



КОМПАРАТИВНИЙ МЕТОД У СУЧАСНОМУ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОМУ ДОСЛІДЖЕННІ: МЕТА ЗАСТОСУВАННЯ

ХАВРОНЮК Микола Іванович - доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального права та криминології Київського національного університету імені Тараса Шевченка

1. Слово «компаративний» походить від лат. *comparo* – порівнюю і означає те саме, що і слово «порівняльний». На відміну від порівняльно-історичного методу, який застосовується в часовому контексті різних феноменів, порівняльно-правовий метод прийнято використовувати в просторовому контексті. Іншими словами, порівняльний метод має два різновиди: *діахронічний* (або порівняльно-історичний – коли об'єкт досліджується в історичному плані, і завдяки цьому створюється уявлення про еволюцію змісту того чи іншого правового феномену, дається ключ до розшифровки сучасних понять), і *синхронічний* (коли порівнянню піддаються об'єкти, локалізовані у певний момент часу, з метою виявлення їх типових, загально значимих рис)¹.

2. Окремою галуззю (розділом) науки правознавства вважається порівняльне правознавство або юридична компаративістика. Вона вивчає правові системи різних держав шляхом зіставлення схожих правових інститутів.

Родоначальником порівняльного правознавства можна вважати саксонського філософа, математика і водночас юриста Готфріда Лейбніца, який ще у 17 столітті спробував скласти правову карту світу, класифікувавши право різних держав за подібністю.

Сьогодні спеціально для порівняльно-правових досліджень у світі створено Інститут Макса Планка, Центр європейського і порівняльного права Оксфордського універ-

ситету, Гарвардську школу права, Австралійський інститут порівняльних правових систем та ін.

У багатьох українських університетах створені кафедри європейського права і порівняльного правознавства, а Українська асоціація порівняльного правознавства разом з Інститутом держави і права ім. В.М. Корецького НАН України та Маріупольським державним гуманітарним університетом видають журнал «Порівняльно-правові дослідження».

3. Вчені-макрокомпаративісти проклали широку стежку, якою мали йти мікрокомпаративісти, що залучають іноземний досвід як аргументи на користь своїх наукових висновків. Цю стежку протоптували, зокрема, С.С. Алексєєв, М. Ансель, Є. Врублевські, Р. Давид, М.А. Дамірлі, І. Емінеску, В.П. Казимирчук, Г. Кельзена, М.І. Козюбра, Р. Леже, М.М. Марченко, К. Осаке, Е. Рабель, П.М. Рабінович, Ю.О. Тихомирова, А.О. Тилле, В.А. Туманов та інші.

Отже, на відміну від юристів, які лише використовують порівняльне право, макрокомпаративісти готують підґрунтя для того, щоб перші могли успішно його використовувати².

Наприклад, Ю.А. Тихомиров, хоча і дещо по-радянськи, визначає такі цілі порівняль-

¹ Черданцев А.Ф. Теория государства и права. – М., 2002. – С. 391–393.

² Мелешко Н.П., Тарло Е.Г. Уголовно-правовые системы России и зарубежных стран (криминологические проблемы сравнительного правоведения, теории, законодательная и правоприменительная практика). – М., 2003. – С. 11.

ного правознавства: 1) пізнавальна; 2) інформаційна; 3) аналітична; 4) інтеграційна; 5) критична; 6) пропагандистська³.

На наш погляд, усі ці цілі можна звести лише до двох:

1) теоретична або гносеологічна (від давньогрец. – γνώσις – «пізнання» и λόγος – «слово», «мова»). Вона полягає у виявленні загальних закономірностей розвитку правових явищ і інститутів. Під час такого порівняння можна виявити загальне й особливе, випадкове і закономірне в праві. Іншими словами, отримання знань про іноземне право дозволяє краще зрозуміти і пояснити іншим національне право, його переваги та недоліки;

2) практична. Йдеться:

по-перше, про сприяння зближенню і уніфікації (від. лат. *unus* – один, *facio* – робити, об'єднувати, тобто приводити до однакової системи) законодавства різних держав у тих галузях, де це є очевидно необхідним (зокрема, в кримінальному законодавстві – з метою дотримання принципу «*aut dedere aut judicare*» – або видай, або суди);

по-друге, про удосконалення національної правової системи на основі порівняльного аналізу досвіду інших держав. І те, і друге є особливо важливим для України в контексті поступової інтеграції в Євросоюз.

Той же Ю.А. Тихомиров наводить шість методологічних правил, якими слід користуватися в порівняльному правознавстві:

- правильний вибір об'єктів порівняльного аналізу (однорядкового рівня – галузі, інститути, норми тощо) та коректна постановка цілей, обумовлених його природою та потребами суб'єкта порівняльного правознавства;

- проведення правового порівняння на різних рівнях з використанням методів системно-історичного, логічного аналізу, аналогії для з'ясування як внутрішніх зв'язків і залежностей у рамках правових систем, що порівнюються, так і їхнього розвитку в контексті конкретної держави і суспільства (помилкою є не враховувати об'єктивні умови та фактори, які обумовили ті чи інші правові явища, інститути, норми в іноземному і внутрішньому праві);

³ Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Издательство НОРМА, 1996. – С. 36–40.

- правильне визначення ознак правових явищ, що порівнюються, норм, інститутів тощо, усвідомлення суспільних і державних завдань, вирішення яких зумовило їх появу і розвиток;

- з'ясування ступеня подібності і відмінності юридичних понять і термінів, що використовуються в співставлюваних правових системах, актах тощо;

- розробка і застосування критеріїв оцінки подібності, відмінності та неспівставлюваності правових явищ, інститутів і норм;

- визначення результатів порівняльно-правового аналізу і можливостей їх використання в нормотворчій діяльності, в розвитку законодавства та його галузей, в практиці правозастосування⁴.

Зрозуміло, що порушення цих правил тягне за собою такі негативні наслідки, як-от: примітивне копіювання правових інститутів та норм без оцінки можливостей їх «трансплантації та вживлення» в національну правову систему, запровадження чужорідних правових інститутів як новел – без необхідного пристосування, неправильне використання юридичних конструкцій, понять, термінів тощо.

Американський дослідник Кристофер Осаке наводить сім поетапних послідовних стадій, з яких, на його думку, має складатися якісний порівняльний аналіз правових систем:

1) виявлення існуючих правил або підходів у системах А і Б;

2) співставлення цих правил з метою пізнання їхніх загальних та/або відмінних властивостей;

3) визначення історичних причин існування кожного певного правила в кожній системі;

4) з'ясування ефективності певного правила у відповідному національному законодавстві;

5) встановлення необхідності і доцільності внесення змін до існуючого правила або заповнення прогалин у законі системи А шляхом використання певних ідей із системи Б;

6) вивчення сумісності ідей, запозичених з системи Б, з природою правової системи А;

7) адаптація використаного правила до національних умов правової системи А.

⁴ Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Издательство НОРМА, 1996. – С. 57–58.

При цьому наукове порівняння охоплює лише перші чотири стадії⁵.

З цього випливає, зокрема, що порівняльно-правовий метод не може застосовуватися сам по собі: його обов'язковими супутниками мають бути порівняльно-історичний, формально-юридичний (догматичний) та інші методи.

4. Більш свіжим прикладом розробки правил застосування порівняльного методу є підготовлена в Національному університеті «Одеська юридична академія» кандидатська дисертація Ю.О. Баранової на тему «Методологічні правила порівняльно-правових досліджень».

У цій роботі встановлено зокрема, що при визначенні порівнюваності правових об'єктів слід керуватися такими методологічними правилами:

- порівнюваність є можливою лише внаслідок дотримання відповідності між видом порівняння та масштабами дослідження;

- порівнюваними визнаються об'єкти, що належать до одного рівня та виду (правило однопорядковості);

- порівнюваними визнаються об'єкти, що знаходяться в одній сфері (правовій, соціальній, культурній, економічній);

- при визначенні порівнюваності правових об'єктів слід враховувати регіональні особливості утворення та функціонування даного об'єкта у різних країнах тощо.

Також є методологічні правила визначення непорівнюваності правових об'єктів:

- вони можуть мати схожі параметри, але не охоплюються метою дослідження;

- відсутність аналога в інших правових системах;

- один з об'єктів знаходиться під ідеологічним, релігійним чи іншим впливом, внаслідок чого неможливо об'єктивно виокремити його якості;

- критерії порівняння не охоплюють головних ознак предмета дослідження тощо⁶.

⁵ Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах. Общая и Особенная части : Учеб.-практ. пособие. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Дело, 2002. — С. 11 (464 с.).

⁶ Баранова Ю.О. Методологічні правила порівняльно-правових досліджень. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. — Одеса, 2015. — 24 с.

5. Варто нагадати, що сучасна українська наука кримінального права, кримінології та кримінально-виконавчого права має позитивні приклади порівняльно-правових досліджень, коли перш ніж застосувати компаративний метод, вчений з'ясував для себе мету і правила його застосування.

Наприклад, у 2008 році під науковим керівництвом С.С. Яценка була підготовлена і захищена дисертація Т.Д. Лисько на тему: «Кримінальна відповідальність за згвалтування (порівняльно-правовий аналіз)».

Її підрозділі 1.1 присвячено загальній характеристиці методології порівняльно-правового дослідження. У ньому авторка, зокрема, навела концептуальні аспекти порівняльного правознавства і показала, що порівняльне правознавство базується на використанні порівняльного методу як основного спеціально-наукового методу дослідження, мета якого – прийти до порівняльно-співставлених висновків. Сутність порівняльно-правового методу, на її думку, полягає у співставленні явищ і процесів правової дійсності різних держав з метою виявлення подібних чи відмінних рис між цими явищами і процесами, а також поняттями, що їх відображають⁷.

6. Дійсно, *порівняльний метод* – це метод, що полягає у зіставленні двох чи більше таких, що можуть бути порівняні, об'єктів (феноменів, явищ, ідей, положень та інститутів законодавства, судових рішень, результатів наукових досліджень тощо) та виділення в них загального, спільного, схожого, відмінного та унікального.

Порівняння розуміється як процес відображення і фіксації відношень тотожності, схожості у правових явищах різних держав, а порівнянню піддається загальне, особливе й одиничне у таких явищах⁸.

Прийнято вважати, що порівняння здійснюється у формах зіставлення і протиставлення, при цьому воно може бути науковим лише у випадках, коли порівнюються

⁷ Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за згвалтування (порівняльно-правовий аналіз). Автореф. дис.... канд. юрид. наук. — К., 2008. — 20 с.

⁸ Загальна теорія держави і права / За ред. В.В. Копейчікова. — К., 1998. — С. 9; Скаун О.Ф. Теорія государства и права. — Х., 2000. — С. 558–561.

не випадкові, а типові факти, враховуються взаємозв'язок з конкретною обстановкою, причинами виникнення, а також динаміка розвитку⁹.

У порівняльному кримінальному праві порівняльний метод полягає у зіставленні схожих інститутів кримінального права різних держав, їхніх основних принципів і категорій, вивченні їхньої генези і закономірностей розвитку.

За допомогою компаративного методу можуть бути визначені найбільш досконалі з техніко-юридичного боку, науково обґрунтовані, апробовані на практиці та актуальні положення кримінального законодавства держав континентальної Європи, частиною якої є Україна, під кутом зору як їх можливого врахування під час подальшого удосконалення КК України, так і загалом гармонізації кримінального законодавства європейських держав. Сьогодні це особливо важливо у випадках, коли вивчаються положення кримінального законодавства держав, що є молодими членами Євросоюзу, які змінювали його саме з метою імплементувати до вимог ЄС.

7. У грудні 2016 року мною проаналізовано положення 60 авторефератів дисертацій за спеціальністю 12.00.08 на здобуття наукового ступеня (56 – кандидатів юридичних наук і 4 – доктор юридичних наук), що були захищені протягом 2015–2016 років. Ці дисертації підготовлені у Львівському державному університеті внутрішніх справ (21), Київському національному університеті імені Тараса Шевченка (12), Науково-дослідному інституті вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса (7), Академії адвокатури (5), Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого (4), Національному університеті «Одеська юридична академія» (4), Національній академії внутрішніх справ України (3), а також в Класичному приватному університеті, Національній академії прокуратури України, Харківському національному університеті внутрішніх справ і Інсти-

туті держави і права імені В.М. Корецького НАН України (по 1).

З них у восьми (13%) взагалі не згадано про застосування компаративного (порівняльно-правового, порівняльного) методу і фактично цей метод авторами дисертацій не застосовано.

В одному випадку (авторка – Максимів О.Д.) застосовано одночасно історичний метод – «для аналізу історії політики у сфері протидії злочинності», порівняльний метод – «для зіставлення політики у сфері протидії злочинності у різні періоди історії держави, а також під час вивчення міжнародного досвіду нормативного забезпечення політики у сфері протидії злочинності» і ще й порівняльно-правовий метод – для «аналізу та зіставлення комплексних програм щодо протидії злочинності»¹⁰.

В окремих випадках автори, які згадували про порівняльний метод, зовсім не мали на увазі зарубіжне законодавство, право чи судову практику, а використали його лише для дослідження норм міжнародного права.

Але більше дивує той факт, що в дисертації на тему «Кримінально-правова доктрина США: генезис, обґрунтування, перспективи» (автор – Є.Ю. Полянський, НУ «ОЮА», 2015 рік) про компаративний (порівняльний) метод взагалі не згадано; дисертантом використано лише діалектичний, синергетичний, герменевтичний, догматичний, аналітичний, системний методи, методи історизму і моделювання. Відповідно, і висновки до цієї дисертації мають описовий, а не порівняльний характер¹¹.

8. Щодо питання, з якою метою ними використовувався компаративний метод, відповіді авторів проаналізованих авторефератів можна поділити на три групи:

перша група поставила за мету просто «вивчити» («оглянути», «з'ясувати», «виявити», «проаналізувати», «оцінити», «дослідити») «зарубіжний досвід» («особливості») «вирішення» («нормативної регламентації», «осно-

⁹ Загальна теорія держави і права / За ред. В.В. Копейчикова. – К., 1998. – С. 9; Котюк В.О. Загальна теорія держави і права. – К., 2005. – 592 с. – С. 32; Общая теория права и государства / Под ред. В.В. Лазарева. – М., 2001. – 520 с. – С. 35.

¹⁰ Максимів О.Д. Теоретичні засади політики України у сфері протидії злочинності. Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Львів, 2016. – С. 3.

¹¹ Полянський Є.Ю. Кримінально-правова доктрина США: генезис, обґрунтування, перспективи. – Одеса, 2015. – С. 3–4.

вних тенденцій регламентації) певних питань «у кримінальному законодавстві» («кримінальному праві») «інших» («деяких інших») «держав» («країн») або «опрацювати зарубіжні законодавчі і підзаконні нормативно-правові акти, міжнародні договори»;

друга група, менша за кількістю, мала за мету, крім того, «запозичення позитивного досвіду», «ймовірне використання зарубіжного досвіду», «встановлення соціальної зумовленості кримінально-правової заборони»;

третья група, ще менша, зазначила про необхідність не просто вивчити сучасне зарубіжне кримінальне право, законодавство чи судову практику, а «порівняти» («зіставити») їх з вітчизняними аналогами, акцентувала на необхідності «виявлення різних підходів правового регулювання у кримінальному законодавстві зарубіжних країн і КК України» або на «виявленні спільного і відмінного у підходах», або на «відмежуванні досліджуваного предмета від суміжних з урахуванням зарубіжного досвіду», або на «встановленні різниці у нормативно-правовому забезпеченні».

В одному випадку порівняльний метод було взагалі використано просто для «розгляду протилежних поглядів науковців» (!).

І лише в одному випадку за М.О. Семчуком, мета застосування зазначеного методу була визначена, на мій погляд, точно: «Для виявлення загального, схожого, відмінного та унікального в кримінальному законодавстві України та зарубіжних держав щодо відповідальності за [злочини певних видів]»¹².

9. Під час дослідження очевидно широко, зокрема на рівні підрозділів (у двох випадках – розділів) або в інший спосіб, **аналізувались**: зарубіжне законодавство та/або практика його застосування, зарубіжна доктрина (10 авторефератів); тільки зарубіжне законодавство (14 авторефератів). Зарубіжне законодавство, судова практика, зарубіжна доктрина, судячи з автореферату, **не аналізувались** взагалі або їм не було приділено належної уваги (28 авторефератів або 54%).

У тих випадках, коли вивчалось зарубіжне законодавство, то йшлося тільки про за-

конодавство окремих (від 5 до 20) держав. Часто ними є Росія, Білорусь, Казахстан, інші пострадянські держави або держави – географічні сусіди України, рідше – тільки окремі держави Західної і Центральної Європи. З цього можна судити, під впливом яких зарубіжних теорій і законів може перебувати дисертант.

Судячи з тих дисертацій, по яких я був опонентом чи які розглядались в спеціалізованих вчених радах, членом яких я є, зарубіжна наукова доктрина використовується не вельми широко, і переважно це російськомовна література. Англо-, франко-, іспано-, німецькомовні та інші подібні праці – скоріше виняток, ніж правило. Те саме стосується аналізу прецедентних рішень судів зарубіжних держав (зокрема вищих судів) та оглядів судової практики.

10. Щодо **результатів використання** компаративного методу. На підставі його використання авторами 52 авторефератів, які вказали на його застосування ними:

- запропоновано сконструювати певні норми з урахуванням законодавства інших держав та/або практики його застосування судами і зарубіжної доктрини (10 авторефератів);

- сконструювати певні норми не запропоновано, але сформульовано важливі висновки щодо загального (спільного), схожого, відмінного та унікального в кримінальному законодавстві України та зарубіжних держав (5 авторефератів);

- нічого із зазначеного не зроблено (37 авторефератів, або 71%).

З останнього виникає запитання: навіщо взагалі дисертантами вивчалось зарубіжне законодавство, судова практика і зарубіжна доктрина?

Висновок: переважна більшість дисертантів зі спеціальності 12.00.08 не знає, якою є мета застосування компаративного методу, не знає правил його застосування, не вміє його застосовувати та здобувати наукові результати за допомогою цього інструмента.

З іншого боку, ситуація є набагато кращою за ту, що мала місце на початку – в середині 2000-х років, коли компаративний метод застосовувався лише в одиничних кримінально-правових дослідженнях.

¹² Семчук Н.О. Кримінально-правовий захист моральності неповнолітніх: порівняльно-правове дослідження. – К., 2015. – С. 3.