

КУЛИК А.В.аспірантка кафедри кримінального права
(Національний університет «Одеська
юридична академія»)**УДК 343****DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2023.5.64>****ДО ПИТАННЯ МЕТОДОЛОГІЇ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ
В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ**

У статті відбувається спроба проаналізувати особливості та основні проблеми кримінально-правових досліджень в частині методології. Зауважується, що вчені легко губляться, коли приступають до порівняльно-правових досліджень. Основна причина полягає в тому, що немає жодної загальноприйнятої методології (або навіть методологій), якої можна було б дотримуватися. Більше того, майже все, що більш-менш визнавалося в галузі порівняльного правознавства протягом останнього століття, все частіше критикується протягом останніх кількох десятиліть: поняття «правова сім'я», об'єкт порівняння, можливість порівняння як така і т. д. З іншого боку, порівняння внутрішнього законодавства із зарубіжним стало майже обов'язковим у доктринальних правових дослідженнях.

Як же дослідник-компаративіст може розібратися в цьому уявній парадоксі? У даній роботі зроблено спробу виробити методологію порівняльно-правового дослідження в кримінальному праві, яка виходить за рамки «функціонального методу» або методологічного скептицизму.

Відправною точкою служить ідея про те, що нам необхідний «набір інструментів», тобто не незмінний методологічний путівник, а безліч опублікованих, але в значній мірі непомічених досліджень, що пропонують різні підходи, які могли б з користю застосовуватися в порівняльному дослідженні. В основному саме дослідницьке завдання визначає, які методи можуть бути корисними. Крім того, різні методи можуть бути об'єднані, оскільки вони доповнюють один одного і не є взаємовиключними.

Визначено, що при проведенні кримінально-правового порівняльного дослідження науковець наділений цілим арсеналом різноманітного інструментарію, що містить у собі такі методологічні можливості, першочергово це методи: функціональний, аналітичний, структурний, історичний та контекстно-правовий метод.

Ключові слова: методологія, порівняльно-правове дослідження, кримінальне право, кримінально-правове дослідження, функціоналізм, структуралізм, аналіз.

Kulyk A.V. On the issue of the methodology of comparative legal research in criminal law

This article attempts to analyze the characteristics and main problems of criminal law research in terms of methodology. It is noted that scholars easily get lost when they embark on comparative legal research. The main reason is that there is no generally accepted methodology (or even methodologies) that could be followed. Moreover, almost everything that has been more or less accepted in the field of comparative law over the last century has been increasingly criticized over the last few decades: the concept of a "legal family," the object of comparison, the possibility



of comparison as such, etc. On the other hand, comparing domestic legislation with foreign legislation has become almost mandatory in doctrinal legal research.

How can a comparative researcher make sense of this apparent paradox? This paper attempts to develop a methodology for comparative legal research in criminal law that goes beyond the “functional method” or methodological skepticism.

The starting point is the idea that we need a “toolkit,” i.e., not a fixed methodological guide, but a multitude of published, yet largely unnoticed studies offering different approaches that could be usefully applied in comparative research. It is mainly the research task itself that determines which methods may be useful. In addition, different methods can be combined, as they complement each other and are not mutually exclusive.

It was determined that when conducting a criminal-legal comparative study, the scientist is endowed with a whole arsenal of various tools containing the following methodological capabilities, primarily methods: functional, analytical, structural, historical and context-legal methods.

Key words: *methodology, comparative legal research, criminal law, criminal law research, functionalism, structuralism, analysis*

На практиці дослідники найчастіше роблять вибір на основі своїх знань певної мови (що забезпечує коректність перекладу), це пояснює, чому більшість порівняльних досліджень у світі зосереджена на порівнянні країн правової сім'ї, близької за походженням, не релігійного типу. Це полегшує дані дослідження в більшості галузей права, оскільки концептуальна основа та історія загального права однакові для всіх порівнюваних правових систем.

У XIX ст. були засновані асоціації та журнали для роботи з «порівняльним законодавством». У той час порівняння норм у різних суспільствах було в центрі уваги [1, с. 291]. Пізніше більше уваги приділялося судовим рішенням і способам вирішення правових проблем на практиці. Тим часом багато авторів-компаративістів підкреслювали також важливість врахування соціально-економічного та історичного контексту права при проведенні порівняльно-правового дослідження. Завжди для отримання найбільш якісного результату варто розпочати зі з'ясування питання де саме дослідник-компаративіст повинен проводити дослідження іноземних правових систем: у законодавстві та/або в прецедентному праві, та/або в їх загальному контексті?

Відповідне законодавство та (опубліковане) прецедентне право можна знайти відносно легко, в першу чергу, в книгах і статтях доктринального характеру, а в даний час - і за допомогою електронних баз даних. Але що робити з контекстом права? Іноді деякі пояснення можна знайти в юридичних документах, але досі це було скоріше винятком, ніж правилом. Іноді якийсь аспект широко висвітлюється в міжнародній пресі, як, наприклад, вплив фінансової кризи на необхідність внесення деяких змін до регулювання фінансового сектора як на національному, так і на європейському рівнях. Іноді дослідник може знайти історичну, соціологічну та/або економічну літературу з його теми про країну, включену в порівняльне дослідження, але це також не є достатнім.

У сучасному кримінальному праві України метод порівняльного правознавства стає одним із провідних й універсальних у системі методологічної бази наукових досліджень, даючи можливість адекватно зіставляти систему міжнародного кримінального права із системою національного кримінального права конкретної держави, краще виявляти соціальну та правову природу українського кримінального права, а також запропонувати напрями використання зарубіжного досвіду правотворення для вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства» [2].

Багато що залежить від спрямованості окремого кримінально-правового дослідження і від наявних джерел. Хороший баланс між тим і іншим гарантує успішну реалізацію



дослідницького проекту. Занадто амбітний контекстуально-правовий підхід до теми, за якою відсутні достатні джерела, зробить нереальним план дослідження в контексті порівняльно-правової науки. Відтак, порівнювати тільки на підставі законодавства, коли немає ніякої інформації про те, як це працює на практиці, ризиковано, і таке обмежене порівняння прийнятне тільки для тих країн, які не є ядром порівняльного дослідження. Наприклад, при порівнянні національного законодавства будь-якої країни із законодавством Німеччини дослідник може додати, що подібне законодавство є у Швейцарії та/або в Австрії, без ретельного аналізу їх законодавчих систем.

Порівняння прецедентного права (і законодавства) вимагає певних знань історичного та соціально-економічного контексту, який виявляється в доступних джерелах. При порівнянні сусідніх країн дослідник може мати загальне уявлення про історичні та/або соціально-економічні подібності та відмінності. Для розуміння відмінностей потрібно набагато краще розуміти контекст. Крім того, концентруючи увагу на вивченні практичного вирішення правових проблем, не слід відокремлювати правові рішення від доктринального контексту, оскільки деякі рішення можуть випадково виявитися подібними, що, в свою чергу, може приховати інші важливі відмінності на концептуальному рівні, які використовуються як системний фундамент для даної галузі права.

При виконанні кримінально-правового порівняльного дослідження часто виникають питання чи дотримано було методики, вірно вибрано методи тощо. Дійсно, компаративісти часто діють як туристи, які, відвідуючи іноземні міста, помічають, що там все або по-іншому, або в деякій мірі схоже на те, як у їхньому рідному місті. Після свого візиту вони можуть описати те, що бачили, своїм сім'ям і друзям, але вони не мають загальної основи, яку фахівці в галузі архітектури або мистецтвознавці, наприклад, використовують для того, щоб описати ті ж об'єкти, але на іншому рівні. Дослідники-компаративісти повинні ставати більше професіоналами, ніж туристами. Теоретичної основи, якою можуть розпоряджатися історики та архітектори, значною мірою недостатньо для порівняльного правознавства. У той час як вчені-юристи отримали достатню доктринальну освіту в рамках їхньої рідної правової системи, їм не вистачає такої ж всеосяжної основи для порівняльного дослідження. Але деякі елементи методологічного підходу можна знайти в літературі, в основному, в галузі теорії права, що повинно бути використано при проведенні кримінально-правового компаративістського дослідження. Різні «методи», які будуть обговорюватися далі, не є взаємовиключними. Їх навіть можна об'єднати в одному дослідженні. Назва методу вказує на особливість даного підходу, не виключаючи можливості його комбінації з іншим методом.

Слідуючи Бертело, Д. Самуель виділив шість різних «схем ясності»: причинна, функціональна, структурна, герменевтична, акційна і діалектична, які виступають в якості окремих епістемологічних варіантів тексту, кожна з яких, з точки зору фундаментальних логічних відносин, може бути зведена до іншої [3, с. 484]. Далі ми розглянемо функціональний і структурний методи в контексті порівняльного дослідження, а також аналітичний, історичний і контекстно-правовий методи.

Поняття «функціоналізм» використовується в дуже різних значеннях, слугуючи досить різним цілям: розумінню права, порівнянню (*tertium comparationis*), зосередженню на подібностях (*praesumptio similitudinis*), побудові системи (наприклад, «правових сімей»), визначенню «кращого права», уніфікації права, критичній оцінці правопорядку [4, с. 342].

У найбільш загальному розумінні за допомогою функціонального методу, в першу чергу, порівнюються рішення практичних проблем конфліктуючих інтересів, а не норми права, в тому числі кримінального. Існують відносно універсальні відносини в певних ситуаціях, такі як турбота про дітей, повага до права власності, виконання договірних зобов'язань, компенсація шкоди, заподіяної кримінально протиправним посяганням тощо.

Функціональний метод зазвичай застосовується на рівні мікропорівняння. У ширшому плані може бути використаний структурний аналіз (елементів) правових систем. Структурний підхід був покладений в основу при розробці класифікації «правових сімей». Відмінності між правовими системами на рівні конкретних норм стають несуттєвими, якщо



ці системи мають досить багато структурних спільних рис (таких, як принципи і поняття римського права в приватному праві), так що можна класифікувати їх як представників однієї і тієї ж «правової сім'ї», відмінних від інших правових систем і сімей, які не мають таких спільних рис [5, с. 221-222]. Звичайно, вибір найбільш відповідного критерію для визначення «подібних структур» частково визначає результат.

Все залежить від теорії, що лежить в основі дослідження. Якщо в усьому світі домінуюча парадигма приймає відмінність між романо-германськими та англо-саксонськими сім'ями як найбільш життєво важливу, критерій державної власності на землю, як протилежний повній приватній власності, може бути корисним для вибору правових систем для деякого мікропорівняння, але він не буде підходящим для класифікації правових систем усього світу.

Крім того, класифікація традиційних «правових сімей» передбачає, що один конкретний критерій або структура може вважатися вирішальним для класифікації сукупності кожної правової системи в рамках однієї і тієї ж сім'ї. Однак, оскільки всі ці класифікації базуються тільки на приватному праві, очевидно, що класифікації публічного права можуть привести до зовсім інших результатів, знову-таки в залежності від використовуваних критеріїв (королівство або республіка, федеральна або централізована держава, прямі вибори ключових керівних органів або непрямі, наявність конституційного суду в державі або відсутність, ступінь поваги до прав людини і т. д.). У приватному праві можна також стверджувати, що неможливо зробити одну загальну класифікацію, тому що має бути врахована ще якась одна відмінність (сімейне право, земельне право, спадкове право, трудове право тощо).

В результаті має бути можливість визначити ці вторинні норми в кожній правовій системі і порівняти їх з точки зору правотворчої компетенції (хто наділений повноваженнями створювати право або змінювати його?) або для винесення судового рішення (хто наділений владою виносити (остаточне) рішення про застосування права?). Більше того, в розвинених правових системах все це повинно відбуватися за допомогою спеціальних процедур [6, с. 106].

Таким чином, питання полягає в тому, наскільки процедура законотворчості та винесення судового рішення є релевантною для всіх правових систем. Звичайно, у більш примітивних правових системах такі функції можуть бути змішані (наприклад, вождь племені одночасно має владу створювати право і застосовувати його), а процедури можуть бути дуже обмеженими. Таким чином, ступінь розвитку таких процедур і ступінь поділу між правотворчістю та правозастосуванням може бути порівняльним критерієм для класифікації правових систем на рівні їх вторинних норм.

Добре відомий в англо-саксонському правовому світі, в меншій мірі - в іншому світі, аналіз поняття «суб'єктивне право» (right) американського професора права У. Н. Хофельда [7, с. 36]. Він зауважив, що поняття «суб'єктивне право» використовується в декількох різних значеннях. Воно може означати «вимогу», «владу», «свободу» або інші юридичні поняття, які Хофельд називає «іммунітетом» (позбавленням від чужої юридичної влади) і «привілеєм» (виключенням із більш загальної заборони). Це уточнення поняття «суб'єктивне право» було важливим кроком вперед в аналізі його «глибинної структури» і в з'ясуванні фактичного значення даного слова, що використовується в декількох різних контекстах. Крім того, і найголовніше, вчений вивчав логічні зв'язки між різними групами значень поняття «суб'єктивне право» та інших понять, таких як «обов'язок» або «відповідальність» [7, с. 36].

Найамбітішшу спробу визначити «правову граматику» правових систем з точки зору їх аналітичного і структурного порівняння можна знайти в роботі Л. Поспішила [8, с. 346]. Як антрополог права, він намагався виробити модель, яка могла б бути використана для міжкультурного порівняння як примітивних суспільств, так і сучасних розвинених правових систем. Добре усвідомлюючи важливість ролі ідеології в праві, що найбільш очевидно в разі міжкультурного порівняння, він підкреслює необхідність «порівняльного аналізу основних «правових постулатів», виведених з культури та її інститутів в цілому, з одного боку, і правових цінностей, відокремлених від *ius*, сформульованого в судових рішеннях,



Це уточнення поняття «суб'єктивне право» було важливим кроком вперед в аналізі його «глибинної структури» і в з'ясуванні фактичного значення даного слова, що використовується в декількох різних контекстах. Крім того, і найголовніше, вчений вивчав логічні зв'язки між різними групами значень поняття «суб'єктивне право» та інших понять, таких як «обов'язок» або «відповідальність». Наприклад, якщо у вас є право зробити «А», не може бути виведених з культури та її інститутів в цілому, з одного боку, і правових цінностей, відокремлених від іus, сформульованого в судових рішеннях, - з іншого» [9, с. 347].

У сучасній Україні порівняльні кримінально-правові дослідження проводяться, зазвичай, з метою оволодіння позитивним досвідом вирішення певних кримінально-правових проблем у зарубіжних країнах і застосування набутих в такий спосіб знань в Україні.

Всі вчені-правознавці погодяться, що порівняльне дослідження в загалі, та в кримінальному праві, зокрема, не може бути обмежене буквальною порівнянням правових норм, концепцій або систем. Навіть національна правова доктрина, принаймні, бере до уваги способи застосування закону на практиці, наскільки це впливає з судових рішень. З іншого боку, контекстно-правовий метод не може бути ізольований від інших методів. Для адекватного розуміння права вони повинні доповнювати один одного і бути взаємозалежними. У той час як деякі форми аналітичного методу можуть здійснюватися на більш абстрактному, концептуальному рівні, відірваному від основної соціальної реальності, з іншими способами порівняння справа йде інакше.

Функціональний метод вже за визначенням відноситься до контексту: за допомогою якої правової конструкції вирішується та чи інша соціальна проблема? Якщо суспільство хоче, щоб його громадянин діяв відповідально і обережно, щоб уникнути заподіяння шкоди іншим, воно може використовувати деліктне право, договірне право, статутні зобов'язання, «суб'єктивну» або «об'єктивну» відповідальність тощо. У різних правових системах і в різних ситуаціях законодавці (або судді) можуть вибрати різні засоби для досягнення однакового результату.

З метою забезпечення відшкодування збитків вони можуть вводити обов'язкове страхування або інші способи, які повинні привести до збалансованої розподільної справедливості, як передбачає світогляд (більшості) членів даного суспільства [10, с. 4]. Таким чином, функціональний метод, принаймні до певної міри, включає контекстно-правовий метод. З декількох вищезазначених прикладів видно, що структурний метод і частково аналітичний метод не можуть бути застосовані без хоча б мінімального використання контекстно-правового підходу, навіть якщо на практиці це використання часто є більш прихованим, ніж явним.

Історичний метод є лише частиною контекстно-правового методу, в контексті сучасних законів порівнюються між собою їхні історичні корені. Особливістю історичного підходу є те, що його використання не можна уникнути в будь-якому порівняльному дослідженні. Повне розуміння права таким, як воно сьогодні функціонує в певних суспільствах, можливе тільки тоді, коли відомо, звідки воно прийшло і чому воно таке, яке воно є сьогодні. Не випадково серед істориків права «порівняльно-правова історія» стала дуже популярною в останнє десятиліття.

Для порівняння, як підкреслювалося вище, нам потрібен *tertium comparationis* (третій член порівняння - лат.) [11, с. 293-296]. Ми не повинні дивитися на зарубіжні правові системи з точки зору доктринальних основ нашої власної правової системи, нам необхідно спробувати вийти за її межі за допомогою зовнішніх «нейтральних» елементів, що використовуються для порівняння правових систем: «компаративісти повинні використати упередження рідної правової системи».

Дійсно, опис права - це не «об'єктивна» діяльність, він не дає «чистих фактів», які всі побачать одним і тим же чином, як при порівнянні квітки з деревом або собаки з кішкою [12, с. 324]. Вивчення понять, норм, інститутів, - того, як вони влаштовані в інших суспільствах, - принаймні на першому етапі, завжди відбувається на тлі власної правової системи та її доктринальних основ.



Отже, при проведенні кримінально-правового порівняльного дослідження науковець наділений цілим арсеналом різноманітного інструментарію, що містить у собі такі методологічні можливості. По-перше, це функціональний метод спрямований на вивчення реально існуючої соціальної проблеми і шляхів її вирішення в різних країнах, аналогічних або різних способів, зі схожими або відмінними результатами. Основний акцент робиться на соціальних проблемах і фактичному результаті використання правового підходу до їх вирішення. По-друге, це аналітичний метод за допомогою якого вивчаються (комплексні) правові поняття і норми (наприклад, власність) в різних правових системах таким чином, щоб виявити спільне і відмінне (претензії, правомочності, компетенції тощо). По-третє, структурний метод, який робить акцент на основі права або його елементах, реконструйованих за допомогою аналітичного підходу. По-четверте, історичний метод, що використовуються для розуміння відмінностей і подібностей між правовими системами та для визначення ступеня їх приналежності або до глибоко вкоріненої традиції, або до випадкової історичної події. І в-п'яте, контекстно-правовий метод, що фокусується на поточному соціально-правовому контексті, в тому числі, у відповідних випадках, на культурі, економіці, психології, релігії та т. д.

Більша частина цих методів допоможе досліднику тієї чи іншої кримінально-правової проблеми перейти від поверхневого рівня порівняння до більш глибокого рівня: визначити різні відтінки поняття «суб'єктивне право», включені в комплексні правові поняття; вивчити норми та інститути, що лежать в основі світогляду; виявити за видимими відмінностями загальну структурну основу; знайти ланки історії, що послаблюють силу протистояння, здавалося б, протилежних і непримирених підходів тощо.

Список використаних джерел:

1. Adams M., Griffiths J. Against "Comparative Method": Explaining Similarities and Differences // *Practice and Theory in Comparative Law* / M. Adams, J. Bomhoff (eds.). Cambridge, 2012. P. 279–301.
2. Савченко А. В. Поняття порівняльного кримінального права та загальна характеристика основних сучасних правових сімей : навчальний посібник «Кримінальне право: Загальна частина». URL: http://www.naiu.kiev.ua/books/mnp_krum_pravo_zag/Files/Lekc/T21/T21_P1.html.
3. Samuel G., Berthelot J.-M. 1) Programmes, paradigms, disciplines: pluralité et unité des sciences sociales. *Epistémologie des sciences sociales*. J.-M. Berthelot (ed.). Paris, 2001. P. 484;
4. Michaels R. The Functional Method of Comparative Law. *Oxford Handbook of Comparative Law*. M. Reimann, R. Zimmermann (eds.). Oxford, 2006. P. 342
5. Husa J. *European Review of Private Law*. 2011. P. 221–222.
6. Graziadei M. The Functionalist Heritage. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. P. Legrand and R. Munday (eds.) Cambridge, 2003. P. 103.
7. Hohfeld W. N. *Fundamental Legal Conceptions, as Applied in Judicial Reasoning*. Westport Conn, 1978. P. 36.
8. Pospisil L. *Anthropology of Law: A Comparative Theory*. New York, 1971. P. 346.
9. Brouwer P. W., Hage J. Basic Concepts of European Private Law. *15 European Review of Private Law*. 2007. P. 4.
10. Merryman J. H. *Comparative Law and Scientific Explanation*. Merryman J. H. *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*. The Hague; London; Boston, 1999. P. 478–502.
11. Adams M., Griffiths J. Against "comparative method": explaining similarities and differences. *Oxford*, 2008. P. 293–296.
12. Lemmens K. *Comparative Law As an Act of Modesty: a Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship*. *Practice and Theory in Comparative Law*. M. Adams, J. Bomhoff (eds.). P. 324.

