

ПРАВОТВОРЧЕСТВО В ПРЕЦЕДЕНТНОМ И КОНТИНЕНТАЛЬНОМ ПРАВЕ: ГЕРМЕНЕВТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

Мелякова Ю. В.

Проанализированы особенности судебного правотворчества в двух системах права. Рассмотрены сущность прецедента как источника права, границы «судебного усмотрения» и «судейского активизма» в правотворческой практике. Философски осмыслена роль судьи в процессе создания права, а также место его фигуры в судебной герменевтике, которая рассматривается как методология осуществления правосудия и один из способов достижения справедливости.

Ключевые слова: судебный прецедент, континентальное право, правотворчество, толкование, принцип судебного решения, судейский активизм, судебное усмотрение, правовой дискурс.

LAWMAKING IN CASE LAW AND CONTINENTAL LAW: HERMENEUTICAL ANALYSIS

Melyakova J. V.

The peculiarities of judicial legislation in two systems of law are analyzed. The nature of precedent as a source of law, the scope of “judicial discretion” and “judicial activism” in law-making practice are considered. The philosophical meaning was given to a role of judge in law creation process and also to the place of his figure in legal hermeneutics which is considered as methodology of effectuation of justice and one of the methods of achieving justice.

Keywords: judicial precedent, continental law, lawmaking, construction, principle of judicial decision, judicial activism, judicial discretion, law discourse.



УДК 316(477)

Ю. І. Золотарьова, кандидат філософських наук, доцент

СОЦІАЛЬНА СПРАВЕДЛИВІСТЬ ТА ПРАВО: СПІВВІДНОШЕННЯ І ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК

Розглянуто сутність та форми співвідношення, взаємодії та взаємозв'язку найважливіших суспільних феноменів – права та соціальної справедливості. Обґрунтовано положення про те, що в умовах українського суспільства, яке трансформується, міра реалізації права є мірою соціальної справедливості. Визначенню міри реалізації права сприяє його співвіднесення із соціальним капіталом.

Ключові слова: право, реалізація права, соціальні функції права, соціальна справедливість, соціальний капітал.

Актуальність проблеми. Теорії соціальної справедливості посідають особливе місце у філософській і соціологічній думці. У той же час актуалізація уваги до неї пояснюється багатьма причинами, у тому числі суто прагматичного характеру, а саме: пошуком оптимальної соціальної моделі держави; глобалізацією, у результаті якої світ різко поляризується, – створюється світ-система, центром якої є найрозвиненіші країни, що експлуатують менш розвинені країни, які складають периферію; загострюється проблема прав людини.

Масштабність такого об'єкта дослідження, як соціальна справедливість, надзвичайно ускладнює визначення її сутності. Уявляється, що аналіз соціальної справедливості в її співвідношенні з правом, реалізацією права дозволить певною мірою подолати цю складність. Більш того, даний аналіз може бути плідним і в плані глибшого розуміння соціальних функцій права, умов його реалізації і ефективності.

Аналіз наукових джерел і публікацій. При всьому різноманітті підходів до дослідження проблеми більшість авторів схиляється до того, що соціальна справедливість являє собою цінність (так само, як і право), є благом для суспільства, якого слід прагнути, а право і закони повинні співвідноситися з реаліями соціальної справедливості, оскільки від цього залежать і соціальна ефективність права та законодавства, і стабільність суспільства і держави, їхній економічний добробут.

Однак відносно власне змісту соціальної справедливості, її принципів і механізмів єдності думок не спостерігається. Незважаючи на те що в теоріях західних дослідників справедливість розглядається, як правило, відносно окремо взятого індивіда, ідея утилітаризму про те, що поведінка людей має винятково цілеорієнтований характер (І. Бентам, Д. Мілс, Дж. С. Мілль), істотно відрізняється від ідеї інтуїтивізму відносно ціннісно орієнтованих механізмів справедливості, що виступають як соціальні цілі, та істотної ролі інтуїтивних здібностей при відсутності конструктивних етичних критеріїв. І, звичайно ж, і та, і інша концепції відрізняються від розуміння справедливості як заздрості: ті, хто порушує питання про справедливість, просто заздрять успішним і багатим, тому що єдина справедливість – це існування «надлюдей», свобода яких нічим не обмежена, а соціально-економічна і політична поляризація суспільства є нормою, оскільки слабші не мають права на захист із боку суспільства і держави (Ф. Ніцше, З. Фрейд).

Дж. Роулз спростовує концепцію заздрості, висуваючи власну концепцію справедливості як чесності, апелюючи до середнього класу і будуючи модель унімодального типу суспільства [1].

На думку Дж. Стигліца [2; 3], чия концепція є продовженням і розвитком теорії Дж. Роулза, соціальна справедливість є моральним обов'язком і по-

винна сприяти консолідації суспільства, що, зокрема, пов'язано із розширенням базових прав людини: «...ми, як правило, розуміємо наші права як обмеження, що накладаються на державу; держава не повинна порушувати жодного із цивільних прав. Але у міру розширення цих прав – від права на приватне життя до права знати, що робить державу, права робити вибір, права на гідну роботу або права на основні нормативи охорони здоров'я – для здійснення цих прав індивіда потрібно все більше втручання держави» [3, с. 357], тобто передбачається, що держава повинна взяти на себе певні зобов'язання, здійснювати діяльність із забезпечення соціальних гарантій, що виявляється неможливим без правового регулювання, без реалізації права.

Незважаючи на те що питання соціальної справедливості вже тривалий час перебувають в центрі уваги дослідників, все ж таки недостатньо розробленим уявляється такий аспект проблеми, як взаємодія права і соціальної справедливості, їхнє співвідношення і взаємозв'язок.

Мета статті саме й полягає у тому, аби виявити специфіку цієї взаємодії.

Виклад основного матеріалу. Право за своєю природою може розглядатися як форма вираження і фіксації соціальної справедливості. На думку В. Нерсисянца, справедливість входить у поняття права, є внутрішньою властивістю і якістю права, право за визначенням є справедливістю. Власне з цим пов'язані основні соціальні функції права: інтегративна, спрямована на інтеграцію соціуму шляхом утримання його від чреватих деградацією і розпадом конфліктів і потрясінь, за допомогою досягнення об'єднуючої суспільство соціальної згоди через розв'язання соціальних конфліктів у рамках загальної правової форми; функція соціалізації, яка полягає в тому, що право, не, обмежуючись роллю нормативного регулятора, активно вторгається в соціальну сферу, схиляючи соціальні групи, суспільство в цілому до певних форм поведінки і взаємодії один з одним, викликаючи в них певні зв'язки із суспільством, і тим самим забезпечує включеність індивідів і груп до єдиної системи соціальної організації; і, нарешті, право виступає як спосіб соціального контролю, за допомогою якого зводяться до мінімуму розбіжності між системою очікувань і вимог, що висувуються суспільством до поведінки його членів, і їхньою фактичною поведінкою [5, с. 189–202].

Однак такий взаємозв'язок права і соціальної справедливості можливий за умови високої соціальної ефективності права, визначеної нормальним функціонуванням права як соціального інституту, показником чого є рівень конфліктності в суспільстві. При тому високому рівні конфліктності, який спостерігається в Україні, можна зробити висновок щодо дисфункції інституту права. У такому разі соціальна справедливість повинна розглядатися крізь

призму реалізації права і необхідних для цього умов. Міра реалізації права і є мірою соціальної справедливості. Визначенню ж міри та способів реалізації права може сприяти його співвіднесення з тим соціальним феноменом, що останнім часом отримав своє теоретичне вираження в понятті «соціальний капітал».

Соціальний капітал є однією з форм капіталу поряд з такими, як економічний, фізичний, культурний, людський, адміністративний, політичний та символічний. Безумовно, всі вони можуть співвідноситися із правом і відігравати свою роль у визначенні соціальної справедливості. Але ми поки що зупинимось лише на соціальному капіталі. Загальний підхід і принципи класифікації були розроблені П. Бурдьє, який при аналізі капіталу виділив три стани: інкорпорований, об'єктивований та інституціоналізований.

Він же розкрив і зміст поняття соціального капіталу, що являє собою сукупність реальних або потенційних ресурсів, пов'язаних з володінням тривалими мережевими зв'язками більш-менш інституціоналізованих відносин взаємного знайомства і визнання, тобто членства у групі, що забезпечує кожному зі своїх членів підтримку у вигляді колективного капіталу. Дж. Коулман вважає, що соціальний капітал являє собою сукупність відносин, які породжують дії та пов'язані з очікуванням того, що інші агенти виконуватимуть свої зобов'язання без застосування санкцій. Ця одночасна концентрація очікувань і зобов'язань виражається в понятті довіри [5]. Причому було відзначено, що чим більше зобов'язань накопичено в даному співтоваристві, тим вище віра у взаємність і, отже, рівень соціального капіталу, можливостей реалізації права та відповідно соціальної справедливості.

На думку П. Бурдьє [7, с. 33–35], специфіка суспільства полягає в тому, що його структури існують ніби у двох іпостасях: по-перше, як «реальність першого порядку», що виявляється у розподілі об'єктивованих умов і передумов діяльності, засобів виробництва дефіцитних благ і цінностей; по-друге, вони існують як «реальність другого порядку», або «символічні матриці практик агентів», тобто як соціальні уявлення. Дослідження суспільства з точки зору реальності першого порядку має своїм предметом структуру об'єктивних соціальних відносин, тобто таких, які існують поза свідомістю волею агентів і не залежать від них. Аналіз же суспільства з позиції реальності другого порядку має предметом не тільки реальність об'єктивних соціальних відносин, а й сприйняття цієї реальності суб'єктами залежно від їхньої позиції в об'єктивному соціальному просторі.

Таким чином, виходить, що соціальна дійсність структурована двічі. По-перше, існує об'єктивне структурування соціальними відносинами, обмеженими у розподілі різноманітних ресурсів, які виступають структурами панування – капіталами, у тому числі соціальним капіталом, розміри якого

більшим або меншим ступенем дозволяють реалізувати права суб'єкта¹. При цьому слід зазначити, що капітали як структури панування можуть мати як матеріальний, так і нематеріальний характер. По-друге, соціальна дійсність структурована уявленнями агентів про їхні відносини, різні структури та соціальний світ у цілому, в тому числі знанням права, і уявленнями про свої права. Ці уявлення в свою чергу впливають на структурування першого порядку.

Соціальний капітал може існувати у трьох станах, різним ступенем впливати на реалізацію права і відповідно виступати умовою соціальної справедливості.

Інкорпорований стан (диспозиції, здатності) виявляється через дотримання зобов'язань без санкцій, довіру. Роль права тут зведена до мінімуму. Об'єктивований стан виявляється через мережеві зв'язки. Р. Роуз взагалі розглядає соціальний капітал як сукупність формальних і неформальних соціальних мереж, які суб'єкти використовують для виробництва або розподілу товарів і послуг. Неформальні соціальні мережі являють собою особистісні, довірчі відносини між обмеженою кількістю індивідів, що знають один одного і пов'язані або спільністю інтересів, дружбою, або родинними зв'язками. Неформальні мережі являють собою інститути в соціологічному сенсі. Через відсутність юридичного статусу посадових осіб, що діють на постійній основі чітко встановлених правил і власних фондів, вони не вважаються офіційними організаціями.

Формальні соціальні мережі (офіційні організації) діють у межах правового поля, мають певну структуру і юридичний статус, отже, визначають рівень і способи реалізації права та міру соціальної справедливості. Між формальними і неформальними мережами існують різнобічні зв'язки, як горизонтальні, так і вертикальні, що зумовлює значний вплив неформальних мереж на реалізацію права та парадокс зворотної залежності соціальної справедливості від можливостей реалізації права.

Інституціоналізований стан соціального капіталу виявляється через соціальні кола, списки контактів.

Необхідно відзначити, що соціальний капітал не може бути атрибутом окремої особистості. Як уже зазначалося вище, його об'єктивовану структурну основу становлять мережі соціальних зв'язків, які слугують трансляторами інформації, взаємного навчання правилам поведінки та ін. Соціальні мережі, які часто виявляють тенденцію до відносної замкнутості, виступають

¹ У тому, звичайно, випадку, якщо ми не маємо справи з явищами соціального виключення, що залежить від обсягу соціальних капіталів: чим менше соціальний капітал, тим більше вирогідність піддатися соціальному виключенню і майже втратити можливість реалізувати свої права, тобто опинитися в умовах соціальної несправедливості.

фундаментом інструментальної основи соціального капіталу, тобто визначають належність до того чи іншого соціального кола або членство в групі.

Нерівномірний розподіл соціального капіталу призводить до того, що у рамках мережевої системи відтворюються стратифікаційні розходження. Ці розходження пов'язані з нерівним доступом до соціальних мереж, а отже і до сукупності зобов'язань (особливо неформальних), що зосереджені у цих мережах. Характерною рисою соціального капіталу є відносно низький ступінь його формалізації. Наприклад, у своїй речовій формі соціальний капітал може втілюватися у списках адрес і телефонів потрібних людей, проте це може допомогти довідатися склад певної соціальної мережі, але не допоможе сторонньому «чужому» увійти до цієї мережі. Передавання соціального капіталу також неможливе через транслювання знань про нього, розповіді про соціальні мережі. Здійснити це передавання можна лише шляхом реального знайомства і рекомендацій тих, хто належить до даного кола. Соціальний капітал не відчужується від його власників, які являють собою певні співтовариства, утворені ступенем включеності до тих або інших мереж, а також розмірами і щільністю цих мереж, силою та інтенсивністю мережевих зв'язків.

Дослідження, результати яких узагальнив Р. Роуз [8], дозволяють зробити висновок про те, що в Україні в досягненні мети превалюють неформальні соціальні мережі¹.

У тому разі, якщо суб'єкт при зверненні до державної організації не одержує необхідного результату, він задіює неформальні мережі. Чим більше соціальний капітал, чим більший доступ до соціальних мереж, тим більша ймовірність одержати бажане, найчастіше удаючись при цьому до нецивілізованих відносин, використовуючи не тільки зв'язки, а й підкуп. У такій ситуації важко говорити про реалізацію права. Утворюється порочне коло, коли деформація на рівні об'єктивного структурування породжує деформацію реальності першого порядку. Право при цьому здобуває певну подвійність і суперечливість у процесі своєї реалізації або, що теж можливо, нереалізації. Візьмемо, наприклад, права людини, передбачені Конституцією України. Взагалі під правами людини прийнято розуміти певні можливості людини, необхідні для її нормального (гідного) існування та розвитку, що зумовлені досягнутим рівнем розвитку людства і повинні бути загальними та рівними для всіх людей (у чому, власне, і полягає соціальна справедливість).

У Конституції України закріплені: фізичні права (право на життя утворює першооснову всіх інших прав); права, що належать людині як особистості (право на захист честі і доброго імені, свобода совісті); культурні (гуманітарні) права (право на освіту, на доступ до культурних цінностей...); економічні

¹ Дослідження проводилися в Росії, проте Р. Роуз правомірно поширює отримані результати і на Україну.

права (право на працю, на захист від безробіття, на приватну власність...); соціальні права (право на соціальне забезпечення, на достатній рівень життя, на житло, на охорону здоров'я...); політичні права (рівна участь в управлінні справами держави, рівне виборче право і т. ін.).

В умовах невизначеності суспільства, що трансформується, існує дивергенція задекларованих прав і можливостей їхньої реалізації, причому неважко помітити, що, по-перше, права людини не є реально загальними та рівними для всіх людей. Це залежить від соціального капіталу, рівня різноманіття соціальних мереж, які може задіяти суб'єкт. У сучасному суспільстві велика уразливість суб'єкта, якщо в нього на всі випадки життя лише одна мережа. Коли організації не функціонують належним чином, соціально слабкі категорії громадян виявляються на соціальному дні. По-друге, порушуються соціальні функції права. По-третє, залежність рівня реалізації права від соціального капіталу, різноманіття соціальних мереж обумовлюють можливість досягнення соціальних цілей неправовими, а часто і просто злочинними (явище корупції) засобами, що сприяє перетворенню права на не-право, нібито специфічній підміні права соціальним капіталом і мережевими зв'язками. Все це сприяє істотній деформації принципів соціальної справедливості.

З огляду на викладене, можна зробити такі **висновки**.

1. Незважаючи на існуюче розмаїття концепцій соціальної справедливості, практично всі вони дають підстави для постановки питання про взаємозв'язки таких соціальних феноменів, як право і справедливість.

2. В умовах українського суспільства, що трансформується, мірою соціальної справедливості є міра реалізації права.

3. Міра реалізації права може бути визначена шляхом співвідношення із соціальним капіталом.

ЛІТЕРАТУРА

1. Роулз Дж. Теория справедливости / Дж. Роулз. – Новосибирск : Изд-во Новосиб. ун-та, 1995.
2. Стиглиц Дж. Ревущие девяностые / Дж. Стиглиц. – М., 2005.
3. Стиглиц Дж. Глобализация: тревожные тенденции / Дж. Стиглиц. – М., 2003.
4. Нерсисянц В. С. Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости / В. С. Нерсисянц // Социол. исслед. – 2001. – № 10.
5. Лапаева В. В. Социология права / В. В. Лапаева. – М. : НОРМА, 2000.
6. Коулман Дж. Капитал социальный и человеческий / Дж. Коулман // Обществ. науки и современность. – 2001. – № 3.
7. Социоанализ Пьера Бурдьё. – М.; СПб., 2001.
8. Роуз Р. Достижение целей в квазисовременном обществе: социальные сети в России / Р. Роуз // Обществ. науки и современность. – 2002. – № 3.
9. Семигин Г. Ю. Социальная справедливость и право. Основы взаимодействия / Г. Ю. Семигин // Социол. исслед. – 2009. – № 3.

СОЦИАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ И ПРАВО: СООТНОШЕНИЕ И ВЗАИМОСВЯЗЬ

Золотарева Ю. И.

Рассмотрены сущность и формы соотношения, взаимодействия и взаимосвязи важнейших общественных феноменов – права и социальной справедливости. Обосновано положение о том, что в условиях трансформирующегося украинского общества мера реализации права является мерой социальной справедливости. Определению же меры реализации права способствует его соотнесение с социальным капиталом.

Ключевые слова: право, реализация права, социальные функции права, социальная справедливость, социальный капитал.

SOCIAL JUSTICE AND THE RIGHT: THE PARITY AND INTERRELATION

Zolotaryova J. I.

The essence and forms of a parity, interaction and interrelation of the major public phenomena – rights and social justice is considered. The regulations about that in conditions transformation the Ukrainian society the measure of realization of the right is a measure of social justice are proved. Definition of a measure of realization of the right is promoted by its correlation with the social capital.

Keywords: the right, realization of the right, social functions of the right, social justice, the social capital.

