

УДК 340.5:316.32

**В. В. Копча,**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри теорії та історії держави і права  
Ужгородського національного університету;*

**В. В. Лемак,**

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент  
Національної академії правових наук України,  
завідувач кафедри теорії та історії держави і права  
Ужгородського національного університету*

## **ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ МЕТОД ДОСЛІДЖЕННЯ: НОВА РОЛЬ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ**

*Досліджено порівняльно-правовий метод в умовах глобалізації. Звернено увагу на нові ознаки сучасного світу, коли інтернет та інші фактори роблять його взаємопов'язаним, але при цьому різним. Проаналізовано методіку застосування порівняльно-правового методу, а також фактори, які зумовлюють зростання його ролі. Окремо показано використання порівняльно-правового методу у практиці Європейського суду з прав людини.*

**Ключові слова:** порівняльне право, метод дослідження, глобалізація, Європейський суд з прав людини.

**Постановка проблеми.** Широке використання порівняльного права як інструмента (чи навіть як методології) дослідження стає все більш важливим в останні десятиліття, що пов'язано з низкою чинників, зокрема з процесом глобалізації. Інтернет і його «нові покоління» перетворили світ на «глобальне село». Справді, як відзначив професор Бостонського університету Едвард Еберлі (Edward J. Eberle), світові ринки капіталу починаються в Азії та закінчуються у Сполучених Штатах Америки, а взаємна торгівля такими товарами, як нафта, продукти харчування та метали, робить світ взаємозалежним і взаємопов'язаним. Однак при цьому світ залишається різним, що зумовлює вироблення методології (і методіки) порівняльного права, яка може стати підґрунтям для кращого розуміння і, можливо, загального сприйняття зростання гармонізації різних національних правопорядків у найбільш критичних питаннях. Збір знань, отриманих за допомогою порівняльного права, може бути важливим порталом для зарубіжної культури, що може дати глибше розуміння вітчизняного правопорядку [1, р. 451–452].

**Стан дослідження.** В Україні різні аспекти порівняльного права як методу досліджувались у працях таких учених, як О. Кресін [2–4], Х. Бехруз [5–7] та Д. Лук'янов [8; 9]. Крім того, порівняльний аспект має місце практично в будь-якому дослідженні, особливо у сфері теорії права та конституційного права, що підтверджує актуальність такого підходу (праці С. Шевчука, Д. Вовка, Н. Оніщенко, Д. Шигаля [10–13]).

**Метою** цього дослідження є аналіз низки аспектів порівняльного права як способу дослідження сучасної держави.

**Виклад основного матеріалу.** Слід погодитися з позицією Х. Кетца та К. Цвайгерта, за якою первинною функцією порівняльного правознавства, як і інших наукових методів, є розширення сфери знання. Якщо під правовою наукою розуміти не тільки тлумачення національних законів, правових принципів і норм, а й дослідження моделей для запобігання та врегулювання соціальних конфліктів, то стає очевидним, що порівняльна правова наука як методика володіє більш широким спектром типових рішень, ніж національно замкнута юридична наука. Перш за все тому, що рішення, які містяться у правових системах світу, через об'єктивну необхідність є більш різноманітними та багатими за змістом, ніж ті, які можуть розроблятися за час свого короткого життя, обмеженого рамками власної національної системи юриста. Порівняльне правознавство розширює та збагачує «набір рішень» і надає критично налаштованому досліднику можливість знайти «більш оптимальне рішення» для певного часу та місця [14, с. 28].

Важливо попередньо висловити деякі зауваження. По-перше, порівняльне право найчастіше розуміють як порівняння (зіставлення) права однієї держави з правом іншої, при цьому акцент зазвичай робиться на іноземному праві, яке певною мірою суперечить вітчизняному. У такий спосіб виявляються їх подібні та відмінні ознаки. По-друге, порівняння права не означає порівняння лише правових текстів, необхідно враховувати підґрунтя, яке впливає на формування права, інакше кажучи, сприймати дію права в умовах культури. Для цього необхідно звільнитися від упереджень, властивих досліднику, який сформувався в межах (і під впливом) певної правової системи (звільнитися від свого роду «когнітивного блокування»). Виходячи з наведеного, Едвард Еберлі пропонує чотири кроки для здійснення порівняння.

Крок 1. Отримання навичок суб'єкта порівняння. Ці навички вимагають занурення в культуру, що розглядається, мовне знання та застосування нейтральних, об'єктивних оціночних навичок.

Крок 2. Застосування порівняльних навичок для оцінки іноземного права, яке складається з права писаного чи декларованого. Тут необхідно провести вузьку оцінку подібності та відмінностей права різних країн.

Крок 3. Застосування такої ж методології до внутрішнього права; для з'ясування рівня права, який лежить під зовнішнім правом, але має важливий вплив на формування права.

Крок 4. Збирання результатів порівняльного дослідження, щоб визначити, чого ми можемо навчитися в іноземній правовій системі та як це розуміння може відображати нашу власну правову систему.

Е. Еберлі також зазначав, що «важливо в методології порівняння відповісти на запитання, чи існують загальні архетипи, вбудовані в

кілька правових систем. Якщо так, то що це означає? Чи призводить це до пошуку універсальних принципів права?» [1, р. 454–456]. Відповідаючи на ці запитання, він вказує, що порівняльне право має ширшу місію, зокрема: більш глибоко вивчити незахідні та нетрадиційні культури; виходити за рамки власних природних схильностей, щоб побачити, чи зможемо більше дізнатися, на які з них впливають різні культурні закономірності; допомогти зрозуміти основні проблеми державної політики (антимонопольне законодавство, конфіденційність даних, облік, формування корпорацій та кримінальне право); тому головне – краще розуміти право і культуру, що є ключовим для розуміння людей [1, р. 486].

Привертає увагу розроблена методика ще одного відомого вченого Марка Ван Хука (Mark Van Hoecke), який у дослідженні «Методологія порівняльного-правового підходу» вказує на важливість для ефективного дослідження таких операцій: 1) адекватного вибору національних правових систем для порівняння (незважаючи на глобальні процеси, необхідно вибирати національні правові системи з урахуванням подібних них проблем, але з різними механізмами вирішення); 2) адекватного вибору предмета такого порівняння: до «предмета» ним відноситься контекст (суспільне середовище, в якому функціонує право, зокрема сприйняття права за межами тексту, рівень його застосування тощо) [15, с. 3–7]. Висновок Марка Ван Хука полягає в тому, що для успішної юридичної трансплантації потрібен метод права в контексті. Те, що, як здається, добре працює в іншій правовій системі, може не працювати у своїй через інший контекст, наприклад, імпорт європейського сімейного законодавства в більшості африканських країн під час колонізації. Отже, просте копіювання іноземного права навряд чи можна вважати «методом», це, скоріше, типовий приклад відсутності методу порівняльного права [15, р. 28–30].

Подібне розуміння частково використовувалось у вітчизняній традиції порівняльного права. Так, ще в 1970-х роках В. А. Козлов указував, що в порівняльно-правових дослідженнях спеціально-прикладного характеру виділяється «спеціальний предмет», який передбачає, по-перше, комплексність, тому що вивчаються не лише порівнюваний нормативний матеріал і правозастосовча практика, а і фактична поведінка людей та діяльність організацій у відповідній сфері права, по-друге, емпіричний (спеціально-прикладний) рівень дослідження вимагає програми таких досліджень і оцінки їх результатів, виходячи з усталених теоретичних знань про сутність соціально-правових явищ [16, с. 22–23]. У цьому плані найбільш продуктивними видаються концептуальні схеми узбецького вченого А. Х. Саїдова, який сприймав порівняльне право в декількох аспектах: 1) його роль у протиставленні (конфронтації) типів правових систем (так зване контрастуюче порівняння); 2) як функціональне порівняння; 3) порівняльне правознавство як інструмент законодавчої політики; 4) діахронне і синхронне порівняння. Ще в кінці

1980-х років він відзначав роль порівняльного методу у творенні «концепції європейського правового простору» (див: [17, с. 148]).

При цьому слід звернути увагу на основні хиби, які вчиняються під час проведення порівняльно-правових досліджень, виокремлені Ю. О. Тихомировим. По-перше, припускаються неправильного вибору об'єктів правового аналізу та критеріїв їх порівняння. По-друге, нерідко не враховуються об'єктивні умови і фактори, які породжують ті чи інші інститути, в зарубіжному праві і в даній державі, не завжди беруться до уваги рівні правової культури і правових традицій. Наприклад, якщо для північноєвропейських країн законослухняність громадян є стійкою домінантою їх розвитку, то в пострадянських країнах інша ситуація. По-третє, нерідко відбувається безпосереднє запозичення наукових правових концепцій, які не завжди можуть адекватно відобразитися в законодавстві іншої країни. По-четверте, допускається невірне використання юридичних конструкцій, понять і термінів. По-п'яте, зустрічається немало випадків прямого копіювання правових інститутів і норм без оцінки можливостей їх «трансплантації та вживання» до правової системи іншої країни [18].

У сучасних умовах у дослідженні сутності сучасної держави (її функцій та інститутів) порівняльно-правовий метод відіграє ще більш важливу роль. В умовах глобалізації це пояснюється декількома причинами.

*По-перше*, після Другої світової війни (за її наслідками) в Статуті ООН та інших основоположних міжнародно-правових документах загальновізані принципи міжнародного права отримали розвиток і письмове закріплення. Виступаючи продуктом звичаєвого міжнародного права (тобто результатом практики цивілізованих націй у відносинах між собою та суспільствами), вони набули універсального характеру, що ставить їх «на вершину» світового правопорядку. Такі принципи, як повага прав людини, державного суверенітету, територіальної цілісності держав, у такий спосіб отримали загальне визнання та загальновізане змістове наповнення. У багатьох європейських державах вони мають «безпосередню дію», набуваючи конституційного характеру. Це означає, що в межах національних правових систем створено новий феномен, який полягає у спільному архетипі, що присутній у конституційній системі кожної цивілізованої держави. При цьому йдеться не лише про європейські держави. Наприклад, ст. 39 Конституції Південно-Африканської Республіки закріплює:

«(1) При тлумаченні Білля про права суд, трибунал або суд громадської думки:

(А) повинен керуватися цінностями, які лежать в основі відкритого та демократичного суспільства, заснованого на людській гідності, рівності та свободі;

(В) повинен враховувати міжнародне право;

(С) повинен враховувати право зарубіжних країн ...» [19].

По-друге, що не менш важливо, порівняльне право сьогодні використовується як інструмент судового дослідження юридичної справи, тобто аргументації судового рішення. Такий підхід дійсно поширений у практиці вищих судів держав, особливо Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Наприклад, зміст рішення у справі «Ahmet Yıldırım проти Туреччини» 2013 р. («Право на Інтернет») засвідчує, що порівняльний метод був застосований Судом у двох аспектах:

а) широкому, коли Суд врахував крім законодавства Туреччини зміст міжнародного права і практики через такі документи, як: документи Ради Європи (Конвенція щодо кіберзлочинності 2004 р., Декларація СМ (2005)56 (остаточна) щодо прав людини і правової держави у інформаційному суспільстві, Декларація «Свобода спілкування в Інтернеті» від 28 травня 2003 року, Рекомендація СМ/Rec(2007)16 щодо заходів із просування цінності громадської послуги Інтернет тощо), документи Європейського Союзу (рекомендація 2008/2160(INI), ухвалена Європейським парламентом 26 березня 2009 року; рішення Суду ЄС), документи Комітету ООН з прав людини (Загальні зауваження № 34 щодо статті 19 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ухвалені під час 102-ї сесії, 11–29 липня 2011 року);

б) вузькому, коли Суд окремо в розділі IV «Порівняльне право» вивчив відповідне законодавство європейських країн. Стиль аналізу був спрямований на пошук «спільних стандартів елементів порівняльного права» [20].

Слід зауважити, що обидва європейські суди (Європейський суд з прав людини у Страсбурзі і Суд Європейського Союзу в Люксембурзі) застосовують порівняльно-правовий метод, хоч і з різним наповненням. Однак для обох судів характерно, що: 1) порівняльна робота може бути зроблена лише з чіткою метою; 2) порівняння має відповідати чітко визначеному процесу, під час якого необхідно визначати та вирішувати різні проблеми на шляху правового порівняння (наприклад, розглянути джерела права, мовні проблеми, культурний контекст, вплив правотворчої діяльності тощо). ЄСПЛ почав працювати з 1959 р., але роль порівняльного методу особливо зросла після 1968 р., коли Суд уперше задекларував «новаторську» практичну позицію, за якою «права, закріплені в Конвенції, не повинні бути теоретичними та ілюзорними, а, скоріше, практичними та ефективними» (справа про мовне питання в Бельгії). Обидві складові «еволюційного підходу» (практичні та дієві права і вчення про Конвенцію як про «живий інструмент») передбачають у своїй основі порівняльний метод, який обмежується виявленням «спільного знаменника». Такий підхід ЄСПЛ сприяв досягненню консенсусу щодо захисту основних прав у Європі. Хоча настільки широке тлумачення викликало критику, Суд відреагував на неї позицією, що вчення про «живий інструмент» «... не означає, що для реагування на сучасні потреби, умови, погляди чи стандарти Суд може створити нове право,

крім тих, що визнані Конвенцією (...), або що він може принизити існуюче право або створити новий “виняток” або “обґрунтування”, яке прямо не визнається в Конвенції» («Аустін проти Сполученого Королівства», 2012 р.) [21, р. 38–43].

Роблячи **висновки**, необхідно зазначити наступне.

1. Сьогодні можна стверджувати, що після Другої світової війни не було жодного більш менш значного законодавчого проекту, який би тією чи іншою мірою не супроводжувався широкими порівняльно-правовими дослідженнями [14, с. 29]. Такий підхід повинен знайти відображення і у практиці реформ в Україні. Це стосується як загальної методології правових реформ, спрямованих на зміну сутності та функцій Української держави, підвищення її ефективності, так і врахування досвіду інших держав у конкретних напрямках реформ, зокрема судової та правоохоронної систем.

2. Порівняльний підхід властивий не лише науці, а й правотворчим і правозастосовним органам (судам). Адекватна методологія порівняльно-правового підходу враховує комплексне розуміння самого права (писаного та неписаного), а також його широкого суспільного контексту.

3. Зміна характеру міжнародного права, створення в останні три десятиліття повноцінних регіональних правопорядків (наприклад, європейського правопорядку), а також посилення їх взаємовпливу з національними правопорядками зумовлюють потребу у використанні так званих вертикальних методів порівняльного дослідження (зверху донизу або навпаки) (див.: [22]). Такі методи можуть стати належним доповнюючим інструментом порівняльного правознавства в умовах глобалізації.

**Список бібліографічних посилань:** 1. Eberle E. J. The Method and Role of Comparative Law. *Global Studies Law Review*. 2009. Vol. 8. P. 451–486. 2. Кресін О. В. Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; Логос, 2017. 680 с. 3. Кресін О. В. Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; Логос, 2011. 294 с. 4. Кресін О. В. Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку. *Університетські наукові записки*. Хмельницький, 2007. № 2. С. 461–464. 5. Бехруз Х. Усконалення методології порівняльно-правових досліджень. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 45. С. 107–111. 6. Бехруз Х. Правова система – центральна категорія порівняльного правознавства. *Актуальні проблеми держави і права*. 2003. Вип. 21. С. 27–32. 7. Бехруз Х. Диалог правових систем: європейское право и исламское право. *Актуальні проблеми держави і права*. 2005. Вип. 24. С. 53–58. 8. Лук’янов Д. В. Поняття «правова сім’я» в порівняльно-правових дослідженнях: методологічне значення. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція*. 2013. Вип. 6-1 (2). С. 238–241. 9. Лук’янов Д. В. Релігійні правові системи: виклики сучасності. *Проблеми законності*. 2015. Вип. 130. С. 18–27.

10. Шевчук С. Конституційний захист соціальних виплат як права власності: порівняльно-правовий аналіз. *Філософія права і загальна теорія права*. 2012. № 2. С. 216–233. 11. Вовк Д. Про зміст категорії «правова традиція» та її значення у порівняльно-правових дослідженнях. *Порівняльне правознавство*. 2013. № 1–2. С. 300–309. 12. Оніщенко Н. До питання методики викладання порівняльно-правових дисциплін. *Порівняльне правознавство*. 2013. № 1–2. С. 464–470. 13. Шигаль Д. А. Логічні засади порівняльно-історичного методу у дослідженні історії державно-правових явищ. *Форум права*. 2012. № 2. С. 790–794. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP\\_index.htm\\_2012\\_2\\_126](http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2012_2_126) (дата звернення: 20.10.2017). 14. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Основы : в 2 т. : пер. с нем. Т. 1. М. : Междунар. отношения, 1998. 480 с. 15. Hoesche M. Methodology of Comparative Legal Research. *Law and Method*. December, 2015. P. 1–35. DOI: 10.5553/REM/000010. 16. Козлов В. А. Проблемы сравнительного правоведения. *Правоведение*. 1976. № 5. С. 17–24. 17. Саидов А. Х. Буржуазное сравнительное правоведение: история и современность : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Ташкент, 1990. 344 с. 18. Тихомиров Ю. А. Право: национальное, международное, сравнительное. *Государство и право*. 1999. № 8. С. 5–12. 19. The Constitution of the Republic of South Africa, 1996. URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/za/za107en.pdf> (дата звернення: 06.11.2017). 20. Справа Ahmet Yıldırım проти Туреччини : Рішення Європейського суду з прав людини від 12 груд. 2012 р. остаточне від 18.03.2013 // European Court of Human Rights : офіц. сайт. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126863> (дата звернення: 22.10.2017). 21. Gless S., Martin J. The comparative method in European Courts: A comparison between the CJEU and ECtHR? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*. 2013. Vol. 1, Iss. 1. P. 36–52. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/2685ee/pdf/> (дата звернення: 06.11.2017). 22. Momirov A., Fourie A. N. Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law. *Erasmus Law Review*. 2009. Vol. 02, Iss. 03. P. 291–309. DOI: 10.553/ELR221026712009002003002.

Надійшла до редакції 27.11.2017



### **Копча В. В., Лемак В. В. Сравнительно-правовой метод исследования: новая роль в условиях глобализации**

*Исследован сравнительно-правовой метод в условиях глобализации. Обращено внимание на новые признаки современного мира, когда интернет и другие факторы делают его взаимосвязанным, но при этом разным. Проанализированы методика проведения сравнительно-правового метода, а также факторы, которые обуславливают рост его роли. Отдельно показано использование сравнительно-правового метода в практике Европейского суда по правам человека.*

**Ключевые слова:** сравнительное право, метод исследования, глобализация, Европейский суд по правам человека.

### **Kopcha V. V., Lemak V. V. Comparative legal method of research: a new role in the conditions of globalization**

*Particular attention is paid to the issue of the growth of the role of the comparative legal method, the method of its conduct, as well as the factors that determine the*

*growth of its role. First, it is noted that after the World War II the universally recognized principles of international law have been developed and consolidated in the UN Charter and in other fundamental international legal instruments. Speaking as a product of customary international law (that is the result of the practice of civilized nations in relations between themselves and with societies), they have become universal in character, which puts them "at the apex" of world order. Such principles as respect for human rights, state sovereignty, and territorial integrity of states have received generally accepted content. In many European countries they have "immediate effect", gaining constitutional character. This means that within the framework of national legal systems a new phenomenon has been created, which is really a common archetype present in the constitutional system of every civilized state. Secondly, comparative law is used today as an instrument for judicial investigation of a legal case and, therefore, the argumentation of a court decision. This approach is widespread in the practice of higher courts of states and in particular the European Court of Human Rights.*

*Conclusions have been made that after the World War II there was no significant legislative project, which to one degree or another would not be accompanied by extensive comparative legal research. Such an approach should be reflected in the practice of reform in Ukraine. It is important to emphasize that the comparative approach is inherent not only for science, but also for law-making and law-enforcement bodies (courts). An adequate methodology of a comparative legal approach takes into account a comprehensive understanding of the law itself (written and unwritten), as well as its broad social context.*

*In addition, the change in the nature of international law, the development in the past three decades of full-fledged regional law-enforcement (for example, European rule of law), as well as the strengthening of their interplay with national legal orders, necessitates the use of so-called "vertical methods" of comparative research.*

**Keywords:** comparative law, method of research, globalization, European Court of Human Rights.



УДК 342.81

**Г. С. Палагицька,**

*аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ*

## **ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАГАЛЬНОГО ВИБОРЧОГО ПРАВА ТА ЙОГО РОЛЬ У СТАНОВЛЕННІ ДЕМОКРАТІЇ В ДЕРЖАВІ**

*Проаналізовано правову природу загального виборчого права як одного з головних конституційних принципів виборів, розкрито його зміст та роль у становленні демократії в державі. Визначено вплив загального виборчого права на реалізацію пасивного й активного виборчого права, встановлено взаємозв'язок загального виборчого права та демократичних виборів шляхом проведення аналізу, зокрема, історичної трансформації принципу загального виборчого права.*

**Ключові слова:** виборче право, принцип загального виборчого права, демократія, активне виборче право, пасивне виборче право.