні. Говорячи про традицію, ми маємо на увазі не все минуле (спадщину), а лише те, що має значення для сучасності. Наприклад, до християнської спадщини у праві можна віднести звичай знімати взуття при проведенні ділових переговорів і укладенні договорів<sup>1</sup> або заборону продавати рибу після початку церковної служби, які діяли у Гамбургу у XVIII ст., однак на розвиток сучасних договірних чи торговельних відносин ці правила поведінки не впливають і тому зараз не є проявами християнської правової традиції, хоча були такими в момент їх дії у Середні віки (зняття взуття) чи Новий час (заборона торгівлі).

Правова традиція як специфіка існування правової системи чи окремих її елементів не є також правовою пам'яттю<sup>2</sup>. А. Ассман вказує, що пам'ять «звернена в минуле, вона йде забутими слідами й реконструює свідчення, важливі для сучасності»<sup>3</sup>. Зв'язок традиції з пам'яттю не викликає заперечень, однак їх отождоження виглядає не зовсім коректним. Зверненість у минуле сама по собі не становить традицію. Вона є скоріше однією з передумов, чому розвиток людини або будь-яких людських (соціальних) інститутів є історичним, а на більш конкретному рівні таким, що пронизується традиціями. Че-

<sup>1</sup> Цей звичай відсилає нас до третьої глави книги Вихід (другої книги Старого Завіту): «І сказав Бог: не прохуй сюди, адже місце на якому ти стоїш є земля свята». Коли такий ритуал вчинявся святою землею ставала підлога помешкання, де укладався договір, чистоту помислів контрагентів ніби засвідчував Христос.

<sup>2</sup> Розуміння правової традиції як правової пам'яті присутнє у роботах С. Павлова (див.: Павлов, С. С. Правові традиції України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 – теорія та історія держави і права, історія політичних і правових учень [текст] / С. С. Павлов. – О., 2010. – С. 6).

<sup>3</sup> Ассман, А. Простори спогаду. Форми трансформації культурної пам'яті [текст] / А. Ассман ; пер. з нім. К. Дмитренко, Л. Доронічева, О. Юдін. – К. : Ніка-Центр, 2012. – С. 55.

рез пам'ятання минулого досягається ситуація, коли воно (минуле) творить сьогодні.

Крім того, вочевидь дуже важко (і чи можливо взагалі?) виокремити саме правову пам'ять суспільства чи індивіда. Наприклад, велика дискреційність повноважень органів державної (зокрема, виконавчої) влади у правовій системі Китаю напевно спирається не на особливості історичного розвитку права цих держав, а на їх політичну (а глибше – філософсько-етичну або релігійну) історію, де домінує уявлення про державну владу як продовження влади батька, якій потрібно коритися, а не розмірковувати щодо її доцільності чи корисності. Відповідно згадана правова традиція скоріше апелює до політичної чи етичної, ніж правової пам'яті.

Потрібно також зважати на те, що безпосередній процес пам'ятання, далеко не завжди має місце при відтворенні певної традиції. Наприклад, традиція правового регулювання країн Заходу, яка зумовлює високу значущість права, розвиненість правових інститутів, активне звернення суб'єктів до правових механізмів захисту прав (передусім до суду, який користується повагою, шаною і довірою з боку суспільства) не відтворюється за допомогою пам'ятання минулого, хоча, безсумнівно, пояснюється саме історією західного права і західного світу в цілому.

Відповідно правова традиція виражає не минуле права, або пам'ять про це минуле, а його сьогодні, що розуміється у його зв'язках зі своїм минулим, з історією. Ключовим тут є слово «розуміється», адже, говорячи про традиції, ми часто маємо на увазі не саме пройдене, а уявлення про нього. Можна сказати, що правова традиція виступає одночасно і «луною минулого» (так традицію визначав Г. Гадамер<sup>1</sup>), і «зануренням у віковичну імлу» (порівняння Е. Гідденса<sup>2</sup>), тобто традиція виражає зв'язок з минулим, відчутим і інтерпретованим певним суб'єктом сучасності. Я. Пелікан при описанні християнської традиції вказує, що він намагався осмислити не те, що відбувалося в минулому, а як минуле розумілось у наступних століт-

<sup>1</sup> Цит. по: Негус, К. Креативность. Коммуникация и культурные ценности [текст] / К. Негус, М. Пикеринг ; пер. с англ. О. В. Свинченко. – Харьков : Изд-во Гуманит. центр, 2011. – С. 205.

<sup>2</sup> Гідденс, Е. Нестримний світ: як глобалізація перетворює наше життя [текст] / Е. Гідденс ; пер. з англ. Н. П. Поліщук. – К. : Альтерпрес, 2004. – С. 32.

тях<sup>1</sup>, що власне і становить традицію. Щоб це зрозуміти, достатньо згадати, що традиційне для європейських країн визнання свободи совісті й автономності держави і церкви народжується із вельми суперечливих процесів, які аж ніяк не сприймалися їх учасниками як встановлення автономії і тим більше релігійної свободи (папська революція Григорія VII, секуляризація церковного майна, Реформація тощо) і таким по суті не були. Так само говорячи про традицію римського приватного права у сучасному праві, ми маємо на увазі не стільки власне норми і доктрину, які були вироблені у Стародавньому Римі, скільки інтерпретації римського права у *Corsus juris civilis*, а ще більше – у працях глосаторів, постглосаторів та гуманістів<sup>2</sup>.

Важливо також зрозуміти, що правова традиція не завжди містить у собі безпосереднє звернення до минулого. Вона може виражати у праві не лише зв'язки по лінії «сучасне – минуле», а й по лінії «сучасне – минуле – сучасне», коли специфіка існування правових явищ (наприклад, норм права) зумовлена впливом елементів сучасності, що у свою чергу спираються на розуміння минулого. Німецький філософ Д. Генріх досить вдало помічає складність цього моменту, вказуючи, що відповідь на певне соціальне питання (сам Генріх розглядає питання республіканської традиції у Німеччині після досвіду нацистського режиму) необов'язково потребує заглиблення у традицію, а може звертати нас до сучасності, адже пізнання у сучасному теж залежить від традиції<sup>3</sup>. Йдеться про те, що особливості

<sup>1</sup> Пеликан, Я. Христианская традиция: история развития вероучения. – В 2-х т. – Т. 2: Дух восточного христианства (600–1700) [текст] / Я. Пеликан ; пер. с англ. под ред. А. Кырлежева. – М. : Культ. центр «Духов. б-ка», 2009. – С. IX.

<sup>2</sup> Для наочності розуміння цього сплаву Античності і християнства можна пригадати картину Сандро Ботічеллі «Народження Венери», де обличчя римської богині досить сильно нагадує лік Мадонни, тобто має місце не просто копіювання античної традиції, а її переосмислення на основі християнської естетики. Або фреска Мікеланджело «Створення Адама», де в образі Бога щось нагадує зображення античних старших богів, а Адам будовою тіла не відрізняється від грецьких героїв. Так само і зображення путто (образу хлопчика-амура), що часто зустрічається у мистецтві Відродження і бароко, вплітається у християнські сюжети і символізує вже не кохання, а сходження ангельського духу.

<sup>3</sup> Філософія сьогодні. Розмови з Ульріхом Беком, Гансом-Георгом Гадамером, Юргеном Габермасом, Гансом Йонасом, Отфридом Гьофе, Віторіо Гьосле,

формування і позитивізації норми права, її сприйняття і відтворення суб'єктами права зумовлені якимось чинником сучасності (наприклад, моральною позицією суб'єктів права, ставлення до такої норми з боку різних спільнот), теж можуть бути проявом традиції, коли вказані моральна позиція або ставлення самі зумовлені фактами минулого, навіть якщо зв'язок не рефлектується суб'єктами права. Приміром, численні протести православних церков проти запровадження в Україні ідентифікаційного номера платника податків, що привело до корегування законодавства у бік надання віруючим можливості відмовитись від присвоєння цього номера, є проявом християнської правової традиції і відображає зв'язок між правом і християнською релігією по лінії «сучасне (чинна норма права про обов'язковість присвоєння ідентифікаційного номера) – реальне або уявне минуле (сформований у попередні часи християнський погляд на людину, її гріховність, так зване «число диявола» тощо) – сучасне (несприйняття церквами і віруючими і відповідних змін у законодавстві, що ідеологічно ніби зумовлена сформованими раніше християнськими канонами, яку, однак, пересічні віруючі необов'язково усвідомлюють як чинник своєї поведінки)».

Більше того, слід урахувати, що правова традиція може спиратися не тільки на модифіковане трактування минулого, а навіть на вигадані факти минулого, які носіями традиції сприймаються як реальні (Е. Фромм називав це почуттями про минулі почуття або про те, що ними здається<sup>1</sup>; на рівні свідомості індивіда обидва варіанти сприймаються однаково). Е. Гобсбаум визначає такі традиції як винайдені<sup>2</sup>. Вони або взагалі не мають історичного підґрунтя, або ж відсилають нас до фактів минулого, що виникають значно пізніше ніж прийнято вважати. Прикладом винайдені традиції можуть бути пропозиції щодо запровадження мантії для адвокатів як кроку для відродження класичних атрибутів адвокатської професії, що лунають на пострадянсь-

Ричардом Рорті та іншими [текст] / за ред. Ульриха Боме ; пер. з нім. А. Л. Богачова. – К. : Альтерпрес, 2003. – С. 102.

<sup>1</sup> Фромм, Е. Мати чи бути. – С. 140.

<sup>2</sup> Винайдення традиції [текст] / за заг. ред. Е. Гобсбаума та Т. Рейнджера ; пер. з англ. М. Климчука. – 2-ге вид., випр. – К. : Ніка-Центр, 2010. – С. 29–31, 34 і далі.

кому просторі (у тому числі і в Україні<sup>1</sup>), тоді як адвокатура колишньої Російської імперії мантиї у своїй діяльності не використовувала. Так само винайденою традицією є і попередній приклад з ідентифікаційним номером, адже наявність реальної суперечності між інститутом ідентифікаційного номера платника податків і положеннями Біблії або християнським віровченням є дуже сумнівною.

Правова традиція як категорія, що відображає своєрідність буття правової системи, має плюралістичний характер (у цьому випадку йдеться про загальні традиції, притаманні не одній, а декільком правовим системам). Спільність історичного розвитку різних суспільств у межах певної цивілізації є підґрунтям для існування у правових системах цих суспільств традицій, які охоплюють цивілізацію в цілому (згадані вище традиції християнства, римського права тощо). При цьому ці традиції включають загальні, одиничні й особливі складові<sup>2</sup>. Перші виражають спільні характеристики правових традицій, що зумовлюють єдність правових систем, охоплених такими традиціями; другі – місцеву специфіку, викликану розвитком джерел традиції або самої правової системи у межах конкретного соціуму; треті – творчий вклад певних індивідів або спільнот у зміст традицій. Другі та треті складові мають наслідком те, що прояви загальних правових традицій у праві різних країн є аналогічними, але не тотожними. Варто згадати, що традиція поділу права на приватне і публічне, властива сім'ї романо-германського права, у кожній країні має свої особливості у вигляді визначення тієї чи іншої галузі як приватної чи публічної. Традиція носити суддівську мантию, поширена у багатьох державах світу, має свою специфіку щодо кольору і дизайну мантиї тощо. Наявність же абсолютно однакових проявів традиції свідчить скоріше про добровільну чи примусову правову акультурацію, ніж про відтворення якоїсь традиції.

Кожна традиція має свою сферу поширення (дії) у правовій системі. У цьому випадку можна виокремити два виміри дії правової традиції:

<sup>1</sup> Новий Закон України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» не містить норми про мантию адвоката, але на стадії його розробки в окремих законопроектах вона зустрічалась.

<sup>2</sup> Бондырева, С. К. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества : учеб. пособие [текст] / С. К. Бондырева, Д. В. Колесов. – М. : Изд-во МПСИ ; Воронеж: Изд-во НПО «МОДЭК», 2004. – С. 24.

зовнішній і внутрішній. Зовнішній вимір дає можливість побачити, на які правові системи світу поширюється відповідна традиція. Наприклад, християнська правова традиція тією чи іншою мірою історично або генетично пронизує усі основні елементи правових систем християнських країн<sup>1</sup>. Внутрішній вимір показує сферу поширення традиції всередині правової системи, тобто на які елементи правової системи і (система права і система законодавства, правосвідомість юридично значуща поведінка тощо) і якою мірою розповсюджується правова традиція. Так, у правових системах романо-германської сім'ї традиція римського права в основному поширена у цивільній і дотичних до неї галузях права та відповідних сферах правореалізації, правозастосування, правотлумачення, публічне ж право і пов'язані з ним елементи правової системи розвиваються переважно у межах інших традицій.

## **2. Релігійна традиція у праві**

*Сутнісно-функціональні і змістовні риси релігійної традиції у праві. Момент виникнення релігійної правової традиції. Змістовні і формальні джерела традиції. Важливість дослідження практики діяльності церков та релігійних громад як джерела релігійної правової традиції. Сфера дії релігійної традиції у праві. Закономірності поширення релігійної традиції у правовій системі. Чинники поширення релігійної правової традиції та її експансивний характер. Внутрішня й зовнішня експансія релігійної традиції.*

Одну з потужних традицій у праві становить релігійна традиція. Відповідно до нашого визначення правової традиції релігійна традиція у праві відображає специфіку правової системи, зумовлену впливом певної релігії на неї. Іншими словами, релігійна правова традиція<sup>2</sup> дає можливість побачити, як і якою мірою релігія в усьому

<sup>1</sup> Вираз «християнські країни» є, звичайно, умовним, адже абсолютна більшість держав, що підпадають під цю категорію, позиціонують себе не як християнські, а як світські. Йдеться про ті країни, в яких християнство історично є домінуючою релігією, що суттєво вплинула на розвиток культури, етики, права, державного устрою відповідних суспільств.

<sup>2</sup> У літературі також можна зустріти вживання терміна «релігійно-правова» традиція. У доповіді використовується термін «релігійна правова традиція»

розмаїтті її проявів визначила історичний розвиток права того чи іншого суспільства.

Кожній релігійній традиції у праві властива низка рис, що можуть бути поділені на дві групи: сутнісно-функціональні (спільні для всіх релігійних правових традицій, тобто такі, що відображають природу цих традицій та їх роль у правовій системі), а також змістовні (властиві кожній конкретній традиції, тобто такі, що дозволяють відмежувати одну релігійну правову традицію – християнську, ісламську, іудейську, індуську тощо від іншої). Відповідно характеристика першої групи рис дає можливість розглянути релігійну правову традицію як категорію загальної теорії держави і права. До них ми відносимо: 1) момент виникнення релігійної традиції; 2) наявність специфічних джерел традиції; 3) сферу дії традиції; 4) чинники поширення традиції; 5) експансивний характер традиції та шляхи її експансії.

Момент виникнення релігійної правової традиції відображає перетворення релігійного впливу на право з потенційного у реальний. Кожна релігія, відштовхуючись від власного розуміння священного, формулює або прагне сформулювати достатньо повну картину світу, в якій би містились відповіді на всі основні питання життя віруючого<sup>1</sup> або, мовою Ю. Габермаса, певна життєва форма була структурована у цілому<sup>2</sup>. У багатьох релігіях (напевно не буде перебільшенням сказати – в усіх розвинених релігійних системах) ця картина світу включає також і право та державу як важливі складові суспільного життя.

Однак релігійне ставлення до державно-правової дійсності само по собі не утворює релігійну правову традицію. Розуміння останньої

лише з метою забезпечення внутрішньої термінологічної чіткості і узгодженості («релігійна правова традиція», «християнська правова традиція», «ісламська правова традиція» тощо).

<sup>1</sup> Т. Масарик, чеський філософ і державний діяч, писав, що релігія «захоплює людину, її думки, почуття та дії, усе її життя; вона заволодіває народами і цілими суспільствами... Немає нічого більш творчого, нічого більш загального від релігії (див.: Чапек, К. Бесіди з Томашем Масариком [текст] / К. Чапек ; пер. з чеськ. Лідія Кіцила ; післям. Михайла Нагорняка. – Л. : Астролябія, 2010. – С. 214).

<sup>2</sup> Хабермас, Ю. Между натурализмом и религией. Философские статьи [текст] / Ю. Хабермас ; пер. с нем. М. Б. Скуратова. – М.: Весь Мир, 2011. – С. 244.

як специфіки буття правової системи, зумовленої релігійним впливом, тягне за собою висновок про те, що ця традиція виникає, коли виникає цей вплив, тобто коли релігія починає визначати формування і функціонування права у соціумі. З урахуванням цього можна уявити ситуацію, коли в якійсь релігії на нормативному чи доктринальному рівні представлена правова «тематика», але правова традиція на ґрунті такої релігії не виникла через відсутність її (релігії) впливу на правову систему. Виникнення правової традиції може історично збігатися з виникненням правової традиції (наприклад, у мусульманстві, де формування ісламської релігії і держави на чолі з пророком Мухаммедом та його нащадками йшло паралельними шляхами, або в іудаїзмі, де, зокрема, Тора є переплетінням релігійних, моральних, правових і навіть технічних<sup>1</sup> приписів, що від самого початку мали характер «живого», тобто застосовуваного на практиці, комплексу нормативного регулювання<sup>2</sup>) або не співпадати (наприклад у християнстві, в якому говорити про виникнення правової традиції можна не раніше III–IV ст. н.е., коли християнська релігія набуває статусу дозволеної та згодом державної у Давньому Римі).

Кожна правова традиція має свої джерела, з яких вона виростає як чинник розвитку правової системи. У широкому розумінні джерелом релігійної правової традиції є та релігія, на ґрунті якої традиція

<sup>1</sup> У Старому Завіті зустрічаємо: «Шість років засівай землю твою і збирай врожай її, а на сьомий залишай її в спокої, щоб годувалися убогі з твого народу, а залишками після них годувалися звірі польові; так само чини з виноградником твоїм і маслиною твоєю» (Вих. 23:10-11). Аналіз цього припису дозволяє побачити тут ознаки чотирьох видів нормативності: релігійної, моральної, правової, а також технічної. Релігійний характер цієї норми виявляється в тому, що сьомий рік, коли земля має відпочивати, перекликається із сьомим днем творіння, в який Господь відпочивав; моральний – у соціальній спрямованості незасівання землі («щоб годувалися убогі»); правовий – у загальнообов'язковості цієї норми в умовах монорелігійної іудейської общини; технічний – у тому, що обов'язок не засівати землю, очевидно, мав і суто агрономічне пояснення (залишення ґрунту під паром мало на меті забезпечення врожайності у наступні роки).

<sup>2</sup> При цьому в іудаїзмі ми не бачимо прямого зв'язку між формуванням релігії і державності. Однак, виходячи з тексту Старого Завіту, вже у момент виникнення цієї релігії ми бачимо додержавний стан іудейської общини (вождівство, епоха суддів), який згодом змінюється царством.

виникає. У більш вузькому розумінні джерелами релігійної правової традиції є певні складові релігійної системи. У цьому аспекті ми виокремлюємо змістовні й формальні джерела традиції. До змістовних джерел належать релігійні норми, релігійна доктрина та в цілому уявлення християн про право і державу, а також релігійна практика (діяльність)<sup>1</sup>.

Релігійні норми, тобто правила поведінки прихильника певної релігії у його відносинах з іншими людьми та священним, є невід'ємною складовою кожної релігії. Йдеться про будь-які види нормативності, що охоплюють різні сфери суспільних відносин (передусім релігійні, а також етичні, політичні, економічні, естетичні відносини тощо). Досить часто у розвинених релігіях оформлюється своєрідний «правовий» блок норм, спрямованих на регулювання відносин передусім усередині релігійної громади. Такий блок норм має назву релігійне право<sup>2</sup>. Вираз «право» тут достатньо умовний; за сферою дії, предметом регулювання, структурою, характером відповідальності за їх порушення і санкцій ці норми сутнісно є релігійними або релігійно-корпоративними, однак у певних ситуаціях вони можуть ставати правом у власному сенсі, тобто сукупністю норм, що мають у суспільстві характер загальної обов'язковості<sup>3</sup>. Це має місце у випадку державного чи безпосередньо суспільного (коли державна організація соціуму є слабкою) санкціонування приписів релігійного права.

<sup>1</sup> У розумінні соціальної практики досить часто крім діяльнісного, виокремлюють ще й результативний аспект (а, наприклад, судову практику взагалі досить часто редукують до результатів практичної діяльності – судових рішень чи правових позицій, сформульованих у рішенні суду), однак для цілей нашого дослідження ми розглядаємо релігійну практику саме як здійснення певних дій чи утримання від них.

<sup>2</sup> Такі норми виокремлюються у багатьох традиційних релігіях. У розвинених авраамічних релігіях (християнство, іслам, іудаїзм), що приділяють значну увагу поведінці віруючих у цьому світі, зазначеним нормам (відповідно канонічному, мусульманському і іудейському праву) властивий високий рівень розробленості, доктринального осмислення і (хоча і в різних формах та обсязі) систематизованості.

<sup>3</sup> Див. детальніше про це: Вовк, Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення [текст] / Д. О. Вовк. – Х. : Право, 2009. – С. 122–131.

Із наведеного випливає суттєва особливість релігійних норм як джерела релігійної традиції у праві. Вони є і джерелом традиції, і одночасно її проявом, коли зазначені норми є складовою не лише релігійної, а й правової системи. У секуляризованих правових системах релігійні норми переважно виконують роль джерела відповідної релігійної правової традиції і впливають на розвиток права опосередковано (наприклад, біблійні приписи про заборону одностатевих зв'язків (Рим. 1:27) є одним з аргументів проти введення у законодавстві інституту одностатевого шлюбу чи партнерства). Іноді у таких правових системах релігійні норми можуть санкціонуватися державою, однак йдеться переважно про норми символічного характеру (наприклад, у вигляді встановлення вихідного у день релігійного свята, складання присяги на релігійному тексті тощо). У синкретичних правових системах, де право не відокремлене від релігії, релігійно-правові приписи є як джерелом, так і проявом відповідної релігійної традиції (наприклад, у Державі Ізраїль норми іудейського права є як чинником розвитку законодавства та прецедентного права, так і безпосередньо діючим правом в окремих сферах суспільних відносин, переважно пов'язаних з особистим статусом людини).

Під релігійною доктриною у даному випадку ми розуміємо систему релігійних поглядів на певні явища, засновану на уявленні про священне. Релігійна доктрина у сфері права, так само як і релігійні норми, може бути і проявом релігійної правової традиції, коли вона визнається джерелом права (наприклад, іджма у мусульманському праві). В умовах світської державності доктрина виступає одним із чинників правоутворення, виражаючи бачення розвитку правового регулювання в цілому або його окремих аспектів, що пропонується від імені певної соціальної групи – релігійної громади її інститутами або окремим релігійними діячами (богословами, теологами). Прикладом, Основи вчення Російської православної церкви про гідність, свободу і права людини втілюють доктринальне розуміння цієї категорії цих засадничих для європейського права категорій (цей документ має значення і для України, оскільки одна з православних церков нашої держави – Українська православна церква перебуває у канонічній єдності з РПЦ) і можуть розглядатися як російсько-православний підхід у цій сфері, що, як вже зазначалося, в умовах постсекулярного світу, має право на участь у правовому дискурсі (інша

справа, що пропонується у вказаному церковному акті й у цілому з боку даної церкви позиція значною мірою обмежує можливість діалогу між релігійним і світським сприйняттям феномену основоположних прав<sup>1</sup>).

Важливим джерелом релігійної правової традиції є релігійна практика, під якою у даному випадку слід розуміти діяльність релігійно вмотивованих осіб, релігійних громад та їх інститутів (церков, об'єднань тощо), що впливає на формування і функціонування права. Дослідження релігійної практики як джерела традиції є важливим із декількох причин.

По-перше, звернення до релігійної практики має особливе значення в умовах відносної слабкості чи неоформленості релігійної доктрини. Зокрема, питання права і держави, їх ролі в сучасному суспільстві осмислені православними богословами і філософами набагато менше ніж їх католицькими чи протестантськими колегами. У православ'ї важко назвати фігури рівня Ж. Мартена чи К. Барта, які приділяли б значну увагу правовій проблематиці. І для В. Соловйова (який у присвяченні до «Права і моральності» називає себе самотнім і погано озброєним волонтером у грізному стані юридичної науки<sup>2</sup>), і для І. Ільїна (навіть його «Теорія права і держави»<sup>3</sup>, цікава з філософського боку, у правовому плані є досить слабкою, а «Проект

<sup>1</sup> Йдеться не лише про недостатню обґрунтованість прав людини з позицій православно-правової культури, про що пише С. Максимов (див.: Максимов, С. І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибрані праці: статті, аналітичні огляди, переклади (2003–2010) [текст] / С. І. Максимов. – Х. : Право, 2010. – С. 130), чи суперечливість концепції основоположних прав у документах православних церков України і Росії, що відмічає П. Рабінович (див.: Рабінович, П. Основположні права людини: сучасні позиції православних церков Росії і України [текст] / П. Рабінович // Вісник Акад. прав. наук України. – 2010. – № 3. – С. 11), але й про певну вимушеність, зовнішність сприйняття ідей прав людини з боку українського, а ще більше російського православ'я, що підтверджується вельми неоднозначною практикою згаданих церков у цій сфері.

<sup>2</sup> Соловьев, В. С. Право и нравственность [текст] / В. С. Соловьев. – Минск : Харвест, М. : АСТ, 2001. – С. 3.

<sup>3</sup> Див.: Ильин, И. А. Теория права и государства [текст] / И. А. Ильин ; под ред. и с биогр. очерком В. А. Томсинова – Изд. 2-е, доп. – М. : Зерцало, 2008. – 550 с.

основного закону Росії»<sup>1</sup> є твором скоріше політичним, ніж правовим), і тим більше для С. Булгакова, М. Бердяєва, П. Флоренського<sup>2</sup>, інших філософів релігійної спрямованості правові питання ніколи не становили основний чи принаймні важливий предмет дослідження<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ильин, И. А. Основы государственного устройства. Проект Основного Закона России [текст] / И. А. Ильин. – М. : ТОО «Рарогъ», 1996. – С. 60–134.

<sup>2</sup> П. Флоренський, знаходячись вже у в'язниці НКВС, пише «Проект майбутнього державного устрою СРСР» (див.: Флоренский, П., священник. Предполагаемое государственное устройство в будущем : сб. архивных материалов и статей [текст] / П. Флоренский, священник; сост. игумен Андроник (Трубачев). – М. : Изд. дом «Городец», 2009. – С. 7–47). Цікавий з точки зору і можливої еволюції поглядів православної церкви на право і державу, і історичних обставин, і мотивації написання, цей твір є скоріше «православ'ям про юридичні питання», ніж власне православною юриспруденцією, вирішення у ньому конкретних правових питань є достатньо стислим і навіть спрощеним.

<sup>3</sup> П. де Лоб'є справедливо вказує, що соціальне вчення православних церков не набуло розвитку, який можна було б порівняти з вченням Католицької церкви (Лобье, П. де. Три града. Социальное учение христианства [текст] / П. де Лобье ; пер. с фр. Л. А. Торчинского. – СПб.: Алетейя, 2000. – С. 334). Причиною цього можливо є те, що західне християнство є взагалі, за виразом К. Армстронг, «більш балакучим» (див.: Армстронг, К. История Бога: 4000 лет исканий в иудаизме, христианстве и исламе [текст] / К. Армстронг ; пер. с англ. К. Семенова. – М. : Альпина нон-фикшн, 2008. – С. 131) і відповідно схильним до доктринізації і не у суто релігійних питаннях, натомість православне богослов'я є «безмовним», апофатичним, а значить і рівень доктринізації тут нижчий. Однак право виділяється і на фоні відносної нерозвиненості соціальної доктрини православ'я. Питання, приміром, політики чи моралі цікавлять тих же І. Ільїна або С. Булгакова набагато більше, ніж питання права, не говорячи вже про майже повну відсутність цих питань у І. Кронштадського або інших авторитетних богословів. Очевидно, така ситуація може бути пояснена етатизмом (чи навіть гіперетатизмом) православ'я (адже вироблення самостійного правового вчення церкви сприяло б послабленню позицій держави у цій сфері), викликаним історичною ситуацією, в якій розвиваються православні церкви, а особливо Руська (зараз – Російська) православна церква. Йдеться, передусім, про хрещення Київської Русі «зверху», коли церква від самого початку вимушена була шукати підтримки у держави для ствердження християнської віри, що об'єктивно сприяло гіперетатизму як основи доктрини і практики російського православ'я, і нездатності Руської православної церкви



Тому для осмислення зв'язків права і православ'я потрібно враховувати саме релігійну практику православних церков, в якій можна побачити їх ставлення до базових правових цінностей.

По-друге, без аналізу релігійної практики неможливо досягти об'єктивності в оцінці релігійного впливу на право, адже діяльність досить часто може бути опозиційною релігійним нормам чи доктрині і при цьому справляти не менший вплив на право, ніж нормативний чи доктринальний елементи. Г. Берман цілком слушно зазначає, що релігія є складовою і людської природи, і суспільних відносин<sup>1</sup>, тобто релігія – це не лише певний набір текстів, а й різноманітні практики освоєння навколишнього світу. Підкреслимо, що йдеться не про опозицію «добра норма чи доктрина – погана практика», якою зазвичай пояснюють хрестові походи, інквізицію, виправдання соціальної нерівності, заперечення важливих досягнень прогресу (наприклад, щеплення), що мали місце в історії християнських церков. Ситуація може бути і протилежною, адже відмова від певного жорстокого покарання, вказаного у Біблії чи Корані, навряд чи вкладається у згаданий хід думок.

Для богословських досліджень наведена опозиційність може, очевидно, не мати особливого значення, адже невідповідність певних дій церкви релігійним догматам жодним чином не є перешкодою для досягнення абсолютної істини, закладеної у релігійному тексті. Однак у світлі розуміння соціальної ролі певної релігії, зокрема її впливу на право, неврахування цього моменту становить суттєву проблему і ставить під сумнів об'єктивність та істинність результатів проведених таким чином наукових досліджень. Приміром, розмежуван-

опонувати державній владі. Ця нездатність не дозволила РПЦ стати тим, що Х. Ортега-і-Гассет називав відцентровою силою, потрібною для існування кожної держави (див.: Ортега-і-Гассет, Х. Дегумманизация искусства. Бесхребетная Испания [текст] / Х. Ортега-і-Гассет ; пер. с исп. С. Л. Воробьевой, А. Б. Матвеева. – М. : АСТ : АСТ МОСКВА, 2008. – С. 79–80), чинником мирної плюралізації російського суспільства, який би міг утримати державну владу від делегітимації і тотального і край жорстокого розпаду в 1917 р. (або, що вірогідніше, зробити цей розпад більш цивілізованим).

<sup>1</sup> Берман, Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии [текст] / Г. Дж. Берман ; пер. с англ. Д. Шабельникова и М. Тименчика. – М. : Ad Marginem, 1999. – С. 15.

ня західно- і східно-християнського ставлення до держави як носія певного правопорядку можна лише дуже спрощено пояснити посиленням на споглядално-спіритуалістичний світогляд православного християнина і орієнтованість на «виправдання від справ» християнина західних конфесій. Тут важливо також урахувати і особливості історичного розвитку, соціального середовища та відносин із державою, в умовах яких відбувалася розробка відповідних доктрин християнськими церквами і які врешті-решт значною мірою зумовили, що протестантизм і католицизм пішли шляхом виправдання держави як соціального інституту, але за умови її відповідності своєму призначенню, а православ'я рушило в напрямку моделі, що, як вказував В. Новік, зводилася до молитви за державну владу (Основи соціальної концепції Російської православної церкви прямо згадують про обов'язок віруючих не лише коритися владі, а й молитися за неї)<sup>1</sup>, благо історія християнства у Римській імперії, а згодом і у Візантії залишила чимало знакових прикладів для цього. Тут і імператор Константин, який, за однією з версій, залишався язичником майже до смерті і при цьому керував церковними соборами, і Юстиніан, який, будучи мирянином, був проголошений «зовнішнім єпископом церк-

<sup>1</sup> Вениамин, игумен (Новик). Православие. Христианство. Демократия : сб. статей [текст] / игумен Вениамин (Новик). – СПб : Алетея, 1999. – С. 344. Інша справа, і на цьому слід ще раз наголосити, що ступінь етатизму різних православних церков до держави є різним, що, між іншим, так само досить часто зумовлено їх історичним розвитком. Цілковита підтримка майже будь-яких державних дій і постатей із боку Російської православної церкви (достатньо згадати більш ніж позитивне ставлення сучасної РПЦ до такої постаті, як Петро I, який чимало зробив для руйнування православ'я на російських теренах, і навпаки наполягання на збереженні анафем для гетьмана Івана Мазепи, який доклав значних зусиль у зворотному напрямку, але мав конфлікт із Петром) меншою мірою властива іншим православним церквам і відповідним традиціям (зокрема, і константинопольському патріархату). Щоправда, і у ситуації РПЦ не все так однозначно. Етатизм цієї церкви на доктринальному рівні виражений менше ніж на рівні практики (у російському православ'ї завжди існували богослови, філософи, юристи від Максима Грека до М. Фіолетова, які з обережністю ставились до проблем державної влади та її ролі в житті християнина), а допетровська церква є більш незалежною, ніж церква у синодальний період.

ви» та мав титул ісапостола (тобто царя, рівного апостолам)<sup>1</sup>, і сама ідея симфонії держави і церкви, в якій держава в силу об'єктивних причин майже завжди переважає.

По-третє, врахування релігійної практики важливе ще й тому, що практика стає способом корегування релігійних догматів, що має значення і для розвитку релігійної традиції у праві. Як відомо, релігійним текстам властивий високий рівень стабільності й незмінності. Текст, створення якого є наслідком божественного одкровення або який є еманациєю божества, через це не може бути змінений чи відредагований, навіть якщо він є суперечливим чи таким, що явно не відповідає існуючим реаліям. Більше того, будь-які спроби суттєвого оновлення, модернізування релігійної традиції (у тому числі й правової) завжди наштовхуються на супротив консервативно налаштованої частини релігійних діячів і віруючих<sup>2</sup>. Звичайно, певні зміни у розумінні релігійних положень досягаються через їх інтерпретування (зокрема відмежування історичної частини релігійних текстів, які можуть втрачати своє значення, від «одвічних істин»), але можливості тлумачної діяльності теж не безмежні. Ми вже зверталися до проблеми заборони одностатевих зв'язків, що присутня в кожній авраамічній релігії. Є очевидним, що ця заборона, яка зберігається і в доктринах християнських церков, достатньо важко узгоджується з толерантністю як важливим етичним постулатом сучасного права. Однак сьогодні у багатьох американських церквах на вході можна побачити веселку (символ людей із нетрадиційною сексуальною орієнтацією), що можна розцінювати як крок на шляху до встанов-

<sup>1</sup> Історія Візантії. Вступ до візантистики [текст] / Л. В. Войтович та ін.; за ред. С. Б. Сорочана і Л. В. Войтовича. – Л.: Апріорі, 2011. – С. 96.

<sup>2</sup> Ця теза, присутня у кожній авраамічній релігії, досить чітко і лаконічно виражена у 19 розділі відомого християнського апокрифу «Книга Еноха»: «Горе тим, хто заперечує спадщину батьків, що існує вічно». Можна також пригадати книгу Второзаконня Старого Завіту, де Мойсеєм проголошується вимога не додавати нічого до Божих заповідей, і не вкорочувати від того (Втор., 4:2). У контексті матеріальної історії цей момент демонструють і війни часів Реформації, і розкол у російському православ'ї, і сучасний супротив мусульманських общин спробам відмовитись від надто жорстоких покарань за богохульство (у 2011 р. у Пакистані було вбито губернатора однієї з провінцій, який публічно закликав помилувати звинувачену у богохульстві і засуджену на смерть жінку-християнку).

лення толерантного ставлення до таких осіб, який відбувається саме на рівні релігійної практики.

І по-четверте, релігійна практика як джерело релігійної традиції важлива ще й тому, що іноді усталена релігійна діяльність може зберігатися навіть за умов відмови від її догматичної підстави. Зокрема, зараз жоден християнський богослов чи філософ, швидше за все, не візьметься обстоювати тезу про більшу гріховність жінки порівняно з чоловіком, хоча таке розуміння, що впливає з ролі жінки у гріхопадінні людини, раніше, особливо до Нового часу, було дуже поширеним. Одним із наслідків цього було те, що жінка не могла бути священиком, тобто не могла навчати віри (1 Тим., 2:12). Хоча зараз, як вже зазначалося, ця ідея (яка по суті є випадком заперечення природної рівності людей і через це має вихід і на право) не має догматичного підґрунтя, більше того, авторитетні богослови стверджують рівність чоловіка і жінки<sup>1</sup> або, принаймні, не наполягають на

<sup>1</sup> Німецький католицький богослов Р. Шнакенбург із посиланням на Священне Писання зокрема вказує, що «Ісус не робить жодного розрізнення між чоловіками і жінками – ані у зціленнях, ані в прощенні гріхів. У скликанні найближчих послідовників неможливо углядіти якоїсь переваги, відданої чоловікам. У тодішньому суспільстві годі було й думати про участь жіноцтва в активному сприянні Ісусовому Провіщенню – вони не допускалися до громадського життя, навіть до служб у синагогах. Але незважаючи на це, Ісус залучив їх до свого супроводу» (див.: Шнакенбург, Р. Етичне послання Нового Завіту [текст] / Р. Шнакенбург; пер. з нім. Н. Комарової. – К.: Дух і літера, 2005. – С. 167). Цікаво, що зміна ставлення до жінки, яку пропонує Христос (чи яке виводиться зараз із його вчення), теж відбувається через практику. Новий Завіт не містить його слів про рівність чоловічої і жіночої статі у священному чи соціальному аспектах, а у апостола Павла ми зустрічаємо цілком історичну тезу про те, що «не чоловік від дружини, але дружина від чоловіка; і не чоловік створений для дружини, але дружина для чоловіка» (1 Кор. 11:8-9). Аналогічно ідея про підпорядкованість жінки чоловікові впливає з обов'язку жінки покривати голову при молитві, що є знаком чоловічої «влади над нею» (1 Кор., 11:10). Щоправда, тут очевидно не має особливого ідеологічного підтексту. Як вказує православний богослов М. Куломзин, у даному випадку Павло лише слідує звичаям свого часу (див.: Куломзин, Н., прот. Послання апостола Павла: Лекції по Новому Завіту [текст] / Н. Куломзин, прот.; пер. с фр. К. А. Александровой. – М.: Изд-во ПСТГУ, 2009. – С. 42). Отже, єдиною підставою для подібних суджень є діяльність Христа, його вчинки.

зворотному, однак рукоположення у священний сан тільки чоловіків у християнстві збереглося (винятки становлять окремі протестантські церкви, де наділення жінки священним саном мало місце).

Поряд зі змістовними джерелами релігійної правової традиції потрібні також виокремлювати джерела формальні, які становлять способи оформлення змістовних джерел. Перелік цих джерел значною мірою залежить від специфіки кожної конкретної релігії і навряд чи може бути вичерпно визначений. Релігійні норми і релігійна доктрина формалізуються у священних текстах, актах релігійних громад, церков, інших релігійних об'єднань чи їх окремих органів, працях та життєписах авторитетних релігійних діячів (наприклад, хадіси – оповідання про життя пророка Мухаммеда утворюють Суну – одне з джерел мусульманського права). На ранніх етапах розвитку людства релігійні приписи чи настанови могли також закріплюватися і в усній формі (наприклад, Усна Тора в іудаїзмі, так звані «прикладні» (exempla), тобто невеличкі повчальні історії з релігійно-моральним змістом, у середньовічному християнстві<sup>1</sup>, які часто торкалися етико-правових питань). Релігійна практика виявляється у вигляді церковної нормотворчості, формулюванні фактичної позиції релігійної громади, церкви, об'єднання з певних питань поза межами нормотворчості, взаємодії з іншими суспільними інститутами (передусім, іншими конфесіями і державою) тощо.

Вирізнення формальних джерел важливе в науковому плані. Аналіз священних текстів дає можливість побачити метафізичний образ права, закладений у певній релігії. У свою чергу, з церковних і подібних актів, доктрини, усних джерел, практики можна вивести розвиток цього образу в реальних правових системах.

Поширення певної релігії у суспільстві, збільшення її значення як чинника соціального життя приводить до ситуації, коли джерела релігійної правової традиції починають формувати останню; традиція з потенційної перетворюється на дійсну, стає реальністю право-

<sup>1</sup> Див. про це: Гуревич, А. Я. Избранные труды. Культура средневековой Европы [текст] / А. Я. Гуревич. – СПб. : Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. – С. 302–341. Сам цей жанр, вказував, Ж. Ле Гофф, йде ще з античних часів, але у Середньовіччі exemplum набуває повчального і виховного характеру (див.: Ле Гофф, Ж. Середньовічна уява [текст] / Ж. Ле Гофф ; пер. з фр. Я. Кравця. – Л. : Літопис, 2007. – С. 102), а значить – і певного регулятивного значення.

вої системи. Релігійні норми, положення правової доктрини можуть санкціонуватися у вигляді норм позитивного права або ж становити один з вагомих факторів правовстановлення, впливаючи на законодавця при виборі того чи іншого варіанта правової регламентації суспільних відносин, а також на правосвідомість і юридично значущу поведінку суб'єктів права, які є віруючими або (особливо у світських державах) носіями релігійної етичної і правової традиції навіть без позиціонування своєї релігійності. Аналогічний вплив на право здійснює і практика діяльності релігійної громади, її інституційних утворень, окремих релігійних діячів. Крім того, у синкретичних чи частково секуляризованих правових системах самі ці релігійні інститути можуть набувати характеру правових установ (наприклад, церковні суди та органи управління в історії країн Європи рабинські суди у сучасному Ізраїлі) і ставати суб'єктами правовстановлення і правозастосування, включаючи правосуддя.

Питання сфери дії традиції у правовій системі, як вже зазначалося, має два виміри: зовнішній і внутрішній. Зовнішній вимір пов'язаний із відповіддю на питання, на які правові системи світу поширюється традиція, а внутрішній вимір відображає сферу поширення традиції всередині правової системи.

У зовнішньому вимірі релігійні правові традиції можуть бути присутні в одній або декількох правових системах. Це зумовлено і специфікою самої релігії (наприклад, іудаїзм як релігія єврейського народу а ргіогі пов'язаний лише з правовою системою Держави Ізраїль як втіленням єврейської державності<sup>1</sup>), і ступенем її поширення у світі (правові традиції світових релігій – християнства, ісламу, буддизму – присутні у праві різних держав, натомість народні вірування Китаю, поєднані з релігійно-філософською системою конфуціанства і маоїстською інтерпретацією марксизму, є джерелом правової традиції виключно цієї країни). Релігійні правові традиції, що охоплюють низку правових систем, є за своєю природою плюралістичними, тобто їм властиві як спільні риси, які дозволяють ідентифікувати відповідну традицію як таку (приміром, ісламська правова тради-

<sup>1</sup> При цьому, щоправда, іудейська правова традиція змогла зберегти себе протягом усього часу відсутності у єврейського народу своєї держави. Єврейське право у різних варіантах і обсягах залишалося правом іудейських общин, що мешкали на території різних держав.

ція включає негативне ставлення до місцевих звичаїв, так званих адатів), так й одиничні і особливі характеристики, які дозволяють побачити зв'язок певної релігії з конкретною правовою системою. Така плюралістичність релігійної традиції у праві може пояснюватися як внутрішньорелігійними чинниками (наприклад, конфесійний поділ у християнстві, діяльність певних релігійних громад чи окремих релігійних діячів), так і зовнішніми моментами (історією розвитку країни, рівнем секуляризованості права і держави, глибиною проникнення релігії у суспільну свідомість тощо). Як приклад зовнішньої детермінованості релігійної правової традиції можна згадати Туреччину, де в результаті історичних подій (передусім падіння Османської імперії і діяльності Кемалю Ататюрка) роль ісламської традиції у праві значно знизилась (особливо це стосується позитивного права, правозастосування, юридичної освіти, меншою мірою правосвідомості, юридично значущої поведінки), а мусульманське право фактично було витіснено із системи права, перетворившись із прояву традиції (тобто діючих норм, що має місце у більшості ісламських країн) лише в її джерело.

Внутрішній вимір сфери дії релігійної правової традиції є питанням більш складним. Універсальність релігії як світогляду, форми свідомості, способу освоєння дійсності, нормативного регулятора зумовлює, що потенційно релігійна традиція може охоплювати всі елементи правової системи (нормативні, інституційні, ідеологічні складові тощо). Однак у сучасному праві традиція не є, згадуючи відому метафору, «цукром, розчиненим у воді», вона не відчувається у кожному елементі правової системи однаково, ступінь її проникнення у законодавство і правосвідомість, систему права і правопорядок, юридичну освіту і правореалізацію може бути різним<sup>1</sup>. Причому логіка поширення релігійної традиції пояснюється не тільки і не стільки якимись суто релігійними закономірностями, скільки специфікою відносин, що становлять предмет правового регулювання. Сферу дії релігійної традиції у праві можна уявити у вигляді трьох концентричних кіл, які включають різні типи суспільних відносин.

Перше коло – релігійні відносини, що мають правове значення (сповідання релігії, стосунки між віруючими та їх об'єднаннями,

<sup>1</sup> Додамо, що і в історії майже відсутні приклади, коли правова традиція охоплювала всю правову систему.

державно-церковні відносини). Модель правового регулювання таких відносин завжди, свідомо чи не свідомо, будується на уявленні не про релігію як наукову абстракцію, а про історично домінуючу в суспільстві форму релігійності. У даному випадку йдеться не про закріплення чи не закріплення релігійних догматів у праві, а про принцип регулювання, що корелюється із суспільним уявленням про релігію, її місцем у житті соціуму. У цьому сенсі свобода віросповідання і державно-церковна автономія як основа правового регулювання релігійного життя в європейських країнах зростає тому числі (хоча, безумовно, і не лише) і на християнській правовій традиції, адже християнство містить необхідні ідеологічні елементи (передусім релігійність як акт волевиявлення людини і уявлення про церкву, що не отожднюється ані з суспільством, ані з державою), з яких випливає (точніше може впливати за певної інтерпретації) свобода віросповідання і ідея державно-церковної автономії. Натомість ісламська правова традиція, яка виходить з уявлення про державу як складову умми (ісламської общини, на чолі якої стоїть Аллах), меншою мірою схильна до сепарації держави і релігії, що відповідним чином впливає і на регламентацію релігійних відносин в ісламських країнах, і на сприйняття мусульманськими суспільствами змісту і обсягу свободи віросповідання.

Окремо у цій сфері відносин слід згадати про надання правового характеру релігійним обов'язкам і заборонам (йдеться про обов'язки і заборони неморального плану, наприклад, споживання їжі, виконання релігійних ритуалів тощо). У секуляризованих правових системах, як вже зазначалося, правове регулювання релігійних відносин майже не торкається цього питання, крім деяких випадків на кшталт святкування релігійних свят, добровільної релігійної освіти тощо. У синкретичних або частково секуляризованих правових системах поєднання правового і релігійного обов'язку чи заборони є достатньо поширеним. Приміром, у Державі Ізраїль святкування суботи (шабат) є обов'язком правового характеру, через що у цей день не працюють чи обмежено працюють заклади торгівлі, харчування, транспорт тощо, які є кошерними (допустимими) для правовірного іудея.

Друге коло – відносини, що мають етичний вимір, тобто відносини, в яких суб'єкт права, визначаючи свою поведінку, спирається не лише на юридичну норму, а й на моральні чи релігійно-моральні

уявлення. Релігія завжди пропонує своїм віруючим систему етичних принципів, достатньо просто пояснених і обґрунтованих. Ці принципи досить часто зберігають свою силу навіть в умовах атеїстичного світогляду і становлять один із чинників як правоутворення (зокрема і позитивізації норми права у законодавстві чи іншому джерелі права), так і правореалізації. Наприклад, релігійно-етичні погляди японського суспільства (зокрема, уявлення про карму, людину як колективну істоту, члена сім'ї, територіальної громади тощо) мають одним із наслідків на рівні законодавства обмежене застосування в японському праві інститутів звільнення від відбування кримінального покарання або умовно-дострокового звільнення, а на рівні юридично значущої поведінки – майже повну відсутність спроб втеч з в'язниць (людині, яка не пройшла шлях відбування покарання і не зняла ганьбу з себе і з колективу, членом якого вона є, просто нікуди йти, їй ніхто не надасть притулок).

Третє коло – відносини, що не мають релігійного чи етичного значення. Йдеться, наприклад, про відносини процедурно-правового характеру. Вище вже згадувався приклад з ідентифікаційним номером платника податків. Якщо зміст певного закону може бути оцінений із точки зору релігії або релігійної моралі (принаймні на рівні релігійних уявлень про справедливість), то процедура ухвалення закону, внесення до нього змін чи скасування навряд чи може бути об'єктом такої оцінки.

У елементах правової системи, що пов'язані з першими двома колами суспільних відносин, присутність релігійної правової традиції має системний характер, адже у даному випадку відбувається постійне перетинання релігійного і правового регуляторів. Інша справа, що у синкретичних соціумах і відповідних правових системах релігійна правова традиція домінує при встановленні юридичних норм та їх реалізації у суспільній практиці, а у секуляризованих правових системах релігія може лише запропонувати свій варіант правової регламентації, який не має ексклюзивного статусу і може бути відкинутий суспільством або державою. У елементах правової системи, які стосуються третього кола суспільних відносин, релігійна правова традиція присутня лише фрагментарно і навіть випадково. Так, прикладом, вже зазначалось, що канонічне право певною мірою вплинуло на розвиток юридичної техніки у країнах Європи. Французький

юрист Р. Кабріяк вказує, що кодифікації, проведені у канонічному праві (Декрет Граціана, Звід канонічного права тощо) стали «провісниками пробудження кодифікацій Нового часу»<sup>1</sup>, техніка інтерпретації юридичних текстів багато в чому завдячує схоластичному методу, розвинутому теологами Середньовіччя. Однак цей приклад не є закономірністю і стосується саме впливу християнства на право, увага інших релігійних традицій (особливо традицій неавраамічних релігій) до цих питань з огляду на деякі обставини (історичні умови, специфіка релігійних текстів, вестернізація права, у країнах, де поширені ці традиції, тощо) є меншою.

Сфера дії різних релігійних правових традицій є дуже варіативною. Вже зазначалося, що релігійна традиція в історії розвитку права ніколи не охоплювала правову систему повністю, завжди залишалось місце традиціям, заснованим на звичаях конкретного суспільства<sup>2</sup> (наприклад, вже згаданих адатах в мусульманському праві або давньоруських звичаях, що, вказує М. Козюбра, чинили настирливий опір християнському (візантійському) впливові<sup>3</sup>), правовій рецепції чи акультурації тощо. Однак існували та зараз існують правові системи, на які вплив релігії мав і має суттєвий і навіть вирішальний характер, а сфера дії релігійної правової традиції у яких є досить широкою (правові системи християнських країн епохи високого Середньовіччя, ісламських держав, Ватикану, Ізраїлю, Індії та ін.). Усе це повертає нас до питання щодо чинників поширення релігійної традиції у праві.

Масштаб дії конкретної релігійної правової традиції визначається, на нашу думку, трьома основними моментами: 1) увагою релігії,

<sup>1</sup> Кабріяк, Р. Кодификации [текст] / Р. Кабріяк ; пер. с фр. Л. В. Головки. – М. : Статут, 2007. – С. 45.

<sup>2</sup> Цей момент, між іншим, був однією з причин (поряд з особливостями тодішньої науки, методології пізнання, уявленнями про мету здобуття освіти тощо), чому у перших університетах Європи, що, перебували під значним впливом християнської релігії і католицької церкви, взагалі не викладалось місцеве право. Церква прагнула витіснити язичницький вплив на європейські суспільства, через що стародавні звичаї, які широко подані у середньовічних правдах, у процесі отримання юридичної освіти не вивчалися.

<sup>3</sup> Козюбра, М. Дихотомія букви і духу права: виникнення проблеми, її аспекти та напрями вирішення [текст] / М. Козюбра // Наукові записки НаУКМА. – 2008. – Т. 77: Юридичні науки. – С. 5.

яка є джерелом відповідної традиції, до відносин, які входять до сфери правового регулювання; 2) ступенем секуляризованості правової системи; 3) моделлю відносин між державою і релігійними інститутами.

Увага релігії до правових питань залежить від ставлення релігії до цього світу, місця людини у ньому, характеру діяльності людини задля досягнення трансцендентних цілей (наприклад, спасіння). Найбільш відомі й розвинені авраамічні релігії (християнство, іслам, іудаїзм) в аспекті згаданих цілей приділяють серйозну увагу поведінці віруючих в усіх сферах їх земного життя. Як наслідок релігійне регулювання часто перетинається з регулюванням правовим (у випадку секуляризованої правової системи) або накладається одне на одне (у випадку синкретичної або частково секуляризованої правової системи). І у першому, і у другому випадку це закономірно призводить до формування розвиненої релігійної правової традиції. Неавраамічні релігії (буддизм, народні вірування країн Південно-Східної Азії, певною мірою – індуїзм) не так зосереджені на цьому світі і лише в обмежених формах прагнуть встановлювати чіткі приписи поведінки своїх adeptів (для прикладу можна порівняти ісламське і індуське право, в якому перше виглядатиме набагато більш, так би мовити, «юридичним», детально розробленим та доктринально забезпеченим). Тому і правові традиції, що виникають на основі цих релігій, є не такими потужними, однак, при цьому і право в очах відповідних суспільств зазвичай є менш важливим і цінним явищем порівняно з іншими нормативними регуляторами (релігією, мораллю, корпоративними нормами, звичаями). Достатньо згадати, що в Японії, яка за кількістю населення майже в три рази перевищує Україну, кількість юристів, правничих шкіл, правових установ є набагато меншою ніж у нашій (а так само і будь-якій іншій схожій за розмірами і кількістю населення європейській) державі.

Вплив рівня секуляризованості правової системи на сферу поширення релігійної традиції у праві вже частково згадувався. Релігія за своєю природою завжди містить у собі претензію (у даному випадку ми не надаємо цьому слову негативного значення) на ексклюзивність. Правова система не є винятком. Поширюючись у праві, релігійна традиція з огляду на свою специфіку специфіки прагне акумулювати і переробити згідно з власним розумінням світу, суспільства, людини усі інші правові традиції (якщо вони, звичайно, перетинаються між

собою). У синкретичній правовій системі це виливається у максимально можливе поширення релігійної традиції, хоча, як зазначалося вище, ця традиція ніколи не охоплює правову систему повністю. У секуляризованій правовій системі це зробити важче, адже релігія там є тільки одним з варіантів бачення права та його розвитку, який існує поряд з іншими баченнями (а на ранніх етапах секуляризації релігійні підходи до права можуть взагалі відкидатися як такі, яскравий приклад – філософія права в Європі Нового часу). Відповідно за стану секуляризації права релігійна традиція має природну тенденцію до звуження.

Із проблемою секуляризації пов'язаний і третій із виділених нами чинників поширення релігійної правової традиції – модель відносин між державою і релігійними інститутами (у випадку християнства – державно-церковних відносин). Сучасні розвинені правові системи існують в умовах державно організованого суспільства, причому держава об'єктивно є найбільш впливовим учасником суспільних відносин. З урахуванням цього в ситуації, коли держава ігнорує релігійні об'єднання або навіть за допомогою різних методів витісняє їх із соціального середовища (наприклад, в умовах тоталітарного режиму, коли релігія сприймається як прямиий конкурент стверджуваної державою ідеології, як це було у Радянському Союзі чи нацистській Німеччині), роль релігійної традиції у праві знижується спочатку в позитивному праві, а згодом і у правосвідомості, юридично значущій поведінці тощо. У випадку коли стосунки між державою і релігійними об'єднаннями є помірковано сепараційними або коопераційними (і те й інше є проявом державно-церковної автономії) цей процес теж має місце, однак у менш масштабних і загрозливих для існування традиції формах. Нарешті модель відносин, коли держава й інститути панівної релігії взаємно проникають одне в одного (наприклад, клерикальна держава), зумовлює зміцнення релігійної традиції у праві та поступове розширення сфери її дії.

З питаннями сфери дії релігійної правової традиції пов'язана ще одна характерна риса цієї традиції – її експансивний характер. Експансивний характер традиції означає, вона не є статичним явищем, їй завжди властива тенденція до розширення, якщо таке розширення можливе в умовах конкретної правової системи.

У літературі звертається увага на те, що експансія є властивістю кожної традиції як такої<sup>1</sup>, однак, очевидно, передумови експансивності у конкретних традицій можуть відрізнятися. У випадку релігійної правової традиції зазначена риса впливає з природи самої релігії як джерела традиції. Вже вказувалося, що кожна форма релігійності прагне запропонувати своїм прихильникам завершену картину світу. Феномен віри, на якому ґрунтується будь-яка релігія, зумовлює, що цю картину світу можна або прийняти ( повірити), або не прийняти (не повірити)<sup>2</sup>. Відповідно релігійний світогляд має включати відповіді на всі важливі для віруючого запитання. Правова сфера не є винятком. Релігійний вплив прагне охопити всю правову систему, оскільки тільки тоді право можна повноцінно вбудувати у релігійну реальність (хоча, ще раз наголосимо, дане завдання ніколи повністю не реалізується, цей процес нагадує математичну функцію, яка безкінечно прагне до нуля, але ніколи його не досягає). Воно (право) в очах віруючих чи релігійної громади не може бути частково виправданним із точки зору релігії. Умовно кажучи, законодавство, яке, наприклад, дозволяє контроль за вагітністю (у тому числі її штучне переривання), але забороняє евтаназію не робить його для християнина наполовину відповідним християнській традиції (застосовуючи відому метафору, склянка для християнина у даному випадку завжди буде напівпорожньою). Інша справа, що і релігія у сучасному світі поступово відмовляється від явно невідповідних суспільній практиці вимог, сприяючи тим самим оновленню релігійної традиції, зокрема і у сфері права (наприклад, деякі протестантські церкви, а так само і окремі богослови визнають, що переривання вагітності з метою збереження життя матері чи у випадку якщо матір хворіє на ВІЛ є можливим)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Бондырева, С. К. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества. – С. 63

<sup>2</sup> Звичайно, це дещо спрощене уявлення, адже віра у певні релігійні догмати може мати різне обґрунтування. У християнстві це і «вірую, оскільки абсурдно» Тертуліана, і «розумію, щоб вірувати» П. Абеляра, і навіть вже у ХХ ст. «вірую у Тебе (йдеться про Бога), мій єдиний притулок» Г. Марселя. Однак момент віри і загального прийняття певної картини світу має існувати завжди.

<sup>3</sup> Зазначимо, що при цьому офіційна позиція історичних християнських церков та їх первосвящеників залишається незмінною. Наприклад, аборт проголоше-

Крім того, більшість історичних релігій усвідомлюють, що живуть у світі, що, принаймні певною мірою, рухається у напрямку секулярності (незалежно від того, чи має ця секулярність системний, як у християнських країнах, чи фрагментарний, як мусульманському світі, характер). Одним із проявів такого руху є наявність у державі світського, вільного від прямого релігійного впливу права, існування якого de facto визнається. Сьогодні навряд чи можливо, наприклад, почути в ісламській чи буддистській країні (крім радикальних випадків) вимогу про скасування якогось кодексу на тій підставі, що він створений за західним зразком і не відповідає традиції нормотворчості відповідної релігії.

Оскільки питання експансії традиції пов'язане з питанням сфери її дії, то ця риса також може розглядатися у внутрішньому (експансія усередині правової системи) і у зовнішньому аспектах (поширення традиції у різних правових системах).

Яким чином відбувається експансія релігійної традиції у правовій системі, тобто як виявляється внутрішній аспект експансії? Тут можливі різні шляхи, які залежать від рівня секуляризованості права. У синкретичних правових системах ця експансія може спиратися на державний примус, за допомогою якого здійснюється витіснення з писаного права, практики реалізації і застосування норм права, юридичної науки і освіти ідеологічно інших підходів до права і правового регулювання. У секуляризованих правових системах примусове поширення традиції виключається, тому широка експансія навряд чи є можливою. Це, однак, не виключає прагнення такої експансії з боку релігійної громади та її інституційних утворень, що виявляється у намаганні брати участь у правовому дискурсі та впливати на нього, розробці документів, які визначають ставлення релігії до права і правових явищ (наприклад, прав людини), артикулюванні власної позиції з актуальних питань правового регулювання і донесенні її до суб'єктів нормотворчості.

Додамо також, що експансивний характер релігійної правової традиції породжує питання про небезпеку такої експансії у суспіль-

но гріхом у Катехізисі Католицької церкви, Основах соціальної концепції Російської православної церкви. На підтвердження цієї тези висловлювався Римський папа Бенедикт XVI. У спільному посланні патріарха Російської православної церкви Кирила і голови єпископської конференції Польщі Юзефа Михалика 2012 р. окремо згадується про гріховність абортів і евтаназії.

ствах, які засновані на верховенстві права. Однією зі складових останнього є світськість держави як правової організації суспільства, що може страждати під впливом розширення релігійної традиції. Це не означає, що у таких суспільствах має заперечуватися і витіснитися з права релігійна традиція як така (що, думається, не є корисним чи навіть можливим для правової системи, так само як і навпаки поглинання релігією права), однак суспільство і держава мають захищати правове регулювання від надмірного впливу, передусім шляхом забезпечення державно-церковної автономії.

У зовнішньому аспекті експансія релігійної правової традиції полягає в її поширенні за межі правової системи, у якій вона сформувалася. Таке поширення може відбуватися або разом з її джерелом – самою релігією, або без неї. У випадку навернення певного суспільства, завоювання чи іншого підкорення однієї держави іншою, що тягне за собою перехід у релігію завойовників, позначається і на праві, в якому поступово (іноді за допомогою публічно-владного примусу) починає оформлюватися традиція відповідної релігії. Як приклад можна згадати правову систему Стародавньої Русі, у якій після хрещення почала формуватися християнська правова традиція.

Експансія релігійної правової традиції можлива і поза розповсюдженням самої релігії, коли традиція поширюється саме як правове явище. Це знову ж таки може мати примусовий характер (наприклад, запровадження елементів мусульманського права на християнських територіях Османської імперії у XVIII–XIX ст.) або добровільно шляхом рецепції певних елементів правової системи, що існують як прояв відповідної традиції. Щодо останнього достатньо згадати, що феномен конституції як безумовно правового Основного Закону держави, що виражає угоду між державою і суспільством, ідеологічно має у тому числі і християнське забарвлення. Г. Еллінек писав, що індепенденти-пуритани під впливом біблійного вчення про союз Бога з його народом (йдеться про Старий Завіт) і вчення Кальвіна про християнську общину, яке було перенесено на державу, дійшли поглядів, що держава, подібно християнській общині, заснована на суспільному договорі, який одностайно має бути ухвалений усіма членами (політичного) спілкування<sup>1</sup>, формальним виразом цього до-

<sup>1</sup> Еллінек, Г. *Общее учение о государстве* [текст] / Г. Еллінек; вступ. ст. И. Ю. Козлихина. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 490.

говору виступає конституція чи конституційні акти. До цього можна додати, що німецький правник наводить окремий випадок зв'язку християнства і конституціоналізму<sup>1</sup>. Тут, напевно, слід говорити про те, що релігійність як вільний вибір людини, що випливає з учення Христа, і на чому наполягали не лише філософи права Нового часу, а й отці церкви у ранньому Середньовіччі<sup>2</sup>, поєднана з ідеєю чіткого розмежування мирського і релігійного, автоматично унеможлиблює виконання Біблією ролі основного закону держави (як це було у старозавітній традиції<sup>3</sup>) і породжує питання про світський «аналог» Біблії, яким у європейських країнах і стає конституція (недарма Т. Пейн порівнює конституцію з політичною Біблією<sup>4</sup>). У такому ж вигляді ідея конституції була перенесена у правові системи багатьох держав, що не належать до християнського світу.

Однак цей же приклад демонструє, що експансія релігійної традиції, коли вона відбувається виключно у правовій площині, може мати суто формальний характер. Приміром, аналіз державно-правової практики ісламських держав (особливо тих, в яких зберігається суттєвий вплив мусульманського права) дозволяє побачити, що конституція там не виконує роль основного закону, вона є свого роду «даниною моді» чи навіть декларацією, яка не породжує і не обґрунтовує обов'язків держави щодо суспільства, а справжнім основним законом залишається Коран.

<sup>1</sup> Власне і доктрина пуритан цим не обмежувалась. Д. Літл вказує, що ідеологія пуритан включала такі ідеї конституціоналізму, як природна свобода, державно-церковна автономія, певна міра релігійної свободи (John Calvin's American Legacy / Ed. Thomas J. Davis. – Oxford: Oxford University Press, 2010. – Р. 47).

<sup>2</sup> Короткий, але досить змістовний огляд думок отців християнської церкви стосовно свободи совісті див: Вениамин (Новик), игумен. *Православие. Христианство. Демократия.* – С. 336-338.

<sup>3</sup> З цих причин у Державі Ізраїль формально і зараз немає конституції, оскільки її роль відіграє Тора.

<sup>4</sup> Пейн, Т. *Права людини* [текст] / Т. Пейн ; пер. з англ. І. Савчак. – Л.: Літопис, 2000. – С. 178.



### **3. Християнська правова традиція: змістова характеристика**

*Християнська правова традиція як різновид релігійної традиції у праві. Загальність християнської правової традиції. Єдність християнської правової традиції. Єдність не означає однаковість. Єдність християнської правової традиції і конфесійні суперечності усередині християнства. Існування християнської правової традиції в умовах секуляризованої державно-правової дійсності. Специфіка постсекулярної епохи християнської правової традиції. Постсекулярність і справа «Pussy riot». Особливості джерел християнської правової традиції.*

Однією з найбільш розвинених релігійних правових традицій у світі є християнська правова традиція. Виходячи з нашого розуміння правової традиції та релігійної традиції у праві християнська правова традиція становить специфіку існування правової системи чи її елементів, зумовлену християнською релігією в її історичному розвитку. Іншими словами християнська правова традиція – це категорія, яка виражає вплив християнства на право, що відчувається як у країнах, які перебувають у межах європейської цивілізації, так і в окремих випадках поза її межами. Як і кожна традиція у праві, християнська правова традиція виражає не минуле права чи пам'ять про минуле, а його сьогодні, що розуміється у своїй історії, виражає зв'язки між правом і християнством як по лінії «сьогодення-минуле», так і по лінії «сучасне-минуле-сучасне» та може мати винайдений характер (наведений раніше приклад з відмовою від ідентифікаційного номера).

Вище вже зазначалося, що кожна релігійна традиція у праві має низку сутнісно-функціональних і змістовних рис. Останні дозволяють охарактеризувати кожну конкретну релігійну правову традицію та відмежувати одну традицію від іншої. Християнська правова традиція має всі сутнісно-функціональні риси, властиві релігійній традиції як такій (момент виникнення, джерела, сфера дії, чинники поширення і експансивний характер). У свою чергу серед змістовних рис християнської правової традиції ми виокремлюємо:

1) загальність; 2) єдність; 3) існування в умовах секуляризованої державно-правової дійсності; 4) особливості джерел християнської правової традиції.

Перш за все християнська правова традиція є загальною. На відміну від локальних правових традицій вона присутня у правових системах багатьох країн. Ядром християнської правової традиції є правові системи держав Європи, від яких ця традиція через різні історичні, політичні, географічні та інших чинники поширилась на інші країни. Ці правові системи мають низку властивостей, формування яких тією чи іншою мірою пов'язане з християнською релігією. Йдеться, у тому числі, про важливість права як соціального регулятора, зокрема і світського права, секуляризованість права і держави, визнання цінності прав людини (звичайно у східному християнстві вона виражена меншою мірою, проте християнська ідея цінності людини, її богоподібності та свободи волі теж так чи інакше веде до постановки питання про права як невід'ємну властивість людської природи), домінування спеціально-юридичних функцій права над загальносоціальними, чітке розмежування держави і суспільства, а також наявність у суспільстві утворень, що можуть опонувати державі у вигляді інститутів громадянського суспільства та ін.<sup>1</sup> У цьому аспекті християнська правова традиція виступає як один із чинників, що об'єднує правові системи країн Заходу. Цей момент правової спільності існував навіть у феодальну епоху, коли Європа була поділена на велику кількість відносно замкнутих невеличких держав – князівств. Ф. Бродель вказував, що у той час моральні, релігійні, культурні цінності, правила ведення війни, життєвий уклад, обряди були в Європі всюди схожими<sup>2</sup>. Зважаючи на синкретичність тогочасного світу, проникнення релігії в усі сфери людського життя, мислення, творчість, є очевидним, що ідеологічною основною причиною цієї схожості (справедливої і для

<sup>1</sup> Детальніше про це див.: Вовк, Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення. – С. 164-174.

<sup>2</sup> Бродель, Ф. Грамматика цивілізацій. – С. 311.

феодалного права) була, у першу чергу, християнська релігія<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Німецький юрист К. Гумбольдт у цьому контексті писав, що коли християнська віра навчила людство шанувати всемогутнього Бога, а не безліч окремих національних богів, вона зруйнувала одну з найбільш небезпечних перешкод, що відокремлювали різні людські племена людського роду одне від одного (див.: Гумбольдт, К. В. Ф. Опыт установления пределов государственной деятельности [текст] / К. В. Ф. Гумбольдт ; пер. с нем. ; изд. В. Ф. Лунгина. – СПб. : Типо-Литограф. «Евг. Тиле преем.», 1908. – С. 55). З цим можна погодитись з урахуванням декількох моментів. По-перше, цей вислів справедливий стосовно християнського світу. Дійсно, поступове навернення у християнство народів Європи мало неабияке значення для формування європейської ідентичності й єдності. Однак, у контексті міжцивілізаційного діалогу роль християнства була принаймні неоднозначною, що випливає з природи самої релігії, яка орієнтована на регулювання відносин «свій-свій» і завжди містить момент протиставлення у відносинах «свій-чужий». Доки «чужий» не перетвориться на свого (наприклад, через місіонерську діяльність), релігія буде скоріше чинником настороженого і навіть ворожого ставлення до останнього, ніж прагненням налагодити з ним стосунки. Невипадково за часів Середньовіччя найбільші протистояння між Заходом і Сходом (хрестові походи, поступове поглинання мусульманами територій Візантії тощо) мали релігійне забарвлення. По-друге, якщо говорити про єдність саме європейських країн, тут так само має місце суперечливість християнської традиції, і доктринальна, і по лінії «доктрина-практика», адже з'єднання людства (читай – усіх християн) у Христі поєднувалося на рівні доктрини і з тезою про непоширення цієї єдності на тих, хто сповідує іншу версію християнства, і з жорсткими (іноді навіть більш жорстокими ніж війни з язичниками) міжконфесійними суперечками (війна католицького Лівонського ордена з православною Руссю, дипломатичне і військове протистояння візантійських царів і хрестоносців, що призвело до освяченого католицькою церквою захоплення Константинополя та ін.). Л. Гумільов пише, що Західна Європа у цей час, попри політичну роздробленість, сприймала себе як єдність, називаючи себе Християнським світом, куди, однак, не включались Візантія і Русь, які були схизматиками, розкольникми (див.: Гумилев, Л. Н. Поиски вымышленного царства (Легенда о «государстве пресвитера Иоанна») [текст] / Л. Н. Гумилев. – М. : Айрис-пресс, 2008. – С. 112). Цей момент, до речі, як вказує М. Гібернау, довго лишатиметься вирішальним чинником у утвердженні поділу Західної і Східної Європи (див.: Гібернау, М. Ідентичність націй [текст] / М. Гібернау ; пер. з англ. П. Тарашук. – К. : Темпора, 2012. – С. 133), хоча, як вже зазначалося у контексті поліконфесійності християнства, цей поділ є відносним, і у порівнянні з іншими цивілізаціями помітний набагато менше. На користь такої думки можна зокрема пригадати, що вка-

Наступною рисою християнської правої традиції є її єдність, яка виражається в тому, що вплив християнства на будь-яку правову систему або її складові має схожі прояви, незалежно від специфіки кожної правової системи або особливостей певної християнської конфесії. Єдність такої традиції забезпечується загальною єдністю християнського віровчення у правовій і політичній сфері, яке, з деякими відмінностями, відтворює кожна гілка християнства, єдиним образом права, який виводиться з тексту Священного Писання і дотичних джерел.

У свою чергу, наприклад, в ісламських країнах становлення системи позитивного права досить часто відбувалося у конфлікті з нормами шаріату і призводило до своєрідної «подвійності» системи законодавства, яка вміщує релігійно-правові і світсько-правові (часто реципіювані) елементи. Прикладом цього може служити паралельне існування у багатьох країнах ісламських і «європейських» банків із відмінним правовим регулюванням їх діяльності.

Зазначені ідеї, розвинуті у богословських і філософських творах, рішеннях Вселенських соборів, навіть народному християнстві тощо, стали фундаментом формування християнської правої традиції. При цьому, звичайно, ми не маємо на меті заперечити реальні догматичні, обрядові та інші відмінності, що мають місце між різними християнськими конфесіями і стали причиною розколу західної і східної церков, реформації та появи нових християнських течій. Проте основні суперечності, що зумовлюють поліконфесійність християнства, перебувають переважно у сфері богослов'я, а ще більше – міжконфесійних стосунків, геополітики (пригадаємо лише боротьбу між Римом і Константинополем за статус першої за значенням християнської церкви, а пізніше прагнення римських пап звільнитися від впливу Візантійської імперії<sup>1</sup>), загальних культурних відмінностей, а не у суто правовій сфері.

зана суперечність доктрини, а також доктрини і практики містила у собі і протиріччя другого порядку. Теза про західно- і східно-християнське протистояння, як зазначав католицький богослов І. Когнар, доповнювалося і актами християнського братерства, взаємної допомоги, симпатії і терпимості (див.: Когнар, І. Дев'ять століть спустя. Заметки о Восточной схизме [текст] / И. Когнар ; пер. с фр. В. Каденко. – К.: Дух і літера, 2011. – С. 38).

<sup>1</sup> Мак-Ніл, В. Піднесення Заходу. Історія людської спільноти [текст] / В. Мак-Ніл ; пер. з англ. А. Галушки. – 2-ге вид., випр. – К. : Ніка-Центр, 2011. – С. 532-533.

Слід враховувати, що єдність християнської правової традиції не означає її однаковості в усіх правових системах. Будучи складовою правової дійсності певного суспільства, ця традиція має свою специфіку в кожному конкретному випадку свого існування, що визначається і вже згаданими відмінностями у політико-правових концепціях основних християнських конфесій, і своєрідністю історичних умов, у яких відбувається становлення тієї чи іншої гілки християнства. Крім того, певні відмінності можуть спостерігатися і в межах правової традиції однієї конфесії. Особливо це помітно у православ'ї, чії церкви характеризуються високим ступенем автономності. Та сама ідея прав людини сприйнята грецьким православ'ям набагато більше, ніж православ'ям російським. Так, для Вселенського Патріарха Варфоломія права людини, і свобода совісті зокрема є позитивним явищем, хоча він у православному дусі і згадує про їх відносність, підпорядкованість релігійним цілям життя християнина<sup>1</sup>. У той же час в Основах учення Російської православної церкви про гідність, свободу і права людини, а ще більше у працях і виступах ієрархів РПЦ викладається набагато більш консервативне ставлення до категорії прав і свобод. Зокрема, констатується їх підпорядкованість духовним (очевидно – православним, на думку авторів документа) цінностям, інтересам держави, общини і родини, а також їх відносність (навіть у найбільш значущих правах, таких як свобода віросповідання), залежність від культурних та інших особливостей різних народів. Відмітимо, що в російському православному середовищі (йдеться про богословський і філософський дискурс) існують й інші, більш прихильні до ідеї прав людини погляди<sup>2</sup>, але вони не є визначальними.

При цьому, конфесійні суперечності, що існують усередині християнської правової традиції, не слід перебільшувати.

По-перше, як зазначалося, християнська правова традиція в усіх своїх проявах спирається на єдину основу – Біблію (та образ права, що з неї випливає) і тим самим попри всі проблеми її інтерпретації залишається в межах світоглядних засад, актуальних для всіх основних християнських гілок. Наприклад, у правовій сфері може йтися про

<sup>1</sup> Варфоломей, патріарх. Приобщение к таинству: Православие в третьем тысячелетии [текст] / Варфоломей, патріарх. – М. : Эксмо, 2008. – С. 220, 238, 246

<sup>2</sup> Див.: Вениамин (Новик), игумен. Православие. Христианство. Демократия. – С. 363.

констатацію, як мінімум, корисності права як соціального феномену, ідеї людини як особи, що наділена певними правами, ідеї відокремленості (принаймні часткової) права від релігії (Христос не заперечує римського права, а римський проконсул Галіон, який відмовляється судити апостола Павла, зображується позитивно<sup>1</sup> та ін.), ідеї ненависті до гріха і милості до грішника, ідеї розумності здійснення влади Бога і встановленого ним правопорядку (знову ж таки в різних розуміннях). Потрібно також урахувувати, що в умовах відкритості правової системи в її межах можуть знаходитись елементи християнської правової традиції, що генетично чи історично належать до традицій різних гілок християнства. Це стосується і вітчизняної правової системи, яка у різні часи запозичувала правові форми, ідеї, цінності, сформовані під впливом західного християнства (наприклад, згадана вище ідея конституції, яка історично прийшла до України із західно-християнських країн).

По-друге, розглядувані відмінності більшою мірою помітні при порівнянні традицій протестантства, католицизму і православ'я між собою. При зіставленні ж їх з ісламською чи іудейською правовою традицією або правовими традиціями неавраамічних релігій легко помітити, що спільного у різних християнських традиціях у праві набагато більше ніж відмінного. Це яскраво ілюструє наведений вище приклад з основоположними правами. Говорячи про більш скептичне ставлення до прав людини у православ'ї, ми, однак, не можемо не визнати, що у сприйнятті й визнанні цієї категорії між західно- і східно-християнськими традиціями значно менше відмінностей (і самі відмінності менш принципові), ніж між цими традиціями і правовою традицією індуїзму чи конфуціанства, для яких ідея прав людини взагалі є достатньо сумнівною. Аналогічний момент спостерігається і у державно-церковних відносинах. І папоцезаризм як класична католицька модель, і «симфонія влад» у православ'ї, і лютерівська концепція двох мечів, і англіканська модель, в якій англійський монарх є одночасно головою церкви, так чи інакше стверджують, що держава і церква є окремими суб'єктами і не розчиняються одне в одному. Російський юрист XIX ст. П. Дмитрієв писав: «Яку б організацію не мала церква, чи боролася вона зі світською владою чи ні, вона все ж таки залишається суспільним союзом, навіть якщо цей союз

<sup>1</sup> Див.: Діян., 18:12-13.

об'єднує цілу народність чи низку народів»<sup>1</sup>. У секуляризованому варіанті в кожній християнській країні такий підхід трансформується в уявлення про розмежування понять держави і суспільства і у протиставлення держави і громадянського суспільства, що практично відсутнє у нехристиянському світі (наприклад, в ісламський уммі відокремленість релігійної громади від держави – основа ідеї громадянського суспільства – є нонсенсом). У православних державах цей момент виражений меншою мірою у силу специфіки «симфонії», яка наближає (а найчастіше – також і підпорядковує) церкву до держави, що значно послаблює опозиційний потенціал першої щодо другої<sup>2</sup>.

По-третє, досить часто природа відмінностей у певних правових системах, що зазвичай пов'язуються з особливостями якоїсь християнської конфесії та впливом останньої на право, насправді перебуває в іншій площині або принаймні не пояснюється суто християнським чинником. Зокрема, думка про безпосередній зв'язок православної доктрини і практики та правового нігілізму видається певним перебільшенням. Акцент на містичну складову християнського віровчення, його споглядальний характер, заглибленість у внутрішній світ людини, безумовно, закладають підвалини для розвитку нігілістичного ставлення до права – найбільш раціонального і формального нормативного регулятора, орієнтованого на зовнішню поведінку

<sup>1</sup> Дмитриев, Ф. М. Сочинения : В 2 т. – Т. 2 : Статьи и исследования [текст] / Ф. М. Дмитриев. – М.: Товарищество тип. А. И. Мамонтова, 1900. – С. 543.

<sup>2</sup> На пострадянських теренах це помітно на прикладі проблем розвитку громадянського суспільства. М. Ховард серед причин слабкості останнього називає велику недовіру людей до добровільних організацій, що є наслідком їх попереднього ставлення до організацій комуністичного типу (див.: Ховард, М. Слабость гражданского общества в посткоммунистической Европе [текст] / М. Ховард ; пер. с англ. И. Е. Кокарева. – М.: Аспект Пресс, 2009. – С. 158). Однак, думається, справа не лише в тому, що КПРС чи ВЛКСМ добровільними і незалежними були лише «на папері», а насправді мали характер ще одного інструменту державного впливу і контролю. Слід згадати, що на більш глибокому рівні суспільна пам'ять пострадянських суспільств, які одночасно здебільшого є і постімперськими (тут у сенсі Російської імперії), зберігає згадку про аналогічний стан Руської православної церкви, яка також надто часто була пасивною щодо захисту своїх віруючих перед державою або взагалі діяла з боку владних інститутів і у масовій свідомості (передусім у синодальний період) сприймалася як своєрідне «духовне міністерство», елемент державного апарату.

особи. Однак, приміром, російський правовий нігілізм є не стільки продуктом діяльності Руської православної церкви, скільки наслідком колективізму й общинності російської свідомості, споконвічного протиставлення індивіда і держави, що дивно поєднується з патерналістськими очікуваннями стосовно останньої, та низької з різних причин правової культури. Негативістська ж позиція щодо права з боку російського православного богослов'я і філософії (знову ж таки йдеться про панівні підходи, а не про цілковитий консенсус богословсько-філософської думки) тут є скоріше наслідком ніж причиною, зумовленим необхідністю обґрунтувати вже існуючу реальність. Подібна ситуація, очевидно, є проявом найбільшої розбіжності в зовнішньо подібних ідеях «симфонії влад» в їх візантійському і російському варіанті. Якщо візантійський монарх, принаймні доктринально, був священним через те, що піклувався про богоугодні справи і мав завдання боронити віру, то російський князь, цар чи імператор був сакральною особою внаслідок свого статусу володаря. Повністю залежна від держави Руська православна церква не стверджувала якусь нову концепцію влади, а просто фіксувала наявний у суспільстві стан речей, досить далекий від православного ідеалу<sup>1</sup>.

Наступною особливістю християнської правової традиції є те, що вона існує в умовах секуляризованості державно-правової дійсності. Сьогоднішні право і держава країн європейської цивілізації є відокремленими від християнської релігії. Секуляризація права і держави є частиною широкого процесу загальної секуляризації суспільного буття Західного світу. В. Зеньковський, зі зрозумілим для християнського філософа сумом, так описує цю ситуацію: «Уся нова історія Заходу пройшла і донині йде під знаком принципового дуалізму – християнства і життя, християнства і культури, християнства і творчості»<sup>2</sup>. Починаючи з Нового часу, християнство поступово

<sup>1</sup> Д. Казанцев пов'язує це з монгольським впливом на політичну практику руських князівств (див.: Казанцев, Д. А. Статус монарха на Руси и в Византии: общее и особенное в практике и доктрине [текст] / Д. А. Казанцев // Труды ИГП РАН. – 2009. – № 2. – С. 28). Однак, думається, такий підхід є дещо спрощеним. Справа не лише у татарсько-монгольській навалі та її наслідках, а й в історичній ситуації утвердження православ'я на Русі, про що вже згадувалося.

<sup>2</sup> Зеньковский, В. В. Христианская философия [текст] / В. В. Зеньковский. – М.: Ин-т рус. цивилизации, 2010. – С. 19.

перестає відігравати домінуючу роль у процесі легітимації зазначених інститутів у суспільстві, визначенні цілей існування останніх і в розробці парадигм їх осмислення.

Секуляризаційна ситуація призводить до принаймні часткового «розриву» християнської правової традиції і самої християнської релігії як джерела її формування, про що вже згадувалося при характеристиці релігійної правової традиції як такої. Цей розрив не має наслідком зникнення християнської правової традиції. У цьому сенсі формула Ж. де Местра про те, що сила, з якою релігія впливає на людину, завжди пропорційна повазі, що надається її служителям<sup>1</sup>, тобто зниження релігійності має аналогічно витіснити релігію із суспільного життя, є спірною. Секуляризація дійсно призвела до того, що держава практично не санкціонує релігійних та релігійно-правових норм (винятками з цього правила, як вже зазначалося, можуть бути різного роду символічні норми, такі як окремі релігійні свята, порядок складення присяги, що може включати релігійні формули або саме складання може відбуватися на Біблії, тощо), церква не є суб'єктом нормотворчості або правозастосування (окремі винятки, як, наприклад, церковні суди у Греції, не мають системного характеру і лише підтверджують загальне правило), а релігійні доводи у правових процедурах не розглядаються як переконливі. У той же час мав рацію Ф. Бродель, який зазначає, що сьгоднішній європець, у масі своїй атеїст, все ще залишається прихильним християнської етики, фундамент його поведінки закладений у християнській традиції<sup>2</sup>. Ця думка є справедливою і для суб'єктів права, які так само продовжують бути носіями християнської правової традиції і відтворювати етико-правові цінності, що мають християнське коріння, незалежно від ступеня своєї релігійності і тим більше не під впливом релігійних санкцій, роль яких, указує соціолог релігії Б. Вілсон, у контролі за поведінкою у світських суспільствах зведена нанівець<sup>3</sup>. Це відчувається і на рівні правової науки (методи пізнання, підходи

<sup>1</sup> Местр, Ж. де. Четыре неизданные главы о России. Письма русскому дворянину об испанской инквизиции [текст] / Ж. де Местр ; пер. с фр. А. П. Шурбелева. – СПб. : Владимир Даль, 2007. – С. 35.

<sup>2</sup> Бродель, Ф. Грамматика цивилизаций. – С. 328.

<sup>3</sup> Вілсон, Б. Соціологія релігії [текст] / Б. Вілсон ; пер. з англ. М. Хорольської. – Х. : Акта, 2002. – С. 82–83.

до праворозуміння), і на рівні правовстановлення (найпростішими є приклади правового регулювання абортів, шлюбних відносин, евтаназії, соціальних прав людини, кримінальних покарань, релігійних відносин тощо), і на рівні побутової правосвідомості.

При цьому секуляризація як процес відмежування права і держави від християнської релігії не є лінійним, а тим більше однорідним процесом. Сьгоднішній стан західного права у його зв'язках із християнською релігією може бути названим постсекулярним. Не заглиблюючись у це питання, зазначимо, що сьгоднішній програмна конфліктність християнства і світських держави і права, яка була ознакою Нового часу (особливо XIX ст.), поступово знімається через *de jure* і *de facto* встановлену автономність публічної влади і правової системи від релігії і церкви.

Певну роль тут, очевидно, відіграє і релятивізація сучасної державно-правової дійсності у країнах Європи, яка є природним наслідком згаданої автономності. З огляду на це держава і право повертаються до діалогу з християнською релігією, але вже не як складові релігійної (християнської) світобудови, підпорядковані релігійним цілям буття, а як окремі соціальні інститути, для яких визнання ідеологічного (а ширше – духовного) значення християнства у власному розвитку виступає лише одним із чинників легітимації у соціумі поряд з іншими подібними чинниками (античними ідеалами демократії, філософією природного права Нового часу, ідеєю прав людини тощо). Це повернення є не лише виправданим, а й і логічним, адже історія XX ст. яскраво демонструє, як витіснення релігії з різних сфер суспільного життя (моралі, права, політики, економіки тощо), що була своєрідним «мейнстрімом» Нового часу, у підсумку призводила не до їх (цих сфер) арелігійності, а до виникнення релігійних еквівалентів – заміників традиційної релігії з аналогічними функціями. Спектр останніх вельми широкий – від тоталітарних ідеологій (нацизм, комунізм) до універсальних прав людини, які О. Гьйоффе влучно називає «громадянською релігією модерну»<sup>1</sup>, або народовладдя, на думку, О. Лукашевої, міфа чи навіть релігійного догмату XXI ст.<sup>2</sup> (хоча явний антизахідний скепсис російської вченої у даному випадку виглядає достатньо спірним і

<sup>1</sup> Філософія прав людини. – С. 32.

<sup>2</sup> Лукашева, Е. А. Право и мировые религии в формировании цивилизаций [текст] / Е. А. Лукашева // Труды ИГПАН. – 2009. – № 3. – С. 65.

скоріше ідеологічно, ніж науково мотивованим). Ці еквіваленти мають релігійний характер, навіть у випадку декларування власної атеїстичності. Наприклад, захопленість і пристрасть, з якою сучасний філософ М. Онофре критикує авраамічні релігії і обстоює свій проект постхристиянської атеїстичної світськості, не залишає сумнівів у справді релігійному характері цієї світськості<sup>1</sup>.

У свою чергу християнство епохи постсекулярності на рівні суспільних доктрин різних церков визнає самостійну, нерелігійну цінність світського права і прав людини та відмовляється від претензій на монополію у визначенні правових смислів, що у XX ст. «реабілітує» релігійне праворозуміння і повертає його до загального дискурсу про природу права і правове регулювання, у тому числі й релігійних відносин<sup>2</sup>. Гегелівська думка про те, що якщо церква виявляє мудрість і видимість поступливості, то люди відчують не послідовність<sup>3</sup>, все ж таки історично себе не виправдовує. Адже саме поступливість християнських церков, і у світській сфері і у міжконфесійному діалозі (більшою мірою йдеться про католицизм і протестантизм)<sup>4</sup>, бажання

<sup>1</sup> Онофре, М. Трактат атеології [текст] / М. Онофре ; пер. з фр. А. Репи. – К. : Ніка-Центр, 2010. – С. 186–187.

<sup>2</sup> Це, крім іншого, має інструментально-демократичне значення. Як зазначається в одному з документів Ради Європи, основний принцип демократії полягає в тому, що ті, кого стосуються рішення, мусять самі долучатися до процесу їх ухвалення (див.: Жити разом: поєднання різноманіття і свободи в Європі XXI століття: Доповідь видатних осіб Ради Європи [текст] / пер. з англ. Г. Лелів, М. Комарницький, Г. Сташків. – Л. : Літопис, 2011. – С. 45). Відповідно віруючі, яких прямо стосуються питання здійснення релігійних прав, державно-церковних відносин і т.ін., в умовах демократичної державності мають брати участь в обговоренні цих питань і не можуть виключатися з такого обговорення з мотивів нерациональності чи незрозумілості доводів, якими вони оперують. За умови, звичайно, що вони (віруючі) самі готові прийняти цінності правової демократичної держави, зокрема, і релігійну та ідеологічну толерантність.

<sup>3</sup> Гегель, Г. Філософія релігії [текст] / Г. Гегель ; отв. ред. А. В. Гулыга; пер. с нем. М. И. Левиной. – В 2-х т. – Т. 1. – М.: Мысль, 1976. – С. 491.

<sup>4</sup> Православним церквам цей процес властивий меншою мірою. Наприклад, серед православних священників і богословів і зараз часто лунають тези про конфесійну нетерпимість, «війну з латинянами, яка наближається» (див.: Георгий (Капсанис), архимандрит. Бог стал человеком, чтоб человек стал богом [текст] /

приспосуватися до світу шляхом скасування застарілих догматів чи відмови від попередніх позицій (скасування анафем багатьом вільнодумцям попередніх століть, вибачення за діяння інквізиції у католицтві, толерантність і гнучкість у гендерних питаннях та ін.) дозволили їм в умовах секуляризації залишитись у суспільному просторі.

Крім того, роль права і держави у врегулюванні релігійних відносин перестала сприйматися як суто формальна, фактично зведена до підтримки атеїстичної ідеології. Держава поступово усвідомлює необхідність вжиття позитивних заходів (передусім юридичних та організаційних), спрямованих на реальне забезпечення свободи віросповідання, не допускаючи при цьому дискримінації за релігійною ознакою. Це має наслідком перегляд традиційної моделі державно-церковних відносин у демократичній державі, яка на основі автономності має передбачати можливість кооперації цих інститутів у виконанні суспільно значущих завдань<sup>1</sup>.

У зв'язку з наведеним роль християнської правової традиції у західному праві, порівняно з попереднім етапом, очевидно, буде збільшуватися, але не в напрямку «десекуляризації» права і держави через повернення до домінування християнського віровчення над ними або зростання ролі християнської церкви у функціонуванні правової сис-

Архимандрит Георгий (Капсанис) ; пер. с греч. В. Петрова. – М.: ДАРЪ, 2008. – С. 192), що свідчить про перебування православної доктрини (або її вагомої частини) у парадигмі часів секуляризації і неготовність сприйняти цінність свободи віросповідання (принаймні у розумінні, придатному для діалогу зі світською державою). При цьому наявні і більш помірковані погляди. Митрополит Діоклійський Калліст (Уер) говорить про необхідність для християнських церков навчатися одне в одного, щоправда православ'ю відводиться у цьому навчанні роль «старшого брата», який єдиний зберіг істинну віру неушкодженою (див.: Калліст (Уер), митрополіт. Православна Церква [текст] / Митрополит Калліст (Уер) ; пер. з англ. Н. Рогачевської. – К.: Дух і літера, 2009. – С. 325–326). Тому, з достатньою часткою ймовірності, можна допустити, що православні церкви знаходяться на порозі етапу постсекулярності у власному розвитку.

<sup>1</sup> Вовк, Д. Право і релігія у християнській правовій традиції на постсекуляризованому етапі: онтологічні та антропологічні аспекти [текст] / Д. Вовк // Антропология права: філософські та юридичні виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 3–5 грудня 2010 р.). – Л. : Галицький друкар, 2010. – С. 98–111.

теми, що просто неможливо у сучасному плюралістичному і мультикультурному суспільстві. Швидше за все, цей процес буде відбуватися у вигляді зміцнення іманентної присутності християнства у західних правових системах, посилення визнання значення християнських за своєю природою етико-правових цінностей, зокрема, і через сприйняття релігійно зумовлених аргументів у правовому дискурсі, підвищення позитивних зобов'язань держави у сфері свободи віросповідання і реалізації релігійних прав.

Для того щоб сутність етапу постсекулярності була зрозумілішою, у контексті уявлень про нього можна проаналізувати судовий процес над учасницями групи «Pussy riot». Нагадаємо коротко суть процесу. 21 лютого 2012 р. учасниці вказаної групи провели у храмі Христа Спасителя «панк-молебень», який тривав менше хвилини. Під час молебню вони співали пісню, що, зокрема, містила слова «Богородице, Путіна прожени!» (за іншою версією, ці слова були додані до запису панк-молебню, який був розміщений у всевітній мережі Інтернет). Зазначених осіб було звинувачено у хуліганстві (максимальне покарання за Кримінальним кодексом РФ – до 7 років позбавлення волі), на етапі попереднього слідства їм була обрана запобіжний захід у вигляді взяття під варту. У серпні 2012 р. суд по першій інстанції засудив трьох учасниць групи до 2 років позбавлення волі. У жовтні 2012 р. суд апеляційної інстанції замінив одній із підсудних покарання у вигляді позбавлення волі на умовний термін.

Інцидент з Pussy riot з точки зору парадигми співвідношення права і релігії може мати три сценарії вирішення: синкретичний, секулярний і постсекулярний. Підкреслимо, що далі йтиметься про юридичний аналіз проблеми як такої без обов'язкової прив'язки до російських соціальних реалій. Є очевидним, що якщо в основу аналізу покласти сучасну суспільно-політичну ситуацію в Російській Федерації, стан державно-церковних стосунків у цій країні (зокрема, тенденцію до клерикалізації), то результати цього аналізу можуть дещо відрізнятись від наведеного нижче.

Синкретичний сценарій полягає в тому, що держава має застосувати жорсткі і навіть жорстокі правові санкції до учасниць молебню, тому що у синкретичній правовій системі панівна релігія має захищатися і правовими засобами репресивного характеру. Однак для вказаного сценарію потрібен відповідний суспільний бекграунд: ве-

лика кількість не просто віруючих, але воцерковлених осіб, для яких відвідання храмів і участь у релігійних заходах є повсякденною реальністю, що забезпечує різко негативне ставлення до панк-молебню з боку абсолютної більшості населення; а також офіційне визнання своєї релігійної місії з боку держави, що проявляється у тому числі у вигляді кримінально-правового переслідування антирелігійних дій (можливо, відчуваючи це, звинувачення на даному процесі і запрошені ним експерти намагалися, щоправда без жодних законодавчих підстав, обґрунтувати свої твердження посиланням на постанови вселенських соборів християнської церкви). Цього немає у сучасній Російській Федерації, де рівень воцерковлення населення є дуже низьким (православне позиціонування є або даниною моді у вигляді здійснення найпростіших культових дій, або намаганням потрапити у свого роду «тренд» особливих відносин російської держави і Російської православної церкви, іноді це навіть порівнюють із членство у КПРС часів пізнього СРСР, яке здебільшого сприймалося як необхідний формальний атрибут для кар'єрного зростання), держава офіційно є світською і жодного покарання саме за антирелігійні вчинки (наприклад, богохульство) законодавство не містить, хоча розмови про це після справи «Pussy riot» у Росії тривають. Відповідно системне застосування синкретичного сценарію у цьому випадку неможливо.

Секулярний сценарій може мати два варіанти, що залежить від державно-правового режиму певної країни.

За умов недемократичного режиму покарання учасницям панк-молебню так само може бути доволі жорстким, але не через його антирелігійну, а політичну складову (вже зазначалося, що у пісні, що співали учасниці молебню, згадується ім'я чинного президента РФ). У секулярний сценарій, між іншим, вкладається і достатньою мірою організоване і координоване з боку Російської православної церкви «обурення» православної спільноти (за повідомленнями ЗМІ, у московських храмах синхронно приймалися звернення до правоохоронних органів щодо суворого покарання підозрюваних, а згодом обвинувачених і підсудних осіб), адже це дає можливість державі послатися на захист важливих суспільних інтересів (православ'я як основи російської державності) і заперечити політичну складову процесу.

За умов демократії держава, як нейтральний щодо релігії суб'єкт, не може захищати останню. Отже юридична відповідальність може

наставити у вигляді санкцій за порушення громадського порядку. Крім того, панк-молебень може розглядатися як дуже своєрідний прояв релігійності або політичний чи мистецький акт<sup>1</sup>, що під впливом суспільної думки здатне зробити відповідальність символічною чи навіть взагалі її виключити.

Постсекулярний сценарій зумовлює, що захист релігійних прав із боку держави, включає і позитивну складову. Відповідно образа почуттів віруючих, якщо вона дійсно мала місце і доведена у встановленому законом порядку, може бути підставою для притягнення суб'єктів образи до відповідальності. Оскільки йдеться про захист прав невизначеного кола осіб (віруючі – прихильники певної релігії), йдеться про відповідальність у сфері публічного права, а саме відповідальність адміністративно-правову (наприклад, штраф). Підкреслимо, відповідальність саме за образу почуттів віруючих, а не за хуліганство, порушення громадського порядку чи розпалювання релігійної ворожнечі, оскільки постсекуляризована держава має визнавати право релігійних об'єднань на повагу до своєї релігії і релігійності.

Однак зазначена відповідальність можлива виключно за умови дотримання двох моментів:

а) наявність норми права, яка передбачає санкцію за відповідний вчинок;

б) захист прав віруючих має однаково застосовуватися до всіх релігійних об'єднань, тобто законодавство у даному випадку має захищати релігійні права людини, а не традиційні релігії, якіс суспільні устої чи мораль тощо, тобто мотивація постсекулярної держави є правовою, а не релігійною.

При цьому, звичайно, покарання у випадку з Pussy riot не може бути суворим і тим більше не може бути пов'язане з кримінально-правовою відповідальністю та позбавленням чи обмеженням волі, оскільки ступінь суспільної шкоди від панк-молебню, безумовно, не відповідає такого роду відповідальності й санкціям.

Аналіз процесу над Pussy riot дозволяє констатувати, що російське правосуддя (або ширше – російська публічна влада) відтворили своєрідний гібрид синкретичного і секуляризаційного сценаріїв в

<sup>1</sup> Див., напр.: Ямпольский М. Три слоя текста на одну извилину власти [Електронний ресурс] / М. Ямпольский // The New Times. – Режим доступу: <http://newtimes.ru/articles/detail/55977/>.

умовах недемократичного державно-правового режиму. Це свідчить про те, що російське суспільство (і українське, напевно, також, хоча і зі своїми відмінностями) перебуває на секуляризаційному етапі розвитку і лише у процесі еволюції має відкрити для себе постсекулярну епоху. У ситуації секулярності перебуває і Російська православна церква, яка усе ще не повністю сприймає сучасних держави і права та прагне з різних мотивацій поширити на них свій вплив.

Свою специфіку мають джерела християнської правової традиції. Перш за все зазначимо, що цим джерелам християнської правової традиції властиві всі ті особливості, що присутні у джерелах будь-якої релігійної традиції у праві. Вони мають суперечливий характер (протиріччя між нормативним і доктринальним блоком і релігійною практикою); канони християнства є ультраконсервативними, через що постає питання щодо їх пристосування до сьогодення; у певні історичні періоди канонічне право та церковна діяльність виконують роль не лише джерел, а й проявів християнської правової традиції, набуваючи характеру складової правової системи, та ін. Утім для розуміння природи християнської правової традиції головним моментом своєрідності її джерельної основи виступає церква, тобто високоорганізоване, структуроване, апаратне, ієрархічне об'єднання християнських громад<sup>1</sup>. Наявність такої організації з власною суб'єктністю утворює цікаву суперечність усередині такого важливого джерела традиції, як релігійна практика, коли практика і сформовані на її основі погляди християнської громади можуть відрізнятися від практики і доктрини самої церкви, і відповідно має значення для характеристики і оцінки самої традиції. Особливо це актуально у ситуації секуляризації, коли кількість релігійних (тобто таких, що відчувають свій зв'язок із релігією, але не церквою) і воцерковлених (тобто таких, що не відокремлюють релігію від церкви) осіб суттєво відрізняється (перших більше ніж других). Вже згадана справа «Pussy riot» продемонструвала, що ставлення значної кількості людей, які позиціонують себе як православні християни, до цієї справи є більш ліберальним, ніж офіційна позиція Російської православної церкви чи позиція її ієрархів. На більш абстрактному рівні це означає, що оцінка православного ставлення до зв'язків релігії, права і держави не може відбуватися без урахування наведених суперечностей.

<sup>1</sup> Йдеться про так звану «видиму» церкву на противагу невидимій церкві – містичному тілу Христову, об'єднанню всіх християн світу.



*Наукове видання*

**Серія «Наукові доповіді»  
Випуск 5**

**Дмитро Вовк**

**ХРИСТИЯНСЬКА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ  
ЯК КАТЕГОРІЯ ТЕОРІЇ ПРАВА**

Видано в авторській редакції  
Відповідальний за випуск Н. М. Ярошенко  
Коректор В. В. Лук'янчук  
Комп'ютерна верстка і дизайн І. В. Москалюк

Підписано до друку 15.11.2012 р.  
Формат 60x84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Times.  
Обл-вид. арк. 2,43. Ум. друк. арк. 2,55.  
Наклад 200 прим. Ціна договірна.  
Зам. №1511/1

Надруковано з оригінал-макета,  
виготовленого Видавництвом «Юрайт»  
(Свідоцтво про внесення до державного реєстру  
суб'єктів видавничої діяльності:  
серія ДК № 4236 від 22.12.2011 р.),  
в друкарні ФО-П Білетченко  
(тел.: 8-057-758-35-98)