

Кресін Олексій Веніамінович, керівник
Центру порівняльного правознавства
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України, член-
кореспондент Міжнародної академії
порівняльного права, кандидат юридичних
наук, доцент

УЧЕННЯ ПРО ЕЛЕМЕНТИ МЕТОДИКИ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВОГО АНАЛІЗУ В ПРАЦЯХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ УЧЕНИХ-ЮРИСТІВ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ ХVIII – ПЕРШОЇ ТРЕТИНИ ХІХ СТОЛІТТЯ

Історично формування вчення про цілі порівняння в праві, розглянуте нами в інших працях, супроводжувалося появою ідей про елементи методики або техніки порівняльно-правового аналізу. Так, німецький учений Й. С. Пюттер 1767 року вказував на можливість пізнання правопорядків за аналогією з іншими, що належать до тієї самої історично сформованої групи, керуючись презумпцією історичного існування одного первинного для них права. Українсько-польський юрист І. Б. Раковецький 1820 року на підставі презумпції історичного існування для кожної етномовної групи народів єдиного корінного права обстоював можливість пізнання одного правопорядку за аналогією з іншим.

Італієць В. Куоко 1805 року називав небезпеками в порівняльному вивченні права: 1) неточне знання зарубіжного права; 2) відхід від емпіричності й історичності пізнання зарубіжного права, причин, які його зумовили; 3) вивчення зарубіжних законів без практики їх застосування. Однією з умов правильного порівняння є вивчення понять, що використовуються в зарубіжному праві, «словників законів», адже різні терміни можуть означати те саме, а однакові – різне.

Білоруський, литовський, польський, російський та український учений Г. М. Данилович 1818 року виокремлював такі елементи методики порівняльно-правового дослідження, присвяченого рецепції права: порівняння фізичних, політичних, духовних чинників розвитку права у двох країнах; окремий нормативний і доктринальний (дух) аналіз правопорядків; порівняння окремих інститутів, норм та досвіду розв'язання

проблем – не лише нормативного, а й з використанням відомостей про застосування права, позаправові регулятори; визначення подібностей і відмінностей, пояснення їхніх причин, зокрема й через історію права, із залученням матеріалів ширшого кола правопорядків та філософії права; визначення спільних переваг і недоліків двох правопорядків, конкретних переваг і недоліків кожного з порівнюваних правопорядків; розгляд питання про доцільність запозичення принципів, інститутів і норм права з одного правопорядку до іншого, зокрема з прогнозуванням наслідків цього.

На думку німецько-данського юриста Н. Н. Фалька (1821), порівняльно-правові дослідження не повинні бути підпорядковані будь-яким апіорним схемам, мають керуватися єдиними критеріями оцінки різних національних правопорядків. Припустимим є пізнання права народів за аналогією з іншими, що входять до тієї самої історично сформованої групи. Фальк констатував недостатність формального мовно-термінологічного зіставлення правових норм, акцентуючи на необхідності порівняння їх суті.

Німецький науковець Е. Ганс 1823 року зазначав, що простий фактологічний опис національного права ще не має наукового характеру, він повинен бути спрямований на пізнання (за змістом – і на формування) певного поняття, ідеї (іманентної і сутнісної для об'єкта пізнання), містити в собі методологію та філософію, «порівняння і думку про нього». Отже, ні окреме (національний правопорядок), ні просте накопичення фактів не мають бути в такому дослідженні самодостатніми. За умови дотримання цієї вимоги порівняльне дослідження може бути спрямоване як безпосередньо на з'ясування того чи того поняття, так і на «вільну форму» опису у вигляді рефлексії чи умовиводу. Щоправда, 1835 року він ослабив цю вимогу, визнавши самостійне значення для розвитку порівняльних досліджень суто фактологічних праць. Ще однією вимогою є уникнення суб'єктивності під час вибору об'єктів порівняння, зокрема національних правопорядків. Зважаючи на те, що право є породженням еволюції суспільств, а кожне з них унікальне, Е. Ганс висунув вимогу пошуку і пояснення шляхів розвитку розбіжностей між ними замість намагання обмежитися лише

їхніми подібними рисами. Також він запропонував поряд з іншими підходами використовувати в порівняльному дослідженні підхід «ключової точки» – визначення певного правового явища як константи, з якою зіставляють інші явища. Зокрема, такою константою (в жодному разі не абсолютною) для свого історико-порівняльного дослідження він обрав класичне римське право, що, на його думку, давало змогу прослідкувати історичне становлення інших правопорядків у зіставленні з ним. На думку Г. Монгаупта, Ганс розглядав кожний правопорядок окремо за однаковими критеріями (сім'я, майно, воля, заповіт), після чого давав узагальнений аналіз, хоча й досить стислий.

Німецький учений К. С. Цахарія (1829) вважав за можливе розглядати європейський правовий розвиток як односпрямований, а тому розташувати правопорядки за рівнем цього розвитку: Франція і Великобританія – попереду, Португалія й Іспанія – позаду тощо. Водночас учений вказував на можливість пізнання правопорядків за аналогією з іншими, що належать до тієї самої історично сформованої групи, з огляду на презумпцію історичного існування одного первинного для них права.

Мислитель П. Й. А. фон Фейсбах пропонував вивчати національні правопорядки окремо за єдиними критеріями, а потім порівнювати результати, виявляючи не тільки й не стільки подібності, скільки протилежності. Польський учений В. А. Мацеєвський (1832) серед елементів своєї дослідницької методики акцентував на пізнанні в межах однієї етномовної групи одного народу за аналогією з іншим і підхід «центральної точки».

Дослідник Ж. Л. Е. Лермін'є (1836) писав про три стадії порівняльного дослідження в праві: 1) спостереження фактів; 2) відтворення якостей і відносин; 3) зведення моральних особливостей до найпростішого їх вираження. Контекст дає змогу розуміти це як: 1) вивчення певної проблематики в праві окремих країн; 2) визначення суттєвих питань, що можуть бути предметом зіставлення, здійснення щодо них порівняння; 3) узагальнення подібностей і відмінностей у вигляді формулювання понять, визначення тенденцій тощо. Також

Лермінє показав взаємозв'язок і виокремив синхронне та діахронне порівняння в праві. На його думку, унаслідок зіставлення позитивного права мають виокремлюватися загальні й регіональні правові феномени, які узагальнюють до рівня теорії, а остання потім має перевірятися за допомогою історико-порівняльного правового дослідження. Подальше ж опрацювання результатів здійснюють за допомогою філософського інструментарію.

Отже, європейські дослідники другої половини XVIII – першої третини XIX ст. вважали, що на підставі здійснення порівняльно-правових досліджень можна сформулювати окремі елементи їх методики. Серед останніх було запропоновано такі: 1) уникнення апіоризму та суб'єктивізму, непідкорення дослідження завчасно розробленим теоретичним схемам, а навпаки – формулювання теорії на підставі порівняння; 2) формування єдиного підходу до правопорядків, зокрема через визначення єдиних критеріїв опису і порівняння права; 3) недостатність формального (догматичного, термінологічного) порівняння, вимога порівнювати справжнє значення правових норм, пізнання їхньої соціальної своєрідності; 4) ненауковість ізолюваного розгляду національного правопорядку, необхідність його пізнання в контексті інших правопорядків; 5) можливість виокремлення «ключової точки», константи – певного правопорядку, з яким порівнюють інші правопорядки; 6) презумпція історичної реальності «первинного», або «корінного», права, історичної наступності правопорядків як частини культури народів, що уможлиблює пізнання правопорядків у межах груп за аналогією; 7) презумпція односпрямованого розвитку правопорядків. Найбільш розгорнуту методику порівняльно-правового аналізу запропонував Лермінє, сформулювавши його стадії, особливості та взаємозв'язок синхронного і діахронного порівняння.