

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й   Ж У Р Н А Л

# ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований    Видається  
у 1922 р.    щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію    Передплатний індекс  
Серія КВ № 23026-12866ПР    74424

Адреса редакції    Головний редактор  
вул. Багговутівська, 17–21    доктор юридичних наук, професор,  
м. Київ, 04107, Україна    академік НАПрН України  
тел.: +380(44) 537-51-10    ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Веб-сайт: <http://www.pravoua.com.ua>    Голова Редакційної ради  
E-mail: [editor.pravoua@gmail.com](mailto:editor.pravoua@gmail.com)    доктор юридичних наук, професор,  
Офіційна сторінка у Facebook:    член-кореспондент НАПрН України  
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>    РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

*Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук*  
(наказ Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2017 р. № 1714)

*Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)*  
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

*Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща)*  
(листопад 2014 р.)

*Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)*  
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Видавець  
© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь ТАЦЙ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій ШЕМШУЧЕНКО, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. БАТЛЕР (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій БИТЯК, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав БОРИСОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ГОНЧАРЕНКО, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ДЕНИСОВ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола КОЗЮБРА, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр КРУПЧАН, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олена ЛУКАШЕВА, д-р юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); Василь НОР, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Юрій ОБОРОТОВ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Віталій ОПРИШКО, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; Микола ПАНОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро ПРИТИКА, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро РАБІНОВИЧ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій СЕЛІВАНОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола СЕЛІВОН, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь СІРЕНКО, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан СУЛЕЙМЕНОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Іван ТИМЧЕНКО, канд. юрид. наук, старш. наук. співроб., акад. НАПрН України; Володимир ТИХИЙ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ШАПОВАЛ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Олександр СвЯтоцький (головний редактор), д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Руслан Стефанчук (голова), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ірина Венедіктова (перш. заст. голови), д-р юрид. наук, проф.; Олег Посикалюк (перш. заст. головного редактора), канд. юрид. наук, доц.; Тетяна Коломоєць (заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Рєзнікова (заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф.; Юрій Галаєвський (заст. головного редактора), засл. юрист України; Наталя Антонюк, канд. юрид. наук., доц.; Юрген Базедов (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор Базов, канд. юрид. наук; Сергій Балашенко, д-р юрид. наук, проф. (Білорусь); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України;

Олександр Батанов, д-р юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д-р юрид. наук, проф.; Назар Бобечко, д-р юрид. наук, доц.; Антоніна Бобкова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Андрій Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Ігор Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Бростл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир Бурдін, д-р юрид. наук, проф.; Ганна Буяджи, канд. юрид. наук; Валентина Васильєва, д-р юрид. наук, проф.; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Данило Гетманцев, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Гетьман, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Віктор Грищук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Гудима, канд. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Наталя Гуторова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Дроздов, канд. юрид. наук, доц.; Віктор Єрмолаєв, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Журавель, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Джозеф Зігеле (JOSEF SIEGELE), doctor iuris (Austria); Алієв Амір Ібрагім, д-р юрид. наук, проф. (Азербайджан); Тетяна Кагановська, д-р юрид. наук, проф.; Іван Калаур, д-р юрид. наук, проф.; Оксана Каплина, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ніна Карпачова, канд. юрид. наук, доц.; Василь Кисіль, д-р юрид. наук, проф.; Олена Кібенко, д-р юрид. наук, доц.; Віктор Колісник, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Колодій, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Тетяна Корнякова, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Костенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олексій Кот, д-р юрид. наук; Олена Кохановська, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Станіслав Кравченко; Володимир Кравчук, д-р юрид. наук, проф.; Олексій Кресін, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; Наталя Кузнєцова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Ярослав Лазур, д-р юрид. наук, доц.; Василь Лемак, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Леонід Лобойко, д-р юрид. наук, проф.; Дмитро Лук'янов, д-р юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспеник, канд. юрид. наук, доц.; Богдан Львов, канд. юрид. наук; Роман Майданик, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Андрій Мелешевич, д-р філософії (Ph.D.), доц.; Роман Мельник, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Мережко, д-р юрид. наук, проф.; Лідія Москвич, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олеся Отраднава, д-р юрид. наук, доц.; Наталя Пархоменко, д-р юрид. наук, проф.; Петро Пацурківський, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д-р юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д-р юрид. наук, проф.;

#### РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

Микола Погорецький, д-р юрид. наук, проф.; Сергій Погрівний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрій Притика, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, канд. юрид. наук.; Наталя Рассказова, канд. юрид. наук., доц. (Росія); Михайло Савчин, д-р юрид. наук, проф.; Ирина Сенюта, д-р юрид. наук, доц.; Світлана Сербогіна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Сліденко, д-р юрид. наук; Ксенія Смирнова, д-р юрид. наук, доц.; Михайло Смокович, д-р юрид. наук; Марина Стефанчук, д-р юрид. наук; Микола Стефанчук, канд. юрид. наук, доц.; Семен Стеценко, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Хирохіде Такікава, (HiRONIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д-р юрид. наук; Олег Ткачук, д-р юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, канд. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (SPYRIDON FLOGATIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Джабір Халілов, канд. юрид. наук., доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Хуторян, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галія Чанишева, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Станіслав Шевчук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Валерій Шепітько, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Олексій Ющик, д-р юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д-р юрид. наук, проф.

#### РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національна академія прокуратури України; Національний університет “Кієво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ

#### ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; ГО “Союз юристів України”; Юридичний портал *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

## ЗМІСТ

*Актуальна тема номера:*  
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА  
ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА”

ВСТУПНЕ СЛОВО.....	11
П'ять БЕСІД ІЗ МАЙСТРОМ	
Інтерв'ю професора Університету штату Пенсильванія (США) Вільяма Елліотта Батлера – головному редакторові журналу “Право України” Олександрю Святоцькому та координатору актуальної теми Олексію Кресіну.....	16
<i>I. Ідентичність порівняльного правознавства</i>	
Олександр Тихомиров Проблеми компаративної саморефлексії порівняльного правознавства як юридичної компаративістики .....	30
CSABA VARGA Comparative Jurisprudence as Scholarship and Profile of Education .....	49
Хашматулла Бехруз Порівняльне правознавство як навчальна дисципліна у системі юридичної освіти України: занепад чи сподівання на оновлення? .....	65
Олександр Ткаченко Несамодостатність права як фундаментально-онтологічна основа правового порівняння.....	77
Мехман Дамірлі Порівняльний фікх: предметна характеристика.....	95
<i>II. Правові системи та їх взаємодія як предмет порівняльного правознавства</i>	
Олексій Кресін Особливе в праві та класифікація національних правопорядків у другій половині XVIII – першій третині XIX ст. (до питання про генезис порівняльно-правової картини світу).....	107
WILLIAM ELLIOTT BUTLER What Makes Socialist Legal Systems Socialist?.....	131

ЗМІСТ

ДМИТРО ЛУК'ЯНОВ  
Правова система: поняття та різноманітність у сучасному світі. . . . . 158

ЄВГЕН ХАРИТОНОВ, ОЛЕНА ХАРИТОНОВА  
Лабільність правових систем як чинник правової акультурації. . . . . 177

*III. Аспекти застосування порівняльно-правової методології*

НАТАЛІЯ ОНЩЕНКО  
Порівняльно-правові дослідження:  
прагматичний контекст. . . . . 195

АКМАЛЬ САІДОВ  
Порівняльне правознавство і національна правова  
система Узбекистану . . . . . 206

FRANÇOIS ANCEL, BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON  
Is Renovating the General Law of Contracts Useful?  
The French Experience. . . . . 220

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ . . . . . 229

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ  
“Національна доктрина порівняльного правознавства” . . . . . 235

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

ОЛЕКСАНДРА КОЛОГОЙДА  
Щодо поняття та критеріїв корпоративного спору . . . . . 237

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

СЕРГІЙ ТЕЛЕНИК  
Служба безпеки України як суб'єкт державної системи захисту  
критичної інфраструктури. . . . . 260

ДИСКУСІЇ ТА ОБГОВОРЕННЯ

МИКОЛА ТІТОВ  
Визначення правових дефініцій як ключ  
до успішного продовження реформи  
з децентралізації влади в Україні . . . . . 287

ПЕРСОНАЛІЇ

ОЛЕКСІЙ КРЕСІН  
Видатний компаративіст Патрик Гленн . . . . . 296

## РЕЦЕНЗІЇ

ОЛЕКСАНДР ТИХОМИРОВ Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень (рецензія на монографію Олексія Кресіна “Становление теоретических оснований сравнительно-правовых исследований во второй половине XVIII – первой трети XIX века: компаративная концептуализация”) . . . . .	300
---	-----

## ПРОВІДНІ НАУКОВІ ЮРИДИЧНІ УСТАНОВИ

Міжнародна асоціація юридичних наук при ЮНЕСКО . . . . .	306
--	-----

*RATIO DECIDENDI – ЄДНІСТЬ ТА СТАЛІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ**Практика Європейського суду з прав людини*

Витяг із рішення Європейського суду з прав людини від 29 червня 2006 р. у справі “Пантелеєнко проти України” . . . . .	312
--	-----

*Правові позиції Верховного Суду**Цивільна юрисдикція*

Про новацію як підставу припинення існуючого зобов’язання за договором оренди землі . . . . .	319
--	-----

-----  
Актуальна тема наступного номера:  
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА”  
-----

## TABLE OF CONTENTS

*Central Topic of the Issue:*  
“THE NATIONAL DOCTRINE OF COMPARATIVE JURISPRUDENCE”

INTRODUCTORY WORD.....	11
FIVE CONVERSATIONS WITH THE MASTER	
Interview with Professor of the Pennsylvania State University (USA) WILLIAM ELLIOTT BUTLER – to Editor-in-Chief of the Journal “Law of Ukraine” OLEKSANDR SVIATOTSKYI and the Central Topic’s Coordinator OLEKSIY KRESIN .....	16

### *I. Identity of Comparative Jurisprudence*

OLEKSANDR TYKHOMYROV Aspects of Comparative Self-Reflection of Comparative Jurisprudence as Legal Comparatistics .....	30
CSABA VARGA Comparative Jurisprudence as Scholarship and Profile of Education .....	49
HASHMATULLAH BEKHROUZ Comparative Jurisprudence as an Instructional Discipline in the System of Legal Education in Ukraine: a Decline or the Hope for Renovation? .....	65
OLEKSANDR TKACHENKO Lacking Self-Sufficiency of Law as the Fundamental and Ontological Basis of Legal Comparison .....	77
MEHMAN DAMIRLI Comparative Fiqh: Substantive Characterization.....	95

### *II. Legal Systems and Their Interaction as the Subject Matter of Comparative Jurisprudence*

OLEKSIY KRESIN The Particular in Law and Classification of National Legal Orders in the Second Half of the 18th – the First Third of the 19th Century (towards the Issue of the Genesis of the Comparative Legal Picture of the World).....	107
WILLIAM ELLIOTT BUTLER What Makes Socialist Legal Systems Socialist? .....	131



TABLE OF CONTENTS

DMYTRO LUKIANOV  
Legal System: the Concept and Diversity in the Modern World ..... 158

EVGEN KHARYTONOV, OLENA KHARYTONOVA  
Liability of Legal Systems as a Factor of Legal Acculturation ..... 177

*III. Application Aspects of Comparative Law Methodology*

NATALIIA ONISHCHENKO  
Comparative Legal Studies: a Pragmatic Context..... 195

AKMAL SAIDOV  
Comparative Jurisprudence  
and the National Legal System of Uzbekistan ..... 206

FRANÇOIS ANCEL, BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON  
Is Renovating the General Law of Contracts Useful?  
The French Experience..... 220

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC..... 229

SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC  
“The National Doctrine of Comparative Jurisprudence” ..... 235

ECONOMIC LAW AND PROCESS

OLEKSANDRA KOLOHOIDA  
On the Concept and Criteria of Corporate Dispute..... 237

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS

SERHII TELENYK  
The Security Service of Ukraine as an Entity of the State System  
of Critical Infrastructure Protection ..... 260

DISCUSSIONS AND DEBATES

MYKOLA TITOV  
Setting Legal Definitions as the Key to Successful Continuation  
of the Power Decentralization Reform in Ukraine..... 287

PERSONALITIES

OLEKSIY KRESIN  
Renowned Comparatist Patrick Glenn..... 296

TABLE OF CONTENTS

REVIEWS

OLEKSANDR TYKHOMYROV  
Formation of the Comparative Legal Studies Theoretical Foundations  
(Review of the Monograph by Oleksiy Kresin  
“Formation of the Comparative Legal Studies Theoretical Foundations  
in the Second Half of the 18th – the First Third of the 19th Century:  
Comparative Conceptualization”) . . . . . 300

LEADING INSTITUTIONS OF LEGAL SCIENCE

International Association of Legal Science under Auspices of UNESCO . . . . 306

*RATIO DECIDENDI* – CASE LAW UNITY AND STABILITY

*Case Law of the European Court of Human Rights*

Abstract of ECHR Judgment of June 29, 2006  
in the Case of Panteleyenکو v. Ukraine . . . . . 312

*Legal Positions of the Supreme Court*

*Civil Jurisdiction*

On Novation as the Ground of Release  
from an Outstanding Liability under a Land Lease Contract . . . . . 319

-----  
*Central Topic of the Next Issue:*  
“THE NATIONAL DOCTRINE OF ADMINISTRATIVE COURT  
PROCEDURE”  
-----

Актуальна тема номера:  
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА  
ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА”



Олексій Кресін

доктор юридичних наук, доцент,  
старший науковий співробітник,  
член-кореспондент Міжнародної академії  
порівняльного права,  
керівник Центру порівняльного правознавства  
Інституту держави і права  
імені В. М. Корецького НАН України  
(м. Київ, Україна)  
okresin@gmail.com

ВСТУПНЕ СЛОВО

“Право України” як флагманський український юридичний журнал вже вдруге за останні роки визначає темою номеру порівняльне правознавство. Це факт важливий і не випадковий, він підкреслює визнання непересічного значення порівняльно-правових досліджень у розвитку правової системи України та правової науки нашої держави, відображає стрімкий розвиток юридичної компаративістики. Надзвичайно вдячний, що вже вдруге роль та обов’язки упорядника актуальної теми випадають мені.

Попередній раз (№ 3–4/2013) основний блок актуальної теми складався з 32 статей учених із України, Угорщини, Франції, Данії, США, Узбекистану, Росії, Молдови, Білорусі, об’єднаних у сім рубрик, присвячених філософії, методології, теорії, історії, викладанню порівняльного правознавства, наднаціональним проблемам розвитку правових систем, теоретико-методологічним і практичним проблемам їхньої взаємодії. Зміна формату журналу та актуальних тем цього разу дещо звузила можливість представлення думок провідних компаративістів, але не знижує якість матеріалів, що представлені Вашій увазі.

На нашу думку, логіка авторського вступу до цієї підбірки передбачає авторську концептуалізацію предмета, якому вона присвячена. Отже, порівняльне правознавство (юридична компаративістика) – юридична наука, сфера та напрям юридичних і міждисциплінарних досліджень, що вивчає правові масиви та системи за допомогою комплексу методів,

© Олексій Кресін, 2019

провідне місце серед яких належить порівняльним, а також саму порівняльно-правову методологію.

Порівняльна методологія (порівняльно-правовий і порівняльно-типологічний методи) використовується при дослідженні всіх правових явищ. Але порівняльне правознавство не тотожне порівняльно-правовій методології, засноване на послідовному використанні порівняльно-правового та порівняльно-типологічного як спеціально-наукових методів у поєднанні з філософськими, загальнонауковими та спеціально-науковими методами з метою досягти певних порівняльно-зіставних висновків. Сукупність цих методів, підпорядкована зазначеній меті, формує порівняльно-типологічний підхід, який відрізняє порівняльне правознавство від теорії та історії права, побудованих на теоретичному та генетичному підходах.

Предметом порівняльного правознавства є право (більше ніж одного правопорядку) у всіх його проявах та зв'язках, від інших наук його відрізняє насамперед не предмет, а методологічний (порівняльно-типологічний) підхід як основний, базовий, фундаментальний. Специфічними предметами порівняльного правознавства є порівняльно-правова методологія, сталі зв'язки правопорядків, що формують їх кола (правові сім'ї, традиції права), персональні та територіальні релігійні правові системи, форми, методи й результати взаємодії одно- і різнотипових правових систем, взаємовпливи права та інших соціорегулятивних систем.

Специфічними об'єктами порівняльного правознавства є формування правової картини світу, визначення загального й особливого в розвитку правових систем у глобальному та регіональному вимірах, створення загальної концепції вивчення права у позаправових контекстах (соціальному, ідеологічному, політичному, антропологічному тощо), порівняльне пізнання національного права. Специфічні об'єкти відрізняють порівняльно-правове дослідження від простого вивчення зарубіжного права. Дослідження права окремої зарубіжної країни (так зване "юридичне країнознавство") та паралельне дослідження галузей, інститутів і норм права кількох зарубіжних країн, які не мають за мету досягнення порівняльно-зіставних висновків, виявлення та пояснення спільних, особливих й одиничних рис, створення класифікаційних і типологічних груп, не дають уявлення про сутність тенденцій сучасного розвитку права у наднаціональному масштабі, безпосередньо не входять до предмета порівняльного правознавства, хоча й надають матеріал для порівняльно-правових досліджень.

Порівняльне правознавство почало розвиватися на початку XIX ст. у зв'язку з кризою природно-правової, формуванням історичної та істо-

рико-філософської шкіл права, посиленням інтересу вчених до національного права, з одного боку, становленням національних правових систем, інтенсифікацією міжнародних економічних зв'язків – з другого. Першим назву і визначення цієї наукової дисципліни запропонував П. Й. А. фон Фейєрбах у 1800–1810 рр., а вже у 1820-х роках воно стало викладатися у низці німецьких університетів, з'явилися перші спеціалізовані наукові журнали. Народження українського порівняльного правознавства у першій половині XIX ст. пов'язане з такими вченими, як Т. Чацький, І. Раковецький, С. Орнатський, М. Іванишев, О. Палюмбецький та ін. Пізніше значний внесок у його розвиток зробили М. Ковалевський, М. Максимейко, Ф. Тарановський, В. Корецький, В. Денисов, П. Мартиненко, О. Тихомиров, О. Скакун, Л. Луць, Х. Бехруз, М. Дамірлі, Є. та О. Харитонові, Н. Оніщенко, Д. Лук'янов та ін.

Найбільш поширеними у сучасній Україні школами порівняльного правознавства є функціоналістська та культуроцентрична. Методологічною парадигмою сучасного порівняльного правознавства є визнання плюралізму правопорядків та рівної цінності правових систем (як таких, що виконують однакові функції у суспільстві), так само як суспільних учень церков, які становлять доктринальну основу частини правових систем.

Результати порівняльно-правових досліджень використовуються на національному, міжнародному та наддержавному рівнях: а) судами (при вирішенні нерегульованих національним, міжнародним чи наддержавним правом питань; при виникненні колізії правових норм; при виборі методів тлумачення правових норм); б) законодавцями та іншими нормотворцями (при підготовці проектів нормативних актів; для визначення відповідності національного правового регулювання міжнародному чи наддержавному; при виборі форм, методів та визначенні результатів зближення національного права з іншим (іншими) національним (національними), наддержавним чи міжнародним правом; у федеративних чи конфедеративних державах – для створення модельного законодавства та здійснення інших уніфікаційних робіт, експертизи федеральних та суб'єктних правових актів на відповідність тощо); в) міжнародними (урядовими та неурядовими) й наддержавними організаціями (при розробці нових нормативних актів; здійсненні уніфікаційних правових проектів; визначенні відповідності національного права міжнародному (наддержавному)); г) в юридичній освіті (для вироблення навичок самостійного мислення студентів; ефективного вивчення правових масивів і систем у порівнянні та в контексті).

На практиці юристами у всьому світі широко використовується нормативне порівняння, яке охоплює лише формально-правові та кількісні,

не враховуючи значно важливіших якісних аспектів: функціональної ефективності, ідеологічного та соціального значення певної норми у певній національній правовій системі тощо. Проте загальноприйнятної методики практичного використання функціональних, культурологічних та інших порівняльно-правових досліджень поки що немає.

Для розвитку порівняльного правознавства на всіх континентах світу створено спеціалізовані наукові інститути, центри, товариства, асоціації, академії, національні комітети, яких налічується не менше трьохсот. Серед них найбільш потужними є Американське товариство порівняльного права, Центр порівняльного конституціоналізму, Інститут міжнародного та порівняльного права у місті Даллас (США); Товариство порівняльного законодавства, Інститут порівняльного права ім. Е. Ламбера, Об'єднання порівняльного права, Паризький інститут порівняльного права (Франція); Італійська асоціація порівняльного права; Нідерландська асоціація порівняльного права; Швейцарський інститут порівняльного права; Товариство порівняльного права, Інститут зарубіжного публічного права та міжнародного права, Інститут зарубіжного та міжнародного соціального права (Німеччина); Британський національний комітет порівняльного правознавства, Інститут європейського та порівняльного права Оксфордського університету (Велика Британія); Інститут порівняльного права (Сербія). У тисячах університетів діють кафедри порівняльного правознавства, а відповідні навчальні курси стали обов'язковим елементом юридичної освіти у багатьох країнах.

Вже понад століття проводяться регулярні представницькі міжнародні конгреси порівняльного правознавства, у витоків яких стояли також українські компаративісти. Створено Міжнародний факультет порівняльного права (Франція), низку спеціалізованих міжнародних наукових об'єднань, серед яких найавторитетнішими є Міжнародна асоціація юридичних наук (Франція), Міжнародна академія порівняльного права (Франція), Міжнародний інститут уніфікації приватного права (Італія), Всесвітнє товариство дослідників змішаних юрисдикцій (США).

Шлях до визнання порівняльного правознавства в сучасній Україні є доволі складним. Зокрема, відсутність окремої спеціальності для здобуття наукових ступенів призводила до викривлення порівняльно-правової проблематики, ускладнювала процес підготовки дисертаційних досліджень, демотивувала потенційних дослідників-компаративістів. Так само у вищій освіті порівняльне правознавство опинилося в непевній ролі, постійно виборюючи право на існування між безсумнівно визнаними галузевими дисциплінами і визнаними з радянських часів предметами загальноправового характеру. "Вічне питання" щодо організації

порівняльно-правових досліджень (наука – не наука) постійно слугувало приводом для спроб витіснення порівняльного правознавства зі сфер науки й освіти.

Незважаючи на все це, порівняльне правознавство в Україні поступово набуло фундаментального характеру, сформувалися доволі потужні школи юридичної компаративістики, що суттєво впливають на розвиток правових досліджень загалом. Сформувалися спеціалізовані наукові центри та кафедри, апробована відповідна магістерська спеціалізація, створені національні бюро Міжнародної академії порівняльного права та Міжнародної асоціації юридичних наук, тривалий час видавалися наукові журнали та періодичні збірники з порівняльного правознавства, проведено численні наукові конференції, симпозиуми, круглі столи. Формою організації наукових досліджень та об'єднання компаративістів стала Українська асоціація порівняльного правознавства. Свідченням визнання порівняльного правознавства є закріплення наказом Міністерства освіти і науки України у грудні 2018 р. порівняльного правознавства як одного з фундаментальних предметних напрямів наукових досліджень у межах спеціальності 081 “Право” поряд із теорією та філософією права, історією права та держави. Є всі підстави сподіватися, що ця позитивна динаміка не зміниться.



### Вільям Елліотт Батлер

іноземний член НАН України та НАПрН України,  
член-кореспондент Міжнародної академії  
порівняльного права,  
професор Університету штату Пенсильванія (США)

### Олександр Святоцький

доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
головний редактор



### Олексій Кресін

доктор юридичних наук, член-кореспондент  
Міжнародної академії порівняльного права,  
керівник Центру порівняльного правознавства  
Інституту держави і права  
імені В. М. Корецького НАН України



## П'ЯТЬ БЕСІД ІЗ МАЙСТРОМ

### ІНТЕРВ'Ю

професора Університету штату Пенсильванія (США)  
Вільяма Елліотта БАТЛЕРА – головному редакторові журналу  
“Право України” Олександрі СВЯТОЦЬКОМУ  
та координатору актуальної теми Олексію КРЕСІНУ

*Бесіда перша. Шлях у науку*

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Що спонукало Вас у віці двадцяти років до поїздки в СРСР? Що вразило найбільше? Як саме ця поїздка вплинула на Вас, що Ви почали займатися вивченням соціалістичного права?



*Відповідь Вільяма Батлера:*

Я вперше відвідав Радянський Союз у 1960 р., у віці двадцяти років, у групі з дванадцяти американських студентів. Я вивчав міжнародні відносини та російську мову в Школі міжнародної служби Американського університету у Вашингтоні. З'явилася можливість приєднатися до групи і я скористався нею. Ми провели шість тижнів у СРСР, відвідавши Москву, Ленінград, Київ, Тбілісі, й три тижні були в таборі "Супутник" у Сочі, куди з'їхалося багато російських студентів із Сибіру. Візит був спланований організацією "Експеримент у міжнародному житті". Зазвичай вони розселяли своїх учасників в іноземні сім'ї, щоб дізнатися про життя в зарубіжній країні. У Росії це було неможливо, але спортивний табір надавав хорошу альтернативу. Візит був дивовижний для удосконалення моєї російської мови. У Сочі я придбав свою першу книгу з радянського права в місцевому книжковому магазині: І. Новицький "Джерела радянського цивільного права" (1959 р.). Хоча я ще не був студентом юридичного факультету, використовував її для поліпшення свого словникового запасу і, звичайно, зберігаю її й донині.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Розкажіть про свою співпрацю з Гарольдом Берманом. Що ви почерпнули від нього?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Моє перше знайомство з професором Гарольдом Дж. Берманом відбулося під час мого другого року навчання у Школі права Гарвардського університету, коли я взяв його предмет під назвою "Порівняння радянського й американського права". На першому занятті він оголосив, що хотів би найняти наукового асистента. Співбесіда проходила російською мовою і мене найняли. У той час він щойно опублікував друге видання своєї "Юстиції в СРСР" (1963 р.) і збирався вперше перекласти Кримінальний кодекс та Кримінально-процесуальний кодекс РРФСР. Я не брав участі в цьому перекладі, але на його прохання підготував том кримінальних справ, розглянутих згідно з новим кодексом, і переклав їх. Пізніше він залучив мене до підготовки щоквартального журналу "Радянські закони та судові рішення", для якого я відбирав та перекладав матеріали.

Я закінчив Школу права Гарвардського університету в 1966 р. і з 1968 по 1970 рр. обіймав посаду університетського наукового співробітника в галузі права. У ці роки я викладав курс разом із Г. Дж. Берманом, Р. Бакстером і Дж. Коеном під назвою "Радянський, китайський і захід-

Вільям Елліотт Батлер, Олександр Святоцький, Олексій Кресін

ний підходи до міжнародного права”, який був дуже добре сприйнятий. Одночасно я завершив кандидатську дисертацію “Радянський Союз і морське право” для Університету ім. Джона Хопкінса, використовуючи казкову бібліотеку Школи права Гарвардського університету. Це був період становлення моїх ідей щодо порівняльного міжнародного права. Від Г. Дж. Бермана я взяв багато, включаючи його підхід до юридичного перекладу, використання радянського права як трампліну для аналізу ширших питань, відданість якості науки та ін.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

У 1977–1980 рр., коли Ви сформулювали ідею порівняльного міжнародного права, вона гостро не сприймалася багатьма західними вченими. Що і чому змінилося за ці 40 років?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Насправді ідея порівняльного міжнародного права бере початок із 1968–1969 рр., коли ми розробили курс у Школі права Гарвардського університету. Зокрема, я опублікував статтю в “*Columbia Law Review*” – “Радянські підходи до міжнародного права”. Я продовжував розвивати ці ідеї в моїй докторській дисертації й ширше – коли переїхав до Університетського коледжу Лондона в 1970 р., щоб стати викладачем порівняльного права. У ті часи й раніше була глибоко вкорінена традиція сприймати порівняльне право (або порівняльне правознавство) і міжнародне публічне право як цілком відокремлені явища: міжнародне публічне право не є “реальним правом”; порівняльне вивчення міжнародного права підкреслювало б “відмінності”, а не “подібності” підходів держав до міжнародного права і тим самим загрожувало б цілісності міжнародного публічного права; порівняльне право за визначенням обмежується вивченням національних правових систем; і безліч подібних тверджень. Більше того, юристи-міжнародники не вивчають належно порівняльний метод і традиційно неохочі до застосування порівняльно-правових підходів до міжнародної правової системи.

Моя інавгураційна лекція в Університетському коледжі Лондона як професора порівняльного права в 1976 р. була присвячена вказаному предмету. Я організував панель із цієї проблематики на Міжнародному конгресі порівняльного права 1978 р. у Будапешті й виступив як головний доповідач. Східноєвропейські колеги та представники Узбекистану гаряче підтримали застосування цього підходу. Я розпочав проведення семінару з порівняльних підходів до міжнародного права в магістратурі Університетського коледжу Лондона, а в 1985 р. прочитав курс

www.pravoua.com.ua

**ПРАВО**

**УКРАЇНИ**

лекцій із цієї проблематики в Гаазькій академії міжнародного права. У 1983–1984 рр. я прийняв запрошення опублікувати статтю в Україні – можливо, це перша публікація з порівняльного міжнародного права (і точно перша моя) російською мовою.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Якось Ваш колега, французький компаративіст П. Легран написав про неможливість точної передачі юридичних смислів при перекладі текстів на іноземну мову. Якщо коротко, в чому, на Вашу думку, сенс юридичного перекладу? Ким є перекладач наукових юридичних текстів – лінгвістом чи автором нового тексту?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

У певному сенсі, звичайно, П. Легран абсолютно правий; юридичні терміни та поняття в кожній правовій системі обумовлені контекстними, культурними, ідеологічними, юридичними та іншими чинниками, які роблять термінологію права глибоко національною і культурною. Навіть при розгляді міжнародно-правової системи, яка містить суттєвий масив “ідентичних” або широко поширених правил і понять, мова цієї правової системи пояснюється національними правовими поняттями та термінами.

Я часто говорю, що юридичний переклад є основою порівняльного права (або порівняльного правознавства). Юридичний переклад є спробою якомога точніше передати або зрозуміти те, що має на увазі певна правова система у своїй термінології. Тут – на відміну від більшості інших перекладів – бажаний буквальний підхід – дотримуватися якомога ближче і буквально точної термінології, стилю, модуляції, пунктуації тощо оригінального юридичного тексту. На кону більше, ніж слова, – це ідеї, конструкції, теорії та ін. Лінгвіст корисний у технічних питаннях граматики, ритму тощо, але зазвичай не в питаннях юридичної сутності. Це одна з найскладніших проблем, із якими стикається юридична освіта, – і всім правовим системам досить погано вдається впоратися з нею. Дуже часто юридичний переклад взагалі не є перекладом, а швидше поганою порівняльною спробою знайти те, що перекладач вважає аналогічним правовим інститутом в іноземній системі, не розуміючи відмінностей. Поганий юридичний переклад є юридичним ризиком для практика.

Як компаративісти ми часто говоримо про “запозичення”, “трансплантацію”, “інкорпорацію” норм зарубіжного права в нашу власну правову систему, чи потрібно це робити і як робити. Зазвичай першим етапом “запозичення” є юридичний переклад, а не формальне прийняття закону чи

Вільям Елліотт Батлер, Олександр Святоцький, Олексій Кресін

указу, заснованого на іноземному юридичному досвіді. Саме в процесі перекладу відбувається “запозичення”, тому що шукаються слова, здатні належним чином пояснити і передати суть зарубіжного правового поняття.

### *Бесіда друга. Порівняльне правознавство*

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Що Ви говорите студенту у відповідь на запитання: “Навіщо мені вивчати порівняльне правознавство”?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

В англійській чи американській юридичній школі моя відповідь така: людина вивчає зарубіжну правову систему, щоб краще зрозуміти власну правову систему. Я пропонував курси з соціалістичних правових систем, радянського права, сьогодні – російського права, щоб познайомити англійських або американських студентів-юристів з аспектами їхньої правової системи через призму інших.

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Хто такий компаративіст? Чи можна говорити про особливе світосприйняття і сприйняття себе як компаративіста? У чому полягає мудрість компаративіста?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

На певному рівні всі юристи є компаративістами. Людські істоти пов’язані порівнянням: більшість того, що ми сприймаємо, ми робимо шляхом порівняння, зазвичай контрастного порівняння. Але юристу, який спеціалізується в порівняльному праві, систематичному порівнянні правових систем, на мою думку, має бути властиве особливе сприйняття світу й самого себе. Він повинен, насамперед і серед іншого, розуміти переваги й обмеження порівняльного методу; більш широкий контекст, у якому діє правова система країни; глибоко знати мову та термінологію досліджуваної системи. Мудрість компаративіста полягає в усвідомленні того, що правові системи займають центральне місце в суспільних процесах і дають виняткове розуміння того, як функціонує суспільство. Підхід країни до міжнародного права, на мою думку, значною мірою залежить від її національної правової системи.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Чи може порівняльне правознавство виступати в ролі нейтрального аналітичного інструменту? Наскільки юрист, вчений і практик, здатний

переступити своє “Я”, і чи можлива об'єктивність у порівняльно-правовому дослідженні?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Наскільки це взагалі можливо для людини, на мою думку, порівняльне правознавство повинно бути вільним від оціночних суджень і діяти як нейтральний аналітичний інструмент. Порівняння, які є виразами оціночних суджень, зазвичай є дефектними, глибоко недосконалими. Поміж усіх професій можна очікувати, що саме юридичний фах буде найбільш обережним щодо самотворених пророцтв і небезпек, пов'язаних із необ'єктивними підходами до порівняння. Порівняльний метод є одним із наукових методів, а валідність його застосування залежить від його нейтральності та об'єктивності.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

У СРСР існував особливий образ “іноземного консультанта”, геніально втілений у романі М. “Булгакова “Майстер і Маргарита” – це носій небезпечного знання, людина, яка спокушає душі. Чи приречені люди і суспільства на обстоювання “свого” за всяку ціну, і чи немає у вивченні зарубіжного права об'єктивно спокуси чимось кращим, що ніколи не зможе стати “своїм”? Чи можна уявити собі, якщо не універсальну пораду, то універсальну методологію поліпшення національного права на основі іноземного досвіду?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Порівняльний метод може бути “універсальним” у тому сенсі, що його використовують усі науки, але у випадку права пошук “універсаль” – навіть у сфері міжнародного права, яке претендує бути всевітньою правовою системою – виявився марним. Національні правові системи та законодавства можуть бути “вдосконалені” шляхом запозичення іноземного юридичного досвіду, якщо запозичення є розумним і чутливим, а також сумісним з інститутами та цінностями системи-реципієнта. Норми, відірвані від їхнього першопочаткового контексту, рідко успішно трансплантуються саме тому, що вони зазвичай є частиною ширшої системи і виконують системну роль у системі, в якій вони існують. Більше того, навіть завдання “поліпшення” національної правової системи – суб'єктивна пропозиція: що таке “поліпшення”? Як його вимірювати та оцінювати? Компаративісти вчать на зарубіжних як невдачах, так і успіхах. Карикатура на “іноземного консультанта” кумедна, але будь-який юрист, який

Вільям Елліотт Батлер, Олександр Святоцький, Олексій Кресін

вважає, що його власна правова система є продуктом суто національних чи внутрішніх чинників, просто не знає історії людства.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Як Ви могли б охарактеризувати сучасний стан й основні тенденції в розвитку порівняльного правознавства?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Порівняльне право залишається слабким, серед іншого, через: “провінційний менталітет” юристів, відсутність належної мовної підготовки, відсутність контекстного фону (можливо, під впливом надзвичайного формалізму і технократизму правових систем); недостатнє знання багатьох чинників, що відрізняють правові системи й культури у глобалізованому світі; небажання багатьох компаративістів працювати з регуляторними засадами правової системи (тобто дізнатися про зарубіжну правову систему все, а не лише її правові норми).

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Ви якось писали про те, що школи порівняльного правознавства в пострадянських країнах досить молоді. Зараз, коли у низці досліджень відкрилася спадщина східноєвропейських компаративістів, якими Ви бачите історію і майбутнє цих шкіл?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Вивченням порівняльного права нехтували, до цього не заохочували, хоча й були здійснені окремі чудові країнознавчі дослідження. У моєму сприйнятті центром порівняльно-правових досліджень у пострадянських державах є Україна, де зроблено важливу фундаментальну роботу: підготовлено базові джерельні матеріали (антології, перевидання класичних творів, бібліографії, біографії провідних компаративістів), основні підручники та навчальні посібники, проводяться наукові та науково-практичні конференції. Порівняльне право в Східній Європі продовжує залишатися слабким, оскільки воно ще не досягло дисциплінарного статусу повною мірою – кафедри порівняльного права в університетах і відділи в науково-дослідних установах є нечисленними й відносно новими; порівняльне право не інтегровано в загальну програму юридичної освіти; часто порівняльне право “душиться” теорією держави і права; мовна підготовка не повністю і належним чином інтегрована в юридичну освіту; тощо. Історія Східної Європи та спадщина планової економіки надають школам порівняльного права на цих тере-

нах особливого профілю. Я вірю, що вони продовжуватимуть існувати і процвітати.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Ваш світлої пам'яті колега, канадський компаративіст Патрик Гленн якось сказав, що, як і всі наукові дисципліни, порівняльне правознавство є лише обмеженим у часі проектом. Чи існує екзистенційна межа порівняльного правознавства і в чому її суть?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Я не бачу нічого, що за своєю суттю обмежує сферу, характер й обсяг порівняльного правознавства, окрім недоліків людської уяви. Порівняння в праві буде навчатися використанню порівняльного методу в інших дисциплінах і, сподіваюся, зворотній процес також відбуватиметься.

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Ви видаєте, мабуть, найкращий журнал із порівняльного правознавства в світі – “*The Journal of Comparative Law*” (“Журнал порівняльного права”). Яку основну ідею Ви вклали в цей журнал, у чому вбачаєте його особливість?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Ми навіть понад очікування задоволені цим журналом, він явно знайшов свою роль у світі порівняльного права, благословенний відмінною редакційною колегією, редакторами, які широко розуміють порівняльне право і водночас мають величезний досвід спеціалізації щодо окремих країн чи регіонів. Журнал був ортодоксальним у своїй редакційній політиці й це його перевага. Кожний випуск більшою чи меншою мірою підтримує баланс опублікованих матеріалів: статті – часто спеціальні симпозиуми у межах випуску – нотатки, рецензії, актуальні документи, увага до літератури в усіх деталях, зокрема й до суміжних за проблематикою публікацій.

*Бесіда третя. Проблеми України та Східної Європи*

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Ви писали про особливий академічний стиль східноєвропейського права. Що відбувається з цим стилем – він зберігається, розвивається, зникає?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Я вважаю, що у своїх працях, особливо стосовно російського права, я звернув увагу не так на “академічний стиль” правової системи, як на позицію вченого в суспільстві, на “вченого-юриста”, важливість правознавства, що розглядається як одна з суспільних наук, важливість концептуалізації у правових дослідженнях. Насправді ви зачепили цю проблематику, коли запитали, в чому “основна ідея” “Журналу порівняльного права”. Для східноєвропейських юристів важливо чітко сформулювати “основну ідею” і виходити з неї; це не завжди так щодо англо-американських юристів. У моєму сприйнятті не відбувається ослаблення академічних якостей східноєвропейського права та правових систем. У пострадянський період існує більша відкритість до нових ідей і підходів, разом із традиційними.

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Чи можна в світлі подій останніх п’яти років говорити про крах пострадянського правового простору як концепту та інтеграційного євразійського проекту?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Є взаємно суперечливі чинники, можливо, точніше говорити про конкуруючі “правові простори” на пострадянських територіях: спадщина радянської епохи (включно з продовженням використання союзного і республіканського радянського законодавства й судової практики), спадщина дорадянського минулого, прагнення стати частиною європейських інтеграційних процесів, бажання просувати глобалізацію, брати чи не брати участь у євразійських інтеграційних процесах, вплив на пострадянський правовий простір правових традицій інших регіонів (наприклад, ісламської), прагнення підкреслити християнські цінності, включно з правовими цінностями тощо. Євразійський проект, як мінімум, відображає бажання одержати перевагу від певних економічних (і політичних) спільних інтересів; як максимум, це могло б означати відновлення того, що раніше було радянським правовим простором – хоча особисто я вважаю це малоімовірним.

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Чи можна говорити про наявність шкіл вивчення східноєвропейського права в США та Британії?



*Відповідь Вільяма Батлера:*

Можливо, “школи” – це надто сильне слово, але, безумовно, у британських та американських учених-правознавців існують відмінності в їхніх підходах до східноєвропейського права. Деякі з них підкреслюють важливість історичних традицій і спадкоємності, деякі наголошують на тоталітарних чи інших негативних аспектах, деякі нечисленні звертають увагу як на позитивні, так і на негативні виміри. Всі вони захоплені розвитком права у Східній Європі та значенням права і правової системи для розуміння східноєвропейських суспільств (і, при цьому, ймовірно, відрізняються від їхніх колег з інших дисциплін, які вважають, що право не має значення). Науковці-правознавці у Східній Європі, на превеликий жаль, не звертають уваги на опубліковані дослідження своїх західних колег; останніми було зроблено багато корисної та конструктивної роботи, яка просто неодноразово і намарно повторюється східноєвропейськими вченими – особливо у світі юридичного перекладу.

Дійсно, юридичний переклад є однією зі сфер, де “школи” можуть бути очевидні – буквальный, літературний та контекстуальний підходи до перекладу. Особисто я в питаннях перекладу дотримуюся буквального підходу; але я також усвідомлюю проблеми оціночного підходу до порівняльного права – чия правова система краща, а яка гірше? Німецький студент-магістрант під час мого курсу радянського права одного разу сказав мені з подивом, що я не використовував курс, щоб довести, що англійське право краще за радянське; що якби я викладав у Німеччині, від мене очікувалося б продемонструвати перевагу німецького права щодо всіх інших. Моя відповідь полягала в тому, що я не буду ображати його інтелект, адже найбільш складним викликом для порівняльних досліджень є прагнення виявити об’єктивні критерії для позначення одного явища як вищого або кращого за інше. Суб’єктивно, звичайно, ми всі маємо свою думку. Коли я пропоную студентам вивчати порівняльне право, щоб краще зрозуміти власні правові системи, я роблю акцент на розумінні, а не на оцінці – це зовсім інше. Завдання полягає у тому, щоб навчитися в інших, а не применшувати їхню важливість або властивості як правових цивілізацій.

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Ви планували написання вступу до українського права. Чи варто очікувати появи цієї книги найближчим часом? Якщо так – у чому будуть її особливості?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Це є серед моїх планів, і я завершив деякі розділи, які були опубліковані як окремі статті. Україна зараз переживає бурхливі часи правових змін, що ускладнює написання тексту, він застаріває вже наступного дня. Зміни часто є фундаментальними, пов'язаними з внутрішніми політичними питаннями, гармонізацією з правом Європейського Союзу, або відповідями на зовнішній тиск – головним чином, із Заходу – щодо запровадження правових реформ, які мінімізували б корупцію та більшою мірою враховували б європейські цінності та інституції. Якщо мені вдасться виконати це завдання, результат, найімовірніше, буде виглядати як українська версія мого трактату з російського права – той самий предмет і підхід.

*Бесіда четверта. Глобальні проблеми*

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Яким Ви бачите майбутнє системи міжнародних відносин і міжнародного права, створених після Другої світової війни? Чи не стоїть світ на порозі істотних змін?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Система міжнародних відносин змінюється на наших очах. Незважаючи на посилення напруги між Сходом і Заходом, холодна війна завершилася, а міжнародна система, включно з міжнародною правовою системою, трансформується – переходить до нової системи, контури та конфігурації якої не детерміновані й не визначені. Міжнародне право стоїть перед викликами як нових чи активізованих “підсистем” (іслам, традиційні китайські цінності), так і регіональних спільнот різних типів (євразійство, тихоокеанські відносини, латиноамериканські перегрупування тощо). Значення особи та людських колективів стало більш помітним, особливо через рух за права людини. Я вважаю, що на міжнародній арені слід очікувати дедалі важливіших змін.

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Якою, на Вашу думку, є подальша доля європейської інтеграції в світі Брекзита, реформи Ради Європи, інших нових і старих викликів?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Припускаючи, що Брекзит продовжиться більш-менш плановано, на мою думку, він зміцнить долю європейської інтеграції, усунувши з рівняння один із найбільш антипатичних щодо реальної інтеграції еле-

мент. Буде, звичайно, період пристосування, але якщо континентальні держави та Ірландія налаштовані, вони, ймовірно за все, досягатимуть більшого ступеня інтеграції й швидше, ніж раніше. Британія не планує, наскільки мені відомо, виходити з Ради Європи і з Європейського суду з прав людини, незважаючи на незадоволення деякими його судовими рішеннями. Роль Ради Європи, таким чином, може бути посилена – можливо, не як інтегративної сили, а як форуму, де в загальноєвропейському контексті розглядаються фундаментальні ціннісні питання. Я припускаю, що безпекові структури збережуть свою присутність й організацію в найближчому майбутньому, і залишатимуться питання про відносини з ними України та Росії.

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Деякі сучасні мислителі говорять про кінець глобалізації. У чому був або є основний зміст і межі глобалізації в сфері права?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Подібно до того, як у сфері порівняльного права немає обмежень, окрім людської уяви, у глобалізації також не існує наперед визначених меж. Світ може “глобалізуватися” доти, доки цього бажає. Як це відбуватиметься, за допомогою політики чи дії об’єктивних чинників, чи інакше, визначатиметься майбутніми поколіннями. Спільні загрози міжнародному співтовариству (наприклад, зміни клімату, геноцид тощо) можуть заохочувати узгоджені колективні дії; забезпечення простих спільних інтересів може бути достатнім у деяких випадках. У цьому сенсі відбувається постійне перегрупування сил між глобалізацією і “неглобалізацією”, яка насправді потребує іншого терміна. Згадується, що “регіоналізація” виникла в межах загрозової доктрини економічної інтеграції в Європейському Союзі як політична та економічна відповідь на відцентрові сили в процесі інтеграції.

*Запитання Олександра Святоцького Вільяму Батлеру:*

Одна з Ваших спеціалізацій протягом багатьох десятиліть – морське право. Що таке море для юриста: протяжність між берегами чи простір взаємодії?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Звичайно, море є і протяжністю між берегами, і простором взаємодії, а також простором суперництва, конкуренції, зв’язку, постачання продовольства, мінеральних та інших ресурсів, впливу на клімат, забруднення,

Вільям Елліотт Батлер, Олександр Святоцький, Олексій Кресін

туризму та іншої гуманної й негуманної діяльності. Виклик для юриста – забезпечення давно встановленого і надзвичайно корисного принципу свободи морів – продовжувати його уточнювати та враховувати позитивні й негативні аспекти взаємодії. Право працює спочатку з розмежуванням простору – юрисдикційними концептами; хоча вони зрозумілі й узгоджені, їх не можна випускати з уваги. Вони повинні враховувати функціональні елементи режиму морів – по суті, концепцію ХХ ст., яка потребує постійної розробки та уточнення.

### *Бесіда п'ята. Про досвід і мудрість*

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Яким є Ваш рецепт боротьби з професійним вигоранням? Чи шкодували Ви коли-небудь, що обрали наукову кар'єру?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Я можу сказати, що я ні про що не шкодую, принаймні у ретроспективі, щодо своєї кар'єри як ученого – яку, до речі, я не вважаю завершеною. Одна з великих переваг системи *Research Assessment Exercise* (“Здійснення оцінювання досліджень”) в Англії у 1980-х роках полягала у вимозі до кожного юриста (та інших) сформулювати для себе довгостроковий план досліджень, який передбачав ідентифікацію себе з певною дисципліною і складання індивідуального проспекту його внеску до обраної сфери. Я зробив це і продовжую робити. Це був не просто перелік того, що ви плануєте написати, це потребувало концептуалізації того, що ви плануєте здійснити, і місця цього результату в більш широкому контексті вашої дисципліни. Це була рідкісна форма академічної концептуалізації у межах англо-американського правового менталітету, яку я вважаю корисною й насправді проривною.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Які Ваші ідеї надихають Ваших учнів найбільше?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Ймовірно, це запитання до моїх учнів, а не до мене. Чого б вони не досягли, я дуже цим пишаюся – і про те, чи є у цьому якась моя заслуга, насправді мають сказати вони, а не я.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Що Вам хотілося б сказати Вашим онукам про те, чим Ви займаєтеся?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

У мене є дві онуки, одна з яких навесні 2019 р. має завершити перший навчальний ступінь своєї юридичної освіти. Друга ще не визначилася, але говорить про вивчення міжнародних відносин. Побачимо. Але я загалом задоволений тим, що зробив і чого я досягнув. Я бажаю, щоб будь-яка кар'єра, яку вони стали б будувати, задовольняла їх не менше, ніж моя мене.

*Запитання Олексія Кресіна Вільяму Батлеру:*

Якби Ви зараз зустрілися із собою двадцятирічним – яку пораду б дали?

*Відповідь Вільяма Батлера:*

Якби мені знову було двадцять років, а це між моїм третім і останнім роками в університеті, я знову відвідав би пострадянський простір, як і в 1960 р., і щось для себе знайшов би – хто знає, що саме?

## I. Ідентичність порівняльного правознавства



### Олександр Тихомиров

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Міжнародної академії  
порівняльного права, провідний науковий співробітник  
відділу організації наукових досліджень  
та захисту інформації  
Національної академії внутрішніх справ  
(м. Київ, Україна)  
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-6976-3917>  
tihomirov10@gmail.com

УДК 340.5

### ПРОБЛЕМИ КОМПАРАТИВНОЇ САМОРЕФЛЕКСІЇ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА ЯК ЮРИДИЧНОЇ КОМПАРАТИВІСТИКИ\*

АНОТАЦІЯ. Статтю присвячено висвітленню результатів одного з можливих варіантів концептуалізації юридичної компаративістики, її основних властивостей, співвідношень із юридичними та компаративними науками, множинності структурізації масиву компаративних правових досліджень.

Метою статті є висвітлення результатів осмислення особливостей компаративної саморефлексії порівняльного правознавства як юридичної компаративістики, що спрямована на з'ясування загального, відмінного та унікального між різними розуміннями наукової природи, філософських і наукознавчих засад порівняльного правознавства.

Одним із варіантів осмислення сучасного етапу розвитку порівняльного правознавства є його компаративна саморефлексія як юридичної компаративістики на основі компаративізму як різновиду світогляду, який формується у пост-постмодерністській перспективі й охоплює його наукові та позанаукові форми, філософії компаративізму як форми раціонального осмислення сучасного існування світу, компаризму як загальнонаукової парадигми соціально-гуманітарних наук, правового компаративізму, які визначають "формати" засад ставлення до правового світу як розмаїття різних цивілізацій, культур, традицій, та світового порядку як результату їх реальної взаємодії чи відсутності такої.

Юридична компаративістика як постнекласичний етап розвитку порівняльного правознавства в умовах пост-постмодерну зберігає зв'язки з попереднім його розвитком, але характеризується й відмінностями від них у предметному та методоло-

\* Стаття є продовженням досліджень автора, попередні результати яких частково вже публікувалися у таких виданнях: 'Філософські засади порівняльного правознавства' в Кресін О (ред), *Філософія порівняльного правознавства: збірник наукових праць* (Ліга-прес 2015) 126-145; 'Методологічні проблеми компаративної саморефлексії порівняльного правознавства' в Безклубий І (заг ред), *Методологія у праві* (Грамота 2017) 188-214.

гічному аспектах (у предметному – множинністю та рівноправністю правових культур, соціальною та культурною обумовленістю плюральності правової реальності, а в методологічному – компаративістським мисленням, компаративним підходом, основу якого становлять виявлення “одного”, “другого” та “іншого”).

Юридична компаративістика формується у просторі взаємодії компаративних і юридичних наук, де компаративні науки визначають її методологію, а юридичні – особливості об’єктів (правової реальності) в контексті соціально-культурних регулятивів (регулятивного простору, що охоплює всі країни світу з притаманними їм домінуючими регулятивами, які обумовлюють своєрідність його національної чи цивілізаційної конфігурації).

За науковою природою юридична компаративістика не може бути зведена лише до автономної наукової дисципліни чи методу, а являє собою складне утворення, що охоплює різні форми існування та організації юридичних компаративних правових досліджень – наукову парадигму (компаризм), наукову дисципліну (юридичну компаратологію), методологію (компарацію), “передній край” відповідних досліджень, їх інфраструктуру, наукову професію компаративістів, їх наукові спільноти, масив спеціальних публікацій тощо.

Ключові слова: юридична наука; порівняльне правознавство; пост-постмодернізм; компаративізм; правова компаративістика; юридична компаративістика; компаративний підхід; юридичні компаративні дослідження.

В останні десятиліття в Україні у сферах юридичної науки, практики та освіти активізується проведення порівняльно-правових досліджень, що викликає необхідність вивчення вітчизняних традицій порівняльного правознавства, досвіду їхньої організації та здійснення в інших країнах, особливо з урахуванням тенденцій розвитку юридичної науки й правової реальності в епоху постмодерну<sup>1</sup>.

Проблеми порівняльного правознавства в різних аспектах висвітлювалися у вітчизняній науковій літературі, зокрема у: загальнотеоретичних та історичних дослідженнях порівняльного правознавства і його методології (Х. Бехруз, О. Бигич, М. Дамірлі, В. Денисов, В. Забігайло, О. Кресін, О. Лисенко, П. Мартиненко, О. Ткаченко та ін.); розробці “правової карти світу”, дослідженнях особливостей правових систем, культур, традицій (О. Зайчук, Л. Корчевна, В. Лукьянов, Л. Луць, Н. Оніщенко, С. Рабінович, О. Скакун та ін.); здійсненні порівняльно-правових досліджень у галузевих юридичних науках, а також науках міжнародного та європейського права (О. Мережко, В. Молдован, В. Шаповал та ін.).

Зазначені та інші автори зробили вагомий внесок у розвиток порівняльного правознавства, але, як правило, розглядали його в межах традиційної проблематики юридичних наук. Звернення до концепту компа-

<sup>1</sup> Юрій Шемшученко, ‘Виміри порівняльного правознавства’ (2013) 3-4 Право України 15-21.

ративістики можна визначити як одну з особливостей сучасного стану соціально-гуманітарних наук та їх методології.

Незважаючи на наявність різних наукових позицій учених стосовно розуміння своєрідності природи та статусу порівняльного правознавства, його структури, призначення<sup>2</sup>, можна з упевненістю констатувати відсутність загальновизнаного розв'язання зазначених та інших подібних проблем, тим більше це стосується інтерпретації юридичної компаративістики як сучасного етапу розвитку порівняльного правознавства в умовах постнекласичної науки.

Різноманіття позицій учених проявляється на різних рівнях вивчення цієї проблеми: понятійному, структурному, цільовому, історичному, просторовому<sup>3</sup>, що орієнтує на дослідження у площині саме плюралізму (множинності) інтерпретацій порівняльного правознавства. Сучасний стан цієї дискусії вимагає виходу за межі розуміння порівняльного правознавства тільки як науки, методу або науки про метод, осмислення його своєрідності та співвідношення із подібними науковими явищами в контексті пост-постмодернізму, постнекласичної науки, її просторового виміру тощо. Саме такий підхід активізує необхідність і доцільність концептуалізації юридичної компаративістики як одного з варіантів розуміння сучасного етапу розвитку порівняльного правознавства, який ґрунтується на плюралізмі (різноманітті, глобалізації, стихійності, випадковості) світового, національного, соціального, гуманітарного і правового розвитку, на якому спостерігається, з одного боку, спадкоємність із попередніми етапами, а з другого – набуття порівняльним правознавством нових якісних, кількісних та просторових вимірів.

Як наслідок, юридична компаративістика<sup>4</sup> не зводиться до жодної інтерпретації порівняльного правознавства, які існували раніше, оскільки відбиває, перш за все, їхній плюралізм, тому охоплює науку і метод, методологічне й предметне знання, наукову дисципліну і “передній край” науки, традиційні уявлення та існуючі новації, вивчення іноземного права і виявлення позанаціональних процесів.

Метою дослідження є висвітлення результатів осмислення особливостей компаративної саморефлексії порівняльного правознавства як юридичної компаративістики, що спрямована на з'ясування загального,

<sup>2</sup> Мехман Дамірлі, ‘Система порівняльного правознавства як комплексної науки’ (2013) 1-2 Порівняльне правознавство 255-65; О Скаун, ‘Метатеоретичні питання загального порівняльного правознавства як галузі юридичної науки’ (2012) 3-4 Порівняльне правознавство 408-20.

<sup>3</sup> Хашматулла Бехруз, ‘Порівняльне правознавство: сучасні грані досліджень’ (2013) 1-2 Порівняльне правознавство 278-85.

<sup>4</sup> Олена Чернецька та Володимир Шилінгов, ‘Юридична компаративістика як самостійна юридична наукова дисципліна’ (2009) 1 Порівняльно-правові дослідження 23-8.



відмінного та унікального між різними розуміннями наукової природи, філософських та наукознавчих засад порівняльного правознавства.

Змістове наповнення поняття “наука” історично конкретне і відображає не тільки саму наукову реальність, а й уявлення вчених щодо неї, рівень досягнутого “самопізнання” науки, розуміння її місця і ролі в суспільстві. Тому варто виокремлювати не тільки різні періоди розвитку науки як реальності, а й різні періоди розуміння науки, зокрема як наукових знань, наукової діяльності, наукового інституту, форми культури або етапу (класичний, некласичний, постнекласичний).

Так, якщо класичному етапу становлення порівняльного правознавства притаманне його розуміння як сукупності об’єктивно-істинних наукових знань, невизнання суб’єктивності у порівняльно-правових дослідженнях, прагнення до об’єктивних результатів порівняння і домінування об’єктного стилю мислення<sup>5</sup>, то некласичному етапу властиві заперечення і критика об’єктивізму класичного періоду, визнання залежності знань про об’єкти порівняння від характеристик пізнавальної діяльності компаративістів, орієнтація не на наукові знання, а на порівняльно-правовий метод, наукову діяльність, інституціалізацію порівняльного правознавства<sup>6</sup>. Така “суб’єктивація” порівняльно-правових досліджень та форм їх організації активізує у постнекласичний період значення культурної обумовленості порівняльного правознавства<sup>7</sup>, виокремлення у науковій діяльності й науковому знанні ціннісно-цільових структур компаративіста як суб’єкта пізнання, його ідентифікацію з певним соціально-культурним оточенням, домінування синергетичного бачення світу<sup>8</sup>.

Юридична компаративістика як сучасний етап розвитку порівняльного правознавства не заперечує будь-які інші його інтерпретації, зокрема: “порівняльне право”, “порівняльне правознавство”, “порівняльне законодавство”, “порівняльна юриспруденція”, “правова компаративістика”, але визначає межі їх застосування, “координує” та окреслює місце і роль у плюралістичному баченні цієї сфери юридичних наукових досліджень. Однак вона не сприймає абсолютизацію якогось одного його розуміння як єдино правильного для всіх форм пізнання права, часів та країн, а тому не зводиться тільки до наукової дисципліни чи методу, її зміст є більшим за обсягом, охоплює, крім останніх, наукові досліджен-

<sup>5</sup> Алексей Кресин, *Становление теоретических оснований сравнительно-правовых исследований во второй половине XVII – первой трети XIX века: компаративная концептуализация* (Фенікс 2018) 678.

<sup>6</sup> Олексій Кресін, ‘Порівняльне правознавство: історична ретроспектива і нові виклики’ (2016) 27 *Правова держава* 661-7.

<sup>7</sup> Хашматулла Бехруз, ‘Універсалізм і релятивізм цінностей у контексті діалогу правових культур’ (2012) 2 *Філософія права і загальна теорія права* 128-38.

<sup>8</sup> Ірина Кривцова, ‘Методологічна роль синергетики у порівняльно-правовому пізнанні’ (автореф дис канд юрид наук, Одеська національна юридична академія 2008) 20.

ня та форми їх організації, наукові знання, “передній край” науки, світоглядні та філософські засади<sup>9</sup>, різноманітні зв’язки з іншими компаративними соціально-гуманітарними та юридичними науками.

Фундаментальною світоглядною основою юридичної компаративістики, як і інших сучасних форм пізнання світу, є компаративізм, який виник наприкінці ХХ – на початку ХХІ ст. на ґрунті порівняльних, компаративних, кроскультурних та інших досліджень, проте не звідний тільки до філософії та науки, а охоплює всі форми світогляду, всі рівні пізнання та розуміння світу, його перетворення і пристосування до нього, є не тільки світоглядом, а й регулятивом поведінки та мислення.

Компаративізм близький останнім версіям модернізму і постмодернізму в інтерпретації пост-постмодернізму, аналіз багатоманітності підходів до якого дає змогу виокремити: елімінацію ним “всезагального” та “універсального”, тяжіння до “унікального”, симуляції реальності та інші його постулати, які спрямовані на протиставлення модернізму, спроби подолати їх на позиціях “поміркованого” і пізнього постмодернізму, “редагованого модерну”, “ультрамодерну”, а також визнати його історичну, просторову й культурну обмеженість, що дає можливість трактувати компаративізм як світогляд, що заперечує будь-яку абсолютизацію, “асимілює” як універсалізм модернізму, так і плюралізм постмодернізму, репрезентує їх через “загальне й різне”, “одне, друге, інше”, відносність і додатковість, присутність і відсутність, діалогічність й адіалогічність тощо.

Компаративізм виникає і постає як прояв пост-постмодернізму, якщо останній розглядати як подолання радикальності постмодернізму, і в такій інтерпретації репрезентує собою більш об’ємне й глибоке явище, яке має свої витoki в різних сферах пізнання і суспільного життя – мистецтві, релігії, повсякденності, філософії, соціально-гуманітарних науках, практичній діяльності тощо, своєрідним чином трансформуючись стосовно їхніх особливостей.

Компаративізм як світогляд охоплює філософське, наукове і позанаукове бачення та ставлення до світу, а філософія компаративізму може розглядатись як філософські засади компаративістики, компаризм – як наукова парадигма. Позанаукова складова компаративізму представлена практичним, повсякденним, міфологічним, релігійним та іншим знанням і відповідними діяльностями та інститутами.

Філософські засади є локалізацією в межах загального та розрізнення філософії права і філософії компаративізму, між якими є спільне й

<sup>9</sup> Олександр Ткаченко, ‘Концепт порівняння як конститунта постметафізичного правового мислення: досвід епістемологічних трансформацій’ (2013) 3-4 Право України 39-48.

відмінне, тому що філософія права охоплює і некомпаративне бачення права, а філософія компаративізму – неюридичне, а спільне між ними знаходить відображення у філософії правового компаративізму.

В умовах перебудови наукової картини світу й трансформації ідеалів і норм порівняльного правознавства, становлення юридичної компаративістики особливого значення набуває саме пріоритетний розвиток філософії правового компаративізму як сфери спільної філософії права та філософії компаративізму.

Наукова парадигма компаризму відбиває ті властивості компаративізму, які характеризуються переважно раціональністю та професіональністю, що відрізняє її від позараціональних (іраціональних, віри, міфів, чуттєвих) компонентів, але об'єднує з іншими науковими парадигмами. Якщо компаризм – це парадигма соціально-гуманітарних наук компаративної спрямованості, то правовий компаризм існує на перехресті правових і компаративних наук, а юридичний правовий компаризм – юридичних наук. Водночас компаризм не може бути визнаний не тільки “єдиною” або домінуючою парадигмою жодної із цих наук, оскільки сьогодні поки що відбувається його становлення у межах мультипарадигмальності постнекласичної науки.

У наукознавчому аспекті юридична компаративістика за своїм змістом характеризується наявністю різноманітних наукових явищ, які можуть бути представлені через різноманіття їх об'єднань у вигляді наукової дисципліни, “переднього краю” науки, наукової спеціальності, наукової професії, наукової комунікації та ін. Їх систематизація здійснюється на основі визнання наукових досліджень “одиницею”, “клітинкою” побудови юридичної компаративістики, а всі інші наукові явища інтерпретуються як їх результати, форми організації та забезпечення, умови, засоби, середовище тощо.

Серед форм організації юридичних наукових компаративних досліджень права в межах юридичної компаративістики виокремлюється юридична компаратологія, що є автономною юридичною науковою дисципліною, в якій наукові дослідження організовані за предметною підставою, якою є не окремі правові явища, а право загалом у його взаємозв'язках з іншими явищами, диференційоване за правовими реальностями макросоціальних одиниць (країн, цивілізацій, регіонів, націй, релігій<sup>10</sup> та ін.).

Інші юридичні компаративні дослідження, які мають щодо цілісної правової реальності макросоціальної одиниці частковий характер, ви-

<sup>10</sup> Дмитро Лук'янов, ‘Релігійно-правові системи світу: порівняльно-правове дослідження’ (автореф дис-ра юрид наук, Національний юридичний університет ім Ярослава Мудрого 2016) 41.

водяться за межі юридичної компаратології і відносяться до галузевих досліджень, що здійснюються з використанням компаративного методу, але охоплюються юридичною компаративістикою. Компаративне дослідження інститутів різних галузей прав, або його окремої галузі у межах правової системи, правових та інших соціальних норм однієї країни, належать до відповідних вітчизняних галузевих наук<sup>11</sup> або сфер міждисциплінарних досліджень, оскільки обмежені, з одного боку, “національною” ознакою, а з другого – частковістю дослідження правової реальності країни у зв'язках з іншими її реальностями. “Зняття” національної обмеженості переводить такі дослідження у сферу юридичної компаративістики, але, враховуючи їхню частковість, виводить за межі юридичної компаратології. Ця частина компаративних юридичних досліджень охоплюється поняттям юридичної компарації як сфери галузевих і міжгалузевих юридичних компаративних наукових досліджень, яким у предметному аспекті притаманна “іноземність” в усіх варіаціях її аналізу, а в методологічному – використання компаративного методу.

Компаративна саморефлексія порівняльного правознавства як юридичної компаративістики може бути продовжена й у контексті наукових підходів, що сформувалися на пострадянському просторі, стосовно співвідношення інтерпретацій понять “правознавство”, “юридична наука”, “правова наука”, “юриспруденція”<sup>12</sup>, які частіше використовуються як тотожні. Проте, якщо їх проаналізувати в контексті суб'єктів, сфер і видів діяльності, пов'язаних із правом, то можна інтерпретувати таким чином: “правова наука” поєднує наукові дослідження, до предмета яких тією чи іншою мірою входить правова реальність (право) у її взаємозв'язках з іншими соціальними явищами, оскільки право вивчається філософією, політологією, економічною й географічною науками, лінгвістикою, релігієзнавством тощо; “юридична наука” охоплює наукові дослідження права і пов'язаних із ним явищ, суб'єктами яких є юристи – вчені, які досліджують правову реальність на основі професійно-юридичних підходів, особливостей юридичної методології, для яких предметом є, власне, право в його соціальній, культурній та іншій обумовленості, що відрізняє їх від інших правових наук, які вивчають право як фрагмент, аспект свого предмета і на основі властивих цим наукам підходів, парадигм; “правознавство” складається з усіх форм знань про право, як наукових, так і донаукових та позанаукових, зокрема й практичних; “юриспруденція” обмежена сферою професійних знань і

<sup>11</sup> Роман Харитонов, ‘Сравнительное правоведение и отраслевая юридическая компаративистика: соотношение и взаимодействие’ (2015) 2 Публічне право 345-51.

<sup>12</sup> Наталія Оніщенко, ‘До питання про співвідношення категорій “юридична компаративістика”, “порівняльне правознавство” та “правові системи сучасності”’ (2009) 1 Порівняльно-правові дослідження 18-22.

діяльності юристів та її результатів у науковій, практичній та освітній сферах.

Така інтерпретація не може претендувати на повноту і загальність, але, натомість, розкриває різні аспекти, фрагменти, сфери знань (наукові, донаукові, позанаукові), види діяльності з продукування цих знань, які існують у реальності й у яких відбивається і змінюється право. Запропонована інтерпретація також доводить, що порівняльно-правові дослідження не можуть бути обмежені тільки діяльністю вчених-компаративістів, оскільки порівняння правових явищ може здійснюватися й іншими науками, у практичній правовій і юридичній діяльності, у повсякденному житті суб'єктів права.

Подальша компаративна саморефлексія порівняльного правознавства може бути здійснена через такі варіанти структуризації поля перетинання компаративістики і форм пізнання права: правову компаративістику, що включає форми, види і випадки застосування компаративного методу в науковому й позанауковому пізнанні та творенні права; юридичну компаративістику, що поєднує порівняльні дослідження, здійснювані юристами, які досліджують право у взаємозв'язках з іншими соціальними явищами (юридична компаратологія, юридична політична або юридична психологічна компаративістика, юридична лінгвістична компаративістика тощо); компаративну юриспруденцію, що відбиває інший підхід, а саме як використання компаративного підходу до дослідження, власне, юриспруденції, так й компаративне вивчення професійних знань і діяльності юристів та її результатів у науковій, практичній та освітній сферах; компаративне правознавство охоплює компаративні дослідження всіх наук, які вивчають право і, власне, самого правознавства тощо.

Зі свого боку кожна з цих форм поєднання компаративістики та права може бути компаративно осмислена. Так, правова компаративістика в предметному аспекті зумовлена й обмежена різноманітним і домінуванням форм існування права та його зв'язків з іншими соціальними явищами, а тому, якщо право розглядається як ідея, то воно є предметом правової філософської компаративістики; текст – правової літературознавчої компаративістики; поведінка – правової практиологічної компаративістики, простір – правової географічної компаративістики тощо.

Використання суб'єктного, предметного й методологічного критеріїв дає можливість розділяти правову компаративістику на професійну і непрофесійну, наукову і практичну, зі свого боку, професійну – на політичну, соціологічну, філософську і, власне, юридичну та ін. Крім того, в міждисциплінарному аспекті має значення осмислення об'єднання та диференціації правових компаративних наукових досліджень на такі

форми систематизації, як предметно-методичні комплекси та “передній край” науки.

Предметно-методичні комплекси є формою наддисциплінарної організації наукових досліджень, правова компаративістика при цьому в предметному аспекті входить до комплексу правових наукових дисциплін (правознавство), а в методологічному – в комплекс компаративних наукових дисциплін (компаратологію). Змістовна наповненість цих комплексів може бути визначена і конкретизована через різноманітність форм буття права та його зв'язків з іншими соціальними явищами й методології їх дослідження у вигляді компаративної історії права<sup>13</sup>, правової географії, компаративної правової лінгвістики, компаративної філософії права.

“Передній край” правової компаративістики ґрунтується на проблемній організації “пошукових” правових компаративних досліджень, становить, на відміну від традиційних дисциплінарних досліджень, сферу виникнення “новацій”.

Таким чином, простір юридичних компаративних досліджень правової реальності утворюється у результаті накладення компаративних досліджень на дослідження права<sup>14</sup>, тому по лінії методології вони утворюють спільний простір з іншими компаративними дослідженнями, по лінії об'єкта – з іншими правовими. Варто зазначити, що своєрідність компаративних досліджень права, що відрізняє їх від інших компаративних і правових досліджень, зумовлена взаємовпливом їх методологічної й об'єктної (предметної) складових, оскільки об'єкт впливає на методологію, а методологія є одним із факторів, що зумовлюють виокремлення предмета з об'єкта.

Подальша диференціація юридичних компаративних наукових досліджень і, відповідно, їхня організація можлива через їхній поділ на часові (історичні) і просторові (географічні), об'єктні (предметні) та методологічні, теоретичні й емпіричні, якісні і кількісні та ін. Проте ці види досліджень взаємозалежні між собою й у конкретному дослідженні будь-якого виду з них певним чином трансформуються, являють собою його основний зміст і формат. Так, недоліком теоретико-правових компаративних досліджень є відсутність у тій або іншій формі певних часових, просторових й об'єктних параметрів, у межах яких здійснюється конкретне дослідження і можуть бути використані його результати – наукові знання. Іншим аспектом встановлення необхідних часових і

<sup>13</sup> Сергій Кудін, ‘Порівняльна історія права: епістемологічні та практичні дослідження у працях А. М. Стоянова’ (2013) 3-4 Право України 159-68.

<sup>14</sup> Олексій Кресін, ‘У пошуках компаративних засад юридичної науки’ (2014) 4 Вісник Національної академії правових наук України 183-91.

просторових координат компаративних досліджень є час і простір “життя” його предмета, результатів впливу на навколишнє середовище. Тому теоретико-правове компаративне дослідження, що базується на вихідних ідеалізованих моделях, повинне визначати не тільки час і простір “життя” певної моделі, а й такі самі параметри того кола об’єктів, які моделюються. Подібним чином емпіричні компаративні дослідження впливають не тільки зі змістовних, часових і просторових координат об’єкта, а й із тієї теорії, на основі якої здійснюються такі дослідження.

У зв’язку із цим слід відзначити необхідність подальшого вивчення якісних і кількісних юридичних компаративних досліджень, оскільки теоретичні орієнтовані переважно на якісні методи, а емпіричні – на кількісні, а також компаративних досліджень часу й простору існування права. Незважаючи на те, що раніше в порівняльному правознавстві як його найважливіші складові виділялися порівняльна історія права<sup>15</sup> і порівняльна географія права, сьогодні ці традиції втрачаються, їх важко виявити в порівняльно-правових, історичних та інших дослідженнях. Географія права використовується у найкращому разі в контексті прив’язки правової реальності до певної території, а застосування порівняльного методу до просторових параметрів, за відсутності розробленої методології, здійснюється інтуїтивно, у суб’єктивному розумінні дослідника-компаративіста.

Інші аспекти компаративної саморефлексії юридичної компаративістики можуть бути осмислені через вивчення: дисциплінарних і міждисциплінарних, теоретичних й емпіричних досліджень і сфери їхнього перетинання як теоретичних досліджень середнього рівня; актуально здійснюваних досліджень і їхніх моделей, зразків, досвіду; досліджень і результатів досліджень як методологічних і предметних наукових знань; досліджень пошукових (що стосуються “переднього краю” науки) і колекторних (таких, що упорядковують, систематизують наукові знання), які утворюють дисциплінарний простір юридичної компаративістики – юридичну компаратологію, співвідношення досліджень і наукової діяльності, що охоплює більш широке коло явищ тощо.

На компаративну саморефлексію порівняльного правознавства як юридичної компаративістики спрямоване його вивчення в просторі співвідношення світової, регіональної та національної науки<sup>16</sup>. Компаративне сприйняття науки в цьому випадку займає “помірну” позицію між радикальними універсалізмом і залежністю національної науки від своєрідності країни, підкреслює її мінливість від країни до країни,

<sup>15</sup> Кудін (н 13) 159-68.

<sup>16</sup> Дмитро Лук’янов, ‘Міжнародне визнання української науки’ (2010) 3 Вісник Академії правових наук України 343-4.

від культури до культури і діалогічність становлення “світової” науки. До основних факторів, що “підривають” абсолютизацію універсалізму науки й розкривають її “націоналізацію”, відносять: інфраструктуру науки, яка в останні роки істотно впливає на інтенсивність її розвитку, а стан першої залежить від стану розвитку країни; національні переваги щодо вибору парадигм і напрямів наукових досліджень, формування структури наукових спеціальностей, професійної підготовки дослідників; характер наукових комунікацій (формальних і неформальних, легальних і неявних), у яких виявляється на надособистісному й особистісному рівнях національна “ментальність”, національний “дух”; конфесіональна належність народів; історичні особливості розвитку країни, та, відповідно, історію національної науки; такі країнознавчі параметри, як географічне положення, державно-територіальний устрій, державний режим, розвиненість громадянського суспільства, розселення населення по території, ступінь урбанізації, наявність соціокультурних й економічних центрів тощо.

Співвідношення і “питома вага” цих факторів своєрідні для кожної країни, що також зумовлює особливості історії та сучасного стану порівняльного правознавства як юридичної компаративістики. Ці ж фактори дають змогу досліджувати і загальне серед національних порівняльно-правових наук, а введення показника інтегрованості у світову науку – загальне й особливе<sup>17</sup> у співвідношенні світової і різних національних компаративних юридичних наук. Проте й досі одним із недостатньо вивчених аспектів розвитку і будови юридичної компаративістики є процеси її глобалізації, регіоналізації та націоналізації, що особливо значуще в епоху постмодернізму, визнання розмаїтості й рівноправності культур, соціалізації та культурологізації науки. Зокрема, регіоналізація юридичної компаративістики – це один із нових напрямів її вивчення, який багато в чому ґрунтується на положеннях регіоналістики – географічної науки, теоретичні схеми і методологічні підходи якої останнім часом стали використовуватися багатьма науками. Регіоналістична проблематика юридичної компаративістики та інших компаративних форм пізнання права охоплює розмаїтість форм територіального поширення компонентів юридичної компаративістики і, власне, юридичних наук – від регіонального об’єднання національних наук до організації науки в межах краю як регіону місцевого значення. Регіональність юридичної компаративістики фіксує безперервність її територіальних параметрів, зв’язок зі станом інших сфер життя регіону, що дає змогу здійснювати

<sup>17</sup> Олексій Кресін, ‘Ідея загального в праві як внутрішнього й зовнішнього діалогу національних правопорядків (друга половина XVIII – початок XIX століття)’ (2017) 2 Філософські та методологічні проблеми права 155-75.



юридичні компаративні дослідження як напрям комплексного аналізу регіонів, їх зіставлення за принципом “сімейної подібності” і “сімейного розходження”, що з погляду компаративізму є одним із оптимальних варіантів. Ці положення можуть слугувати методологічними орієнтирами дослідження національної юридичної компаративістики на основі побудови моделі національної науки, тобто інваріантної теоретичної схеми дослідження диференціації та інтеграції юридичної компаративістики в її географічному (просторовому) зрізі, що враховує як її регіоналізацію всередині країни, так і зовні, її інтегрованість у світовий і регіональні наукові простори.

Дослідження юридичної компаративістики в її часовому, просторовому та соціально-культурному вимірах дає можливість представити її у вигляді “світової”, “інтернаціональної” та “національної” науки, виявити своєрідність інтерпретацій і поширення в існуючих цивілізаціях і країнах світу, на різних етапах їх розвитку та в константах глобалізації й плюралізації світу, а також виділити і закласти підвалини української юридичної компаративістики<sup>18</sup>, з огляду на всезагальне, загальне, різне та унікальне у співвідношеннях української та інших правових наук, “світової” культури, регіоналізації, власне, українського права тощо.

Таким чином, юридична компаративістика формується у просторі взаємодії компаративних і юридичних наук, де компаративні науки визначають її методологію, а юридичні – особливості об’єктів (правової реальності), однак правова реальність розглядається в контексті соціально-культурних регуляторів (регулятивного простору, що охоплює всі країни світу з притаманними їм домінуючими регуляторами, які зумовлюють своєрідність його національної чи цивілізаційної конфігурації). У зв’язку з цим видається доцільним конкретизувати деякі властивості юридичної компаративістики, які підтверджують не тільки необхідність іншого підходу до розуміння сучасного порівняльного правознавства, а й те спільне, що властиве юридичній компаративістиці та іншим тлумаченням порівняльного правознавства, а також ті проблеми, які необхідно дослідити.

Підсумовуючи та використовуючи положення, що були викладені вище, до основних характеристик юридичної компаративістики доцільно віднести такі:

– юридична компаративістика як сучасний етап розвитку порівняльного правознавства має спільні та відмінні щодо нього властивості, які у світоглядному аспекті зумовлені компаративізмом, а в предметному –

<sup>18</sup> Дмитро Лук’янов, ‘Міжнародна науково-практична конференція “Правова доктрина – основа формування правової системи держави”’ (2013) 4 Вісник Національної академії правових наук України 284-9.

Олександр Тихомиров

плюралізмом правової реальності<sup>19</sup>, становленням загального і різного у правовому розвитку в результаті діалогу (полілогу) різних правових культур;

– у гносеологічному аспекті юридична компаративістика не може бути зведена лише до автономної наукової дисципліни чи методу, а становить складне утворення, що охоплює різні форми існування й організації компаративних правових досліджень – методологічний принцип, методологічний підхід, наукову дисципліну, “передній край” досліджень, інфраструктуру, наукову професію, наукові спільноти, масив спеціальних публікацій тощо;

– в онтологічному аспекті юридична компаративістика виходить із того, що правова реальність, як і загалом регулятивна реальність, має у своїй сутності компаративну природу, яка виявляється в інтерпретаціях права та інших регулятивів через формальну рівність і нерівність, міру свободи, правомірність, порівняння, протилежність (антиправо) тощо, тому юридична компаративістика досліджує право у його основних вимірах буття – у просторі (географія), часі (історія), результати яких становлять її базисні складові, а багатоманітність інших форм буття права породжує і багатоманітність форм його компаративних досліджень. Так, право як світогляд повинно досліджуватися філософією правового компаративізму, філософія права – компаративною філософією права, правові тексти – компаративною лінгвістикою права, суб’єкти права – компаративною антропологією права, правова поведінка та відносини – компаративною соціологією права та ін.;

– в аксіологічному аспекті<sup>20</sup> юридична компаративістика спрямована на дослідження проблем правових цінностей та антицінностей, суспільної корисності, небезпечності й нейтральності, оцінки рівня розвиненості права (міри, питомої ваги права в соціальному регулюванні), правової цивілізації як тієї цивілізації, що базується на праві, цінності правового життя і правових цінностей життя, оцінки життя з погляду права, справедливості, свободи рівності як правових цінностей;

– в антропологічному вимірі юридична компаративістика орієнтована на суб’єктів права, людину, країни, цивілізації, міру людського та суб’єктивного у правових реальностях, повсякденність людського існування;

– юридична компаративістика не звідна тільки до такої наукової дисципліни, як юридична компаратологія, або компаративної наукової методології чи інших наукових явищ, а є їх диференційованою спільністю і формується на перехресті (перетині) компаративних і юридичних наук,

www.pravoua.com.ua

<sup>19</sup> В Дудченко, *Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень* (Юридична література 2006) 302.

<sup>20</sup> Хашматулла Бехруз, ‘Аксиологический подход в структуре сравнительно-правовых исследований’ (2008) 40 *Актуальні проблеми держави і права* 25-9.

а також правової (соціорегулятивної) реальності у її зв'язках з іншими реальностями;

– своєрідність юридичної компаративістики визначається її зв'язками з юристами як професійною групою (прошарком суспільства) й охоплює ті форми пізнання, опанування та перетворення світу (наукова діяльність, юридична освіта, юридична практика, повсякденне життя), які базуються на компаративізмі – світогляді пізнього постмодернізму та зародження пост-постмодернізму;

– об'єктом юридичної компаративістики є правова реальність та форми її пізнання й перетворення у контексті плюралізму цивілізацій, культур, особливостей їх взаємодії<sup>21</sup> та глобалізації правового простору;

– основою методології юридичної компаративістики є компаративний підхід та метод, але вона не звідна до них, а охоплює наукову, освітню, практичну та повсякденну форми пізнання, опанування і перетворення світу, має плюралістичну природу;

– юридична компаративістика релятивна за своєю сутністю, національно та культурно обумовлена, існує як “національна”, “інтернаціональна”, “світова”.

Виокремлення цих положень має авторську інтерпретацію, здійснювалося на основі доступної наукової інформації, а тому є одним із багатьох можливих їх розуміння та концептуалізації.

Висновки. Еволюція порівняльного правознавства та його інтерпретації мають конкретно-історичний характер і нерозривно пов'язані з історією науки, її місцем та роллю в суспільстві, залежні від філософських і світоглядних засад її функціонування та осмислення, зокрема в контексті модернізму, постмодернізму і пост-постмодернізму, одним із проявів останнього є компаративізм, який діалектично поєднує модернізм і постмодернізм, тим самим заперечуючи абсолютизацію універсальності модернізмом і плюральності постмодернізмом. Компаративізм як світогляд переходу від пізнього постмодернізму до пост-постмодернізму базується на принципах діалектичності універсального й унікального, додатковості, діалогічності, присутності – відсутності, реального – віртуального, раціонального – ірраціонального та ін. Його своєрідністю є заперечення будь-якої абсолютизації та осмислення існування різноманітного через визнання “одного, другого, іншого”.

У філософії множинність форм компаративізму може бути окреслена філософією компаративізму та компаративною філософією, які розкривають різні форми їх поєднання. Якщо філософія компаративізму

<sup>21</sup> Бехруз (н 7) 128-38; Чабо Варга, ‘Порівняння правових культур і правового мислення’ (2013) 3-4 Право України 22-31.

відображає його філософські аспекти, філософський підхід до компаративізму як предмета осмислення, то компаративна філософія – це компаративне осмислення, власне, філософії.

Компаративізація властива й іншим сучасним соціально-гуманітарним наукам, у яких не тільки відбувається перехід від порівняльного методу до компаративного, а й формується компаративістика як сфера відповідних міждисциплінарних досліджень, які відрізняються від, власне, порівняльних такими рисами: у їхній предметний простір включається не тільки “одне” і “друге”, що було властиве порівняльним дослідженням, орієнтованим на встановлення загального між різними явищами, а й “інше”, що є якісно протилежним стосовно “одного” та “другого”; якісною зміною предметного простору компаративних досліджень, який не обмежується європейськими країнами, а охоплює всі країни світу, цивілізації, континенти, регіони світу, причому метою таких досліджень є не тільки виявлення загального як поширеності європейських цінностей і поглядів серед країн інших цивілізацій, а й їхньої своєрідності, унікальності, зокрема й особливостей соціальної регуляції; компаративна методологія орієнтована не тільки на пошук тотожності, подібності, рівності та інших варіацій загального, а й нерівності, паралелей, протилежностей, аналогій у різних світоглядних формах, практиках, повсякденному житті людини, ґрунтується не на монізмі тих або інших компонентів процесу пізнання, а на визнанні їхнього плюралізму, залежності від суб’єктивних уподобань дослідника, запереченні абсолютизації задалегідь і “жорстко” установлених методологічних правил компаративного дослідження (особливо в проблемних, пошукових дослідженнях).

Інтеграція юридичної компаративістики у систему компаративних наук, сприйняття з відповідною трансформацією їх методологічного потенціалу як збагачує її методологію, забезпечує адекватне сприйняття багатомірності й багатоманітності правової реальності, так і дає змогу зробити свій внесок у компаративістику, зумовлює виникнення таких сфер міждисциплінарних компаративних досліджень права, як географія права, компаративна історія права, компаративна юридична лінгвістика, компаративне правове літературознавство й мистецтвознавство та ін.

Маючи дисциплінарно-міждисциплінарну природу, юридична компаративістика підкреслює необхідність визнання актуальності проблемної побудови наук, доцільність пошуку предмета компаративних досліджень не тільки на рівні предметів спеціальних (прикладних), галузевих, загальнотеоретичних та історичних юридичних наук, а й у всьому діапазоні існування правової реальності: від правопорядку світу, права людства (універсальне право) до правового простору соціальних груп,

громад, безпосереднього життя (повсякденності) конкретного суб'єкта права.

До напрямів подальшого осмислення юридичної компаративістики можна віднести розгляд правової реальності в часі як компаративної історії права, у просторі – на основі єдності глобального та локального (глокальності) як компаративної географії права, її орієнтацію на зіставлення права й інших соціальних регуляторів осмислення та формування соціорегулятивного простору, диференціацію компаративних правових досліджень за їхнім здійсненням й використанням отриманих результатів у науці, практиці, безпосередньому житті суб'єктів права.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Dudchenko V, *Tradyttsiia pravovoho rozvytku: pliuralizm pravovykh vchen [Legal Development Tradition: Plurality of Legal Doctrines]* (Iurydychna literatura 2006) (in Ukrainian).
2. Kresin A, *Stanovlenie teoreticheskikh osnovaniy sravnitel'no-pravovykh issledovaniy vo vtoroy polovine XVII – pervoy treti XIX veka: komparativnaya kontseptualizatsiya [Establishment of the Theoretical Foundations of Comparative Legal Studies in the Second Half of the XVII – First Third of the XIX Centuries: Comparative Conceptualization]* (Feniks 2018) (in Russian).

#### *Edited books*

3. Tykhomyrov O, 'Filosofski zasady porivnialnoho pravoznavstva' ['Philosophical Principles of Comparative Law'] v Kresin O (red), *Filosofia porivnialnoho pravoznavstva: zbirnyk naukovykh prats [Philosophy of Comparative Law: a Collection of Scientific Works]* (Liha-pres 2015) (in Ukrainian).
4. – –, 'Metodolohichni problemy komparatyvnoi samorefleksii porivnialnoho pravoznavstva' ['Methodological Problems of Comparative Self-reflection of Comparative Law'] v Bezklubyi I (zah red), *Metodolohiia u pravi [The Methodology is in the Law]* (Hramota 2017) (in Ukrainian).

#### *Journal articles*

5. Bekhruz Kh, 'Aksiologicheskii podkhod v strukture sravnitel'no-pravovykh issledovaniy' ['Axiological Approach in the Structure of Comparative Legal Research'] (2008) 40 Aktual'ni problemi derzhavi i prava 25-9 (in Russian).
6. – –, 'Porivnialne pravoznavstvo: suchasni hrani doslidzhen' ['Comparative Jurisprudence: Contemporary Facets of Research'] (2013) 1-2 Porivnialne pravoznavstvo 278-85 (in Ukrainian).
7. – –, 'Universalizm i reliatyvizm tsinnosti u konteksti dialohu pravovykh kultur' ['Universalism and Relativism of Values in the Context of the Dialogue between Legal Cultures'] (2012) 2 Filosofii prava i zahalna teoriia prava 128-38 (in Ukrainian).

8. Chernetska Ota Shylinhov V, 'Iurydychna komparatyvistyka yak samostiina yurydychna naukova dystsyplina' ['Comparative Jurisprudence as an Independent Discipline of Legal Science'] (2009) 1 Porivnialno-pravovi doslidzhennia 23-8 (in Ukrainian).
9. Damirli M, 'Systema porivnialnoho pravoznavstva yak kompleksnoi nauky' ['The System of Comparative Jurisprudence as a Complex Science'] (2013) 1-2 Porivnialne pravoznavstvo 255-265 (in Ukrainian).
10. Kharytonov R, 'Sravnitel'noe pravovedenye y otraslevaia yurydycheskaia komparatyvistyka: sootnoshenye y vzaymodeistviye' ['Comparative Jurisprudence and Branch-Specific Comparative Law Studies: Correlation and Interaction'] (2015) 2 Publichne pravo 345-51 (in Russian).
11. Kresin O, 'Ideia zahalnoho v pravi yak vnutrishnoho y zovnishnoho dialohu natsionalnykh pravoporiadkiv (druga polovyna XVIII – pochatok XIX stolittia)' ['The Idea of Common in Law as an Internal and External Dialogue of National Legal Orders (Second Half of XVIII – Early XIX centuries)'] (2017) 2 Filosofski ta metodolohichni problemy prava 155-75 (in Ukrainian).
12. —, 'Porivnialne pravoznavstvo: istorychna retrospektyva i novi vyklyky' ['Comparative Jurisprudence: Historical Retrospective and New Challenges'] (2016) 27 Pravova derzhava 661-7 (in Ukrainian).
13. —, 'U poshukakh komparatyvnykh zasad yurydychnoi nauky' ['Searching for Comparative Foundations of Legal Science'] (2014) 4 Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 183-91 (in Ukrainian).
14. Kudin S, 'Porivnialna istoriia prava: epistemolohichni ta praktychni doslidzhennia u pratsiakh A. M. Stoianova' ['Comparative History of Law: Epistemological and Practical Research in the Works by A. M. Stoianov'] (2013) 3-4 Pravo Ukrainy 159-68 (in Ukrainian).
15. Lukianov D, 'Mizhnarodna nauково-praktychna konferentsiia "Pravova doktryna – osnova formuvannia pravovoi systemy derzhavy"' ['International Scientific and Practical Conference "Legal Doctrine – the Basis for Building a Legal System of the State"'] (2013) 4 Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 284-9 (in Ukrainian).
16. —, 'Mizhnarodne vyznannia ukrainskoi nauky' ['International Recognition of Ukrainian Science'] (2010) 3 Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 343-4 (in Ukrainian).
17. Onishchenko N, 'Do pytannia pro spivvidnoshennia katehori "iurydychna komparatyvistyka", "porivnialne pravoznavstvo" ta "pravovi systemy suchasnosti"' ['On the Correlation of Categories "Comparative Law Studies", "Comparative Jurisprudence" and "Modern Legal Systems"'] (2009) 1 Porivnialno-pravovi doslidzhennia 18-22 (in Ukrainian).
18. Shemshuchenko Yu, 'Vymiry porivnialnoho pravoznavstva' ['Dimensions of Comparative Jurisprudence'] (2013) 3-4 Pravo Ukrainy 15-21 (in Ukrainian).
19. Skakun O, 'Metateoretychni pytannia zahalnoho porivnialnoho pravoznavstva yak haluzi yurydychnoi nauky' ['Metatheoretic Issues of General Comparative Jurisprudence as a Branch of Legal Science'] (2012) 3-4 Porivnialne pravoznavstvo 408-20 (in Ukrainian).
20. Tkachenko O, 'Kontsept porivniannia yak konstytuanta postmetafizychnoho pravovoho myslennia: dosvid epistemolohichnykh transformatsii' ['The Concept of Comparison as a Constituent of Post-Metaphysical Legal Thinking: the Experience of Epistemological Transformations'] (2013) 3-4 Pravo Ukrainy 39-48 (in Ukrainian).
21. Varha Ch, 'Porivniannia pravovykh kultur i pravovoho myslennia' ['Comparison of Legal Cultures and Legal Thinking'] (2013) 3-4 Pravo Ukrainy 22-31 (in Ukrainian).

*Thesis*

22. Kryvtsova I, 'Metodolohichna rol synerhetyky u porivnialno-pravovomu piznanni' ['Comparative Jurisprudence: Historical Retrospective and New Challenges'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Odeska natsionalna yurydychna akademiia 2008) (in Ukrainian).
23. Lukianov D, 'Relihiino-pravovi systemy svitu: porivnialno-pravove doslidzhennia' ['Religious and Legal Systems of the World: Comparative Law'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, Natsionalnyi yurydychnyi universytet im Yaroslava Mudroho 2016) (in Ukrainian).

Oleksandr Tykhomyrov

ASPECTS OF COMPARATIVE SELF-REFLECTION  
OF COMPARATIVE JURISPRUDENCE  
AS LEGAL COMPARATISTICS\*

ABSTRACT. The article is intended to highlight the results of one of possible ways to conceptualize legal comparativistics, their basic features, correlation with legal and comparative sciences, and plurality of structuring the array of comparative legal studies.

The purpose of the article is to elaborate on the results of comprehending the features of comparative self-reflection of comparative jurisprudence as legal comparativistics aimed at clarifying what is common, different and unique in various understandings of the scientific nature, philosophical and scientific foundations of comparative jurisprudence.

One of the ways of comprehending the modern development stage of comparative jurisprudence is its comparative self-reflection as legal comparativistics on the basis of comparativism as a kind of world outlook which is formed in the post-postmodern perspective and comprises its scientific and extra-scientific forms, and also the philosophy of comparativism as a form of rational comprehension of the world's modern existence, comparism as the general scientific paradigm of social humanities, and law comparativism which determine the "formats" of the foundations underlying the attitude to the legal world as a variety of different civilizations, cultures, traditions and world order as a result of their real interaction or lack thereof.

Legal comparativistics as the postnonclassical stage of comparative jurisprudence development under the post-postmodern conditions retains the links to its prior development, at the same time being characterized by differences from them in the subject-matter and methodological aspects (with respect to the subject matter – by plurality and equality of legal cultures, social and cultural conditionality of plurality of legal reality, and in methodological terms – by comparativist thinking and comparative approach which is based on identification of "one", "the other" and "another").

\* The article continues author's researches, the preliminary results of which were partially published in such editions: 'Philosophical principles of comparative law' in Kresin O (ed), *Philosophy of Comparative Law: digest of scientific works* (Liha-pres 2015) 126-145; 'Methodological problems of comparative self-reflection of comparative law' in Bezklubyi I (ed), *Methodology in Law* (Hramota 2017) 188-214.

Олександр Тихомиров

Legal comparativistics are formed in the domain where comparative and legal sciences interact, where comparative sciences determine the methodology and legal sciences – the specific features of objects (legal reality) in the context of socio-cultural regulators (regulatory space covering all countries of the world with their dominant regulators conditioning the originality of its national or civilizational configuration).

By its scientific nature, legal comparativistics may not be reduced merely to an autonomous scientific discipline or method, it is a complex formation embracing various forms of existence and arrangement of juridical comparative law studies – scientific paradigm (comparism), scientific discipline (juridical comparatology), methodology (comparison), the frontier of respective studies, their infrastructure, the scientific profession of comparativists, their scientific community, the array of special publications and etc.

KEYWORDS: legal science; comparative jurisprudence; post-postmodernism; comparativism; legal comparativistics; law comparativistics; comparative approach; comparative legal research.





## Csaba Varga

Doctor of Legal Science, Professor;  
Member International Academy of Comparative Law;  
Professor Emeritus, Pázmány Péter Catholic University Faculty  
of Law, Philosophy of Law Department;  
Research Professor Emeritus, Hungarian Academy  
of Sciences Institute for Legal Studies  
(Budapest, Hungary)  
varga@jak.ppke.hu

DOI: 10.33498/luu-2019-03-049

УДК 340.5

### COMPARATIVE JURISPRUDENCE AS SCHOLARSHIP AND PROFILE OF EDUCATION\*

**ABSTRACT.** Our thoughts are products of our culture, tradition, and ideal of order, so their understanding and development can only be based upon them. However, cultures, traditions and ideals vary from time to time and from people to people, as each of them has been created and developed to respond to challenges under their own conditions. Consequently, they are not only independent of each other in their genesis, but are also incommensurable in their historical set, which equals to saying that they are not even classifiable but only taxonomisable in a strict sense. Each of us lives and interprets his own world: when we compare, we attempt at putting them in a common hat, knowing that no one can go beyond the symbolic paradox of “I interpret your culture through my culture”. A way out from this trap can only result from their individual parallel characterisation after we have built up some kind of abstract philosophical universality from the ideals of order concerned. Then, in the context of the Self and of You, we are expected not only to explain the Other, but also to recognise it by its own right. In its due course, legal comparison aims at getting knowledge not only of ‘law in books’ and ‘law in action’ but about what is meant by law when it works in our mind. Therefore, beyond the mere act of taking cognisance, comparison comprises also the acceptance of this Other by its own right, in which none is simply reduced to anything purely factual (“what is the law?”), but the actuality of the entire normative process leading to a legal statement (“how do we think in law?”) is considered. Getting to know foreign laws begins with grouping of laws and, as expressed in legal families, by combining those which are similar while contrasting the dissimilar. Interaction and mixing amongst them is a natural sequel, but their establishment cannot be a substitute to the didactic necessity and explanatory power of analysis in term of legal families. When describing them, mere contrasting shall be consummated by presenting the specific ingenuity of each of them as a characteristic individual feature specific to them.

**KEYWORDS:** anthropological cognition; implicit mono-epistemology; cultural context; classification/taxonomy; ideals of order; legal families; ingenuity of cultures.

\* A version shortened from the monographic paper the author prepared as General Report to the topic *Comparative Law and Multicultural Legal Classes: Challenge or Opportunity?* for the 20th World Congress of the International Academy of Comparative Law (Fukuoka, Japan, 22–28 July, 2018). For some background materials, cf. Also: Чабa Варга, *Загадка права и правового мышления: избранные произведения* (Антонова М ред, Алф-Пресс 2015).

© Csaba Varga, 2019

*The Self and the External World:  
the Question of Understanding*

All cultures, traditions and orders are plural and manifold. They differ from one another because they originate from actual lives – the nature of orders peoples have developed and do conform to, of the challenges they face, of the experience they have accumulated, and of the kinds of feedback whilst their community actions are made. It is *comparatio* that brings them into some common ground. For by treating them as organic constituents of some, mostly hypothetical, common sets, we will necessarily compare them to each other. Doing so, however, no matter how much we may try to anonymise or depersonalise our culturally bound point of view by living with cool distances in want of objectivity in the process, the result of the operation will ultimately be determined – or channelled into a referential framework at least – by ourselves, that is, by the own culture of the one who compares. So what we tried to get out of the gate is to return through the window. And this is exactly the paradigmatic paradox inherent in any act of collective social understanding: the only thing I can do is that “I interpret your culture through my culture.” However, there is a circumstance that, as a shortcoming, is common to such operations. For there is neither a neutral language, nor a point of reference which could be outside of all what we are or what we can at all sense with our own culture, wanting to learn about it.

Therefore, by comparing our cultural subjects with ones of other cultures, that is, by the contrast we draw between the own and the other, *nolens-volens* we are in fact deepening our inner understanding of our own. Because all our intellectual activity is always based on our own ground. Consequently, we are supposed to make this more advanced – that is, even more differentiated in a systemic sense, in its internal delineations as well as in its responsive potential – for that we shall be able to expose and visualise any outer object with greater sensitivity and in a deeper understanding.

Now, going from here to the field of *scholarship* and *education*: am I talking about a topic, at an international forum, in context of which I confer on phenomena of other cultures as well? Do I introduce my students to the variety of legal traditions, to explore the past and present worlds of law, in a mixed class community in which all that I am referring to – in description, classification, correlation, and the evaluation all they inevitably express – also affects the legal culture(s) whose representative(s) may be present as my student(s) here? To put the basic situation briefly, it is about the gap between differing *autochthonous* cultures – that is, ones developed to meet differing conditions with different peoples and epochs – and the chances and difficulties of its bridging. This is the issue of anthropological and cultural knowledge. Since

man and human community, despite most devoted efforts, in relationship to the other cannot be but an external observer.

The deeper abstraction and the deeper store of analytic instruments we devote to debating the quest of whether or not we can at all understand the other, the farther we shall have departed from the chance of an affirmative answer. Our daily experience is, however, a testimony to us that in case of interest in, empathy to and ethos shared with the cause, we can not only comprehend but also mutually enrich each other.

*Comparativism as a Field of Scholarly Activity  
and as a New Approach in Legal Education*

In cultural anthropology it has been a fundamental principle since the grounding work of F. Boas that the task is not simply to theorise, but to locate within context – knowing, at the same time, that each culture has its own “*genius*”, that is, an exclusively characteristic set of inventiveness, artfulness and originativeness in problem solving<sup>1</sup>. Well, in a classical formulation, *culture* is nothing less or more than ‘a system of inherited conceptions expressed in symbolic forms by means of which men communicate, perpetuate, and develop their knowledge about and attitudes toward life’<sup>2</sup>.

Consequently, the knowledge of the own legal system “creates an *implicit mono-epistemology*” – with a force, by the way, that can only be compared to the extent to which our mother tongue, our worldview and specific culture provide us with a stable background: benchmark and framework – for ‘[g]rand theories of comparative legal science or comparative legal studies do not change the prior epistemic embedding that has already taken place’<sup>3</sup>.

In this all, in spite of abstract constructions built in, so-called science itself is not something independent or absolute, but part of our being, our knowing self, and thus part of our community existence. And, in such a sense, it can be stated in quality and validity of an “ontological” proposition that science itself is nothing else than ‘culture in culture [...which...] walks the royal road to making us’<sup>4</sup>. For, the so-called *form of life* thematised by Wittgenstein<sup>5</sup> is not a simple ancillary to our being, but part of it; it is straightly a constitutive component of it. As given, this is the basis of every cognition, because this form of life ‘is not true or false, nor is it a style of reasoning. It is what determines

<sup>1</sup> As an early statement for it, see: E Sapir, ‘Culture, Genuine and Spurious’ [1924] 4(29) American Journal of Sociology 401-29; Чаба Варга, ‘Порівняння правових культур і правового мислення’ (2013) 3-4 Право України 22-31.

<sup>2</sup> Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays* (Basic Books 1973) 89.

<sup>3</sup> Jaakko Husa, ‘Turning the Curriculum Upside Down: Comparative Law as an Educational Tool for Constructing Pluralistic Legal Mind’ [2009] 7(10) German Law Journal 913-26, 914, 918.

<sup>4</sup> Marianne de Laet, ‘Anthropology as Social Epistemology’ [2012] 3-4(26) Social Epistemology 419-33, 424-5.

<sup>5</sup> Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (Basil Blackwell 1953).

what is true-or-false' in a given community<sup>6</sup>. In this same sense, therefore, cognising the other and teaching its fruits are in fact an *experiment in epistemic transformation*, the task of which is to open our thinking and understanding ability to acquire other modes of thought as well, backed by other benchmarks and notional structures.

In principle, these differences could even be ephemeral, though gradual, but not just for legal cultures. Simply put, in worldview and approach to any kind and mode of understanding, in the ideals of human life and its reasonableness, one can conceive of cardinal differences the genuine exploration of which can only be unsuccessful when starting from any side, since they do not even approach the other, since none of them simply has – and, in historical formations, could not have had – any contact with the other. Therefore, in fact, we have no choice but to construct a *philosophical abstraction* out of all the law's underlying ideals *as a legal-philosophical universality* in which, at the most, all their varieties can be interpreted separately as examples of approximations and experiments made.

Just a few years ago the Anglo-American Atlantic world still perceived nothing more ambitious in any sort of legal comparison than the chance of an export of its own organisation<sup>7</sup>, while foreign patterns were best described as a mere “tangential and unimportant” colouring exotic<sup>8</sup>. In the meantime, however, enthusiastic planning as to the prospects for law and legal education in the European Economic Community have brought about surprising results exceeding the thematic level of what actually *comparatio* is. Accordingly, as the ambitious Maastricht colloquium demonstrated nearly three decades ago<sup>9</sup>, whatever law we teach – ours or others' – it will serve as nothing but field of exercise for the application of any – ours or others' – law in the given circle of cultures. Moreover, we can best prepare for the foreseeable variants or changes of any such laws, if we focus on their roots, that is, their *common developmental identities*. Since the experiment of the past can in large measure (with the exception of shocks or coercive situations) foreshadow the essential frameworks of the probable movements in the present or the near future, with their expectable conceptual connections involved.

<sup>6</sup> Ian Hacking, 'Language, Truth, and Reason' in Hollis Martin and Lukes Steven (ed), *Rationality and Relativism* (MIT Press 1982) 48-66.

<sup>7</sup> E.g., The Rt. Hon. Sir Ivor Richardson, 'Educating Lawyers for the 21st Century' [1988] 2(6) *Journal of Professional Legal Education* 111-6.

<sup>8</sup> E.g., Ronald A Brand and D Wes Rist (ed), *The Export of Legal Education: Its Promise and Impact in Transition Countries* (Ashgate 2009).

<sup>9</sup> Bruno De Witte and Caroline Forder (ed), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education / Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1992).

What is the result by today? There is “decreasing importance of political geography or state normativity” attached to law<sup>10</sup>, on the one hand, and a break with the exclusivity of the Kelsenian type normativism – “The law counts only as positive law”<sup>11</sup> – has become more decisive, on the other; albeit there has remained a kind of almost religiously inspired hybris actually permeating the utmost positivistic approach to law in both legal scholarship and education. And, on the final analysis, both students’ migration and the comparative approach to legal subjects has become more and more general all over the world.

And what is the direct goal? This is to understand our own legal system and laws better, through symbolically expanding and broadening those ideas, conceptualities and institutions what the students themselves may have already learned as representatives of their home arrangement. The stake now is not merely a matter of factuality in taking the cognisance of the other as different, but the very intellectual – and I dare to tell, transubstantiating – act of ‘recognizing the other <...> *in its own right*’. In this process, operations with

<...> distancing/differencing <...> encompass the willingness and capability to cope with preconceptions and stereotypes, biases and rationalist assumptions that fall within the analytical framework and normative matrix of one’s own (legal) education and experience<sup>12</sup>.

In a more straightforward way, it might simply mean again that law is rooted in culture, and the law’s actual meaning can at any time be *unfolded from its own cultural contexture* exclusively. And this assessment is not only a foundation stone of legal comparativism; what is more, it provides the master key to the philosophical understanding of legal phenomenon itself, too. It can only mean, therefore, the observation of the other as shaped under circumstances differing from the observer’s stand, and its understanding in its specific autochthony. This naturally includes the processing of all the relevant cultural backgrounds and environments in order ‘to embed the black-letter rules within a web of beliefs, ideals, choices, desires, interests, justifications, principles, techniques, reasons, and assumptions. The hope is <...> to understand the legal system from within’<sup>13</sup>. Or, arguing with contrasting Comparative Law and Comparative Legal Cultures as disciplines to one another, the latter, as opposed to the “decontextualised picture” of the former, offers “the multitextuality of the

<sup>10</sup> Rosalie Jukier, ‘How to Introduce Similarities and Differences and Discuss Common Problems in the Classroom’ (*International Associations of Law Schools Conference*, Sozhou China, October 17-19, 2007) <[https://www.mcgill.ca/centre-crepeau/files/centre-crepeau/Jukier\\_simms\\_diffs.pdf](https://www.mcgill.ca/centre-crepeau/files/centre-crepeau/Jukier_simms_diffs.pdf)> (accessed: 01.02.2019).

<sup>11</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre Deuticke* (1934) para. 28 at 64.

<sup>12</sup> Gunter Frankenberg, *Comparative Law as Critique* (Elgar 2016) 6, 83.

<sup>13</sup> William Ewald, ‘Comparative Jurisprudence (I): What was it like to Try a Rat?’ [1994-1995] 6(143) *University Pennsylvania Law Review* 1948.

legal cultures”, practically the “entire contextual matrix in which the state law operates”. In this way, the law itself will be revealed in its entirety indeed, rather than as reduced to its mere skeleton or positivistic surface. After all – recalling the creed of the classical ancestor Montesquieu: “It is not the body of laws that I am looking for, but their soul!” – “a living body of law is not a collection of doctrines, rules, terms and phrases. It is not a dictionary, but a culture; and it has to be approached as such”<sup>14</sup>.

Well, in order to induce that inner understanding, *comparatio* seems a best available means in education. For the bridging of the gap between epistemic *self-centredness* and some kind of *strangeness* as an outer object is referred here again. In this, whatever *A* and its variations, or the artificially posited dichotomy between any *A* and *non-A* are firmly formulated<sup>15</sup>. For ‘We know who we are only when we know who we are not and often only when we know whom we are against’<sup>16</sup>. Of course, the problematic of anything versus anything else can sometimes gain a dramatic overtone, especially when it is realised that something of our own heritage and something else from a heritage pointedly contemned and repudiated by us are, on final analysis, *the same* – at least and last in one or another sense<sup>17</sup>.

It is to be noted, however, that the objects of such confrontation are not artificial formations, analogous to abstract geometric or mathematical forms projected or proposed, but living cultures, orderly accomplishments, that is, living and moving *ordo-ideals* of humans’ societies, serving as a framework

<sup>14</sup> Based on the collection of Varga (1992), Bogumila Puchalska-Tych & Michael Salter ‘Comparing Legal Cultures of Eastern Europe: The Need for a Dialectical Analysis’ [1996] 2(16) Legal Studies 181-3 doi 10.1111/j.1748-121X.1996.tb00001.x; resp. Montesquieu, ‘Dossier de l’Esprit des Lois’ in Cailliois R (ed), *Oeuvres complètes*, II (Gallimard 1951) 1025 [Ce n’est point le corps des lois que je cherche, mais leur âme].

It is to be remembered here that, for instance, in the plenary speech I held at the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy world congress at Edinburgh in 1989, whilst developing an ontological exposition of law, I described its Soviet-type *simulacrum*, called Socialist law at the time and regarded as an independent legal family, as a wreck law from the beginnings, featuring – as based upon – something of a differing ontology, since, being overtly and directly a political instrument, also in its textuality it was just a lie, or a deceptive form, all through.

Cf. Csaba Varga, ‘Liberty, Equality, and the Conceptual Minimum of Legal Mediation’ in Neil MacCormick & Zenon Bankowski (ed), *Enlightenment, Rights and Revolution* Essays in *Legal and Social Philosophy* (Aberdeen University Press 1989) 229-51; reprint ‘What is Needed to Have Law?’ in Csaba Varga, *Transition to Rule of Law On the Democratic Transformation in Hungary* (ELTE “Comparative Legal Cultures” Project 1995) 38-61.

<sup>15</sup> The separability of which is by far not exactly clear. See, e.g., Pierre Legrand, ‘The Same and the Different’ in Pierre Legrand and Roderick Munday (ed), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press 2003) 240-311.

<sup>16</sup> Samuel P Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (Simon and Schuster 1996) 21.

<sup>17</sup> To a politicising fallacy in what kind of quality may be the result of a *comparatio* manifestly to be drawn, I have found a fresh example in a monograph outlining the international debate on the far-off effects of American racial legislation – making, in facing relevant issues at its time, the United States the leading nation in the world – in a specific relationship to the National Socialist legislation at Nuremberg, having exerted a kind of influence without any doubt and in a documentable way, which was at the same time of a reinforcing character and one of both suggesting tools and serving with the practical experience of the use of certain instruments. It was the essence of this debate that it was dreaded and horrified while rejecting even the imaginability of having had genuine legal effect or some near-to-borrow situation. Cf. James Q Whitman, *Hitler’s American Model: The United States and the Making of Nazi Race Law* (Princeton University Press 2017).

for peoples' thinking, each of them having developed differently – having come from something ingeniously different in the raw – in order to respond to differing challenges, and thus creating different skills, sensitivities, and conceptualities within itself. Therefore, as autochthonous formations, they are not strictly commensurable to each other; consequently, they cannot even be classified in the proper sense, only *taxonomised* into large(r) groups<sup>18</sup>. Different modes of thought are actually put into a kind of common hat of intellectual understanding, and for doing this, some mutually shared common language is necessary<sup>19</sup>. Thereby – since the eventual goal of legal education can be summarised as “*learning to think like a lawyer*” – one is to imitate a most notorious act of Baron Münchhausen, the impossible act of raising himself by himself.

The *comparatio* is done by and for us, for the sake that we can sense and perceive all what is ours more accurately in backlight. Simultaneously, surpassing the self-limitation of positivism reducing law to a kind of self-entity, we perceive again the pertinent roots and various human intellects backing the law, in a vista of incomparability characteristic of phenomena produced by culture and tradition, as if we were somewhat transcending the disciplinary borders and level of Comparative Law in order to redirect ourselves towards Comparative Legal Cultures.

So what is the near goal? It is the realisation of the *relative* and both *contingent* and *humanely fallible* character of all our own solutions as representations of concurring alternatives.

Multiculturalism in the classroom may also exemplify the interplay between ‘having a meaning’ and ‘giving a meaning’: formal law being no more than just a first and prime guidance, and the actual direction is channelled by further factors as well<sup>20</sup>.

This is already reflected in the *language of the law*. Its multiple embeddedness into general language and legal technicalities is hidden to a great extent, thanks to the utmost formalism of and abstraction in terms and designations used. At the same time, legal language is by far not simply

<...> a sub-system of a national language, consisting of legal terms and phrases and stable conventions for the formulation of legal texts. Moreover,

<sup>18</sup> Чабва Варга, ‘Theatrum legale mundi: Про класифікацію правових систем’ (2012) 3-4 Порівняльне правознавство 17-37.

<sup>19</sup> Melina Girardi Fachin’s national report from Brazil, Part I. As to the transformative levels of thinking and arguing when deciding a legal conflict is at stake, see Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press 2005) as well as Csaba Varga, ‘Koskenniemi and the International Legal Argument As Founded in the Law’s Ontology’ 2015 Hungarian Yearbook of International Law and European Law (Eleven International 2016) 331-55.

<sup>20</sup> Cf. Ch Perelman, ‘Avoir un sens et donner un sens’ [1962] 5(20) *Logique et Analyse* 235-50 as well as Csaba Varga, ‘On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning’ (1973) *Logique et Analyse* 21-78, 61-2.

Csaba Varga

as the collective memory of the lawyers of that system, storing, over many generations, the experience, habits, and world-views of the legal community in question<sup>21</sup>.

Or, the language used by law turns to be the visible body of the law.

In a multicultural environment, 'the legal classroom itself becomes a site of legal plurality through the overlap and interactions between the different types of legal experiences, cultures, conceptions and orders that the students bring with them'<sup>22</sup>. This involves differing priorities and includes the differentiation of what from the autochthon culture is believed and lived as a sacred and non-profane identity core, that is, what remains as debatable at all.

#### *Laws and Ideals of Order in Comparison*

It is commonplace in science that reality is one totality all throughout; its way of being is process-like; and all that take part as involved in it develop from and through interactions, that is, any of its particle gains its basic definition by the networking place it is positioned in/by this totality.

However, on the one hand, when individual laws are at stake, *comparatio's* operational moves seem to transcend such a contexture, since it has to posit or hypothesise the subject of analysis as an independent existence, identical with its own self; moreover, it needs considering both the law's process-like character and the position it occupies in the total social process any time, to be seen as (as if reduced to) a reified entity.

On the other hand, for ideals of order in the foundation of the various legal regimes I elaborated an experiment in initiation in Budapest, after Pázmány Péter Catholic University and its Law Faculty had been founded just following the fall of Communism, subject to term and final examinations as well, centred upon domestic and universal legal development with its varied background ethoses, in form of teaching Philosophy of Law with legal sociological, anthropological and methodological (i.e., juristic methods) perspectives involved, and followed by Comparative Legal Cultures, planned term to term for the first nine terms subsequently. A few years later when colleagues in practical lawyering pressed their positivistic subjects to gain more terrain, the rather fortunate encounter – or even a kind of direct merging – of *Comparative Legal Cultures* with the backgrounding *Philosophy of Law* was to find a proof. Since the latter has from the beginning examined the underlying world view, concept of order and conceptual build-up of each legal system or culture examined, with the regulatory framework required by it as well as the

www.pravo.ua.com.ua

<sup>21</sup> Anne Lise Kjær, 'A Common Legal Language in Europe?' in Mark van Hoecke (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Hart Publishing 2014) 387-8.

<sup>22</sup> Myriam Hunter-Henin's national report from the United Kingdom.



instrumentality assigned to it, all approached from the specific (local) ingenuity and *ordo*-ideal, characteristic of both past and contemporary cultures<sup>23</sup>. In this sense it was intended plainly to promote a truly *universal philosophy of law* based upon the stands of social philosophy and theory, already detached from the narrowness of legal philosophising reduced to nationally and/or culturally set boundaries as the legacy of XIXth century positivism<sup>24</sup>.

### *The Problem of Legal Families*

The primary encounter with the other is contacting a different legal culture anyhow, which is usually referred to in context of belonging to a given “*legal family*”, once the world’s known legal systems have been taxonomised.

Well, it is fashionable today to regard categorisation according to legal families as obsolete or misleading from the very start. Here, too, as everywhere and anywhere in the evolution of scientific thought, at first those criticisms were granted some correctional acknowledgment, which could be justified as an exception in a defensible and separable way. But as an ordinary course of the process getting slowly overwhelmed by the critical impetus, step by step it started transforming into a self-destruction of all its original performance, converting into something of a mass of indefinite chains of grades what once used to have some intelligible definite message. Because the mixed origins and affinities of the legal systems, the acceptance of everything mixed/mixing with the tireless furthering of the initial findings into more and more nuanced grades is today’s fashion<sup>25</sup>, about which we are by now aware that there is no – and the more we observe legal development from distance and the more microscopic depths we perceive in it, cannot even be – exception to them. Accordingly, a criticism of criticism seems to be justified even more so, since

<...> [t]he widening of the class of mixed systems, however, risks hiding or obliteration of distinctive features that help students to identify the characteristics of various traditions and determine the extent of borrowings or transplantations between systems that have occurred over time<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Cf. Csaba Varga, ‘The Philosophy of Teaching Legal Philosophy in Hungary’ [2009] 2(5) *Iustum Aequum Salutare* 165-84.

<sup>24</sup> As noted in a previously unpublished paper by the author around 1973, the subjects of so-called “general theory of law” – *contradictio in adiecto* in itself, but cultivated particularly in the once Soviet-dominated world – are usually general within the given domestic law’s panoramic view exclusively, totally ignoring the rest of the world. Cf. Csaba Varga ‘Összehasonlító módszer és jogelmélet’ in his *Útkeresés Kisérletek – kéziratban* (Szent István Társulat 2001) 95-101.

<sup>25</sup> E.g., Vernon V. Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (Cambridge University Press 2001); Esin Örucü, ‘What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?’ (2008) 12 *Electronic Journal of Comparative Law* 1.

<sup>26</sup> Silvia Ferreri’s national report from Italy, para. 1.

In person, I have not encountered difficulties myself. Perhaps because I have avoided discussing the many past and present legal cultures reviewed according to pedantically lined up classificatory categories or series of questions, held universal as catalogued with an abstract systemic outlook from the very start, but I tried explaining them as an opportunity for philosophising on their respective ideals of *ordo* and their attempts at practical realisation. Or, the discipline of Comparative Legal Cultures has never been understood as just a series of responses to a previously codified list of questions, but as the ever continued questing for building blocks or structuring components – such as intent at embodying or just exemplifying the law, its conceptuality, systemic nature and internal logic, if at all, or justification procedure and so on – that may specify the particularly *own genuineness* of any given legal culture, contradistinguished from all others.

So, no such a strange situation can occur any longer when René David, for instance, questions Common Law with the rigor of a system of the sources of law characteristic of Civil Law, or when especially those educated in the spirit of so-called Socialist normativism have been close to presuming legal uncertainty anywhere where that what in the own local order or home culture is identified as law is not a closed system of posited rules, drafted in abstract conceptuality<sup>27</sup>. And if – instead of operating with taxonomic categories, generalised to each and every occurrence and thereby unavoidably denaturing the *similia*'s total sets – we approach to mapping the variety of laws via differing human mentalities in how they are to secure *ordo* in society, that is, from a legal-philosophical standpoint again, then we will be staggered ourselves through making also our students staggered to realise that: *each one is something other*; moreover, each and every of them may have the potential of promoting and securing social order effectively in its own way, and in a manner considered fair and just according to its own social arrangement.

And what is most important for an all-inclusive social theorising: we are speaking about phenomena that have their own life within and as factors of societies in constant change, therefore they cannot be lined into an order of succession – neither in linearity, nor in verticality. Considering that each one is born from an unmistakably different *own medium*, none can be ranked compared to the other, because, in functionality, each one can perfectly fit its own conditions. In addition, the so-called primitive or tribal laws can, in their

<sup>27</sup> This same, too, disfigured the politically motivated Soviet-type Cold War denouncement of what was then called “American fascism”, filtering into legal historical and theoretical approaches as well. Cf. René David, *Les grands systèmes de Droit contemporains (droit comparé)* (Dalloz 1964); Csaba Varga, *Comparative Legal Cultures: On Traditions Classified, their Rapprochement & Transfer, and the Anarchy of Hyper-rationalism* (Szent István Társulat 2012).

own way, feature just as differentiated and complex a construction as modern societies' technical complications do<sup>28</sup>.

It does not make a difference whether I am speaking about once-upon-the-time autochthony or today's tribal law, relevant histories of China, Japan or Korea, classical Jewish or Islamic perceptions of the law, and then paths leading from ancient Greece to Rome and to its republican and imperial epochs, then to Middle Ages and customary law's arrangement, as well as the Continental European development (including transitions like the exegetic period, the fermentation by free-law movement, then the series of codification and recodification) and the English-American one (involving the historical variations from writs to precedents alongside with historical attempts at codification and substitutive forms nowadays), the panoramic view of all cases will be the unanimous praise of human ingenuity as a fascinating example of the beauty and truth of what the adage *varietas delectat* [i.e., variety is delighting] stands for. For such traits are highlighted in any instancial case by which exactly their own ingeniousness is expressed. It is only the logic's role in law, on the one hand, and the language, on the other, that get examined with particular attention, with variations when words are used simply to denote or as genuinely abstract conceptual-systemic loci – surveyed especially from Jewish and Muslim to Civil Law and Common Law arrangements. By the way, such an inquiry has a surprising, almost shocking result as to the rather particular, moreover exceptional character of our own continental heritage, realising its basic build-up as a technically formalised form embodied by a conceptual system<sup>29</sup>, while in all the rest there are far less meticulously mediated and transmitted complexities using also casual search for justice, alien to our abstractly universalising rule-based conception in all the ways.

Finally, a particular branching-off of the query of legal families is the situation when just multicultural discussion will reveal that the king is naked. That is, when instead of differentiation between the particular and the universal in what PIERRE LEGRAND calls *mentalités juridiques*, allegedly universal standards applied by the World Bank and/or the International Monetary Fund prove to be, in fact, nothing but projections and extrapolations of some American preconceptions. Thus, for instance, one of the most significant formal global ascertainment of the new millennium<sup>30</sup> was reacted by the French as a simplifying falsity of the “one size fits all” American mentality with the non-European understanding of law as a means of social engineering and, what is more – and on behalf of both financial world powers – by taking

<sup>28</sup> As a background, cf. e.g., Чаба Варга, “Право” или “нечто более или менее правовое” (антропологическое рассуждение о том, то есть право) в Чаба Варга, *Загадка права и правового мышления* (2015) 185-94.

<sup>29</sup> Cf. Чаба Варга, ‘Правова доктрина: методологія та онтологія’ (2011) 8 *Право України* 99-108.

<sup>30</sup> ‘[World Bank] Doing Business 2004 Understanding Regulations (September 2003)’ (*Oxford University Press*) <<http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2004>> (accessed: 01.02.2019).

the *Rule of Law* as its global standard, a mere illusion has been drafted again<sup>31</sup>. Perhaps just because the use of such an operatively undefined and indefinable notion can freely be transformed by any attemptive global imperialism into an arm equally usable for arbitrary claims or actual extortion<sup>32</sup>.

### *Successes and Results*

The final result is clear in that thanks to the comparative outlook in scholarship and education, we may enrich our students while we are also enriched.

At the same time,

[h]owever, there is a price to pay for transnational legal education. <...> The fine and nice national legal doctrine, the sophisticated inner structure of a national legal system might suffer from such an open educational training, which oscillates between abstract theories and concrete problems”<sup>33</sup>.

That is, there may be *something to lose* as well, which in our Western and especially continental cultures of modern formal law is nothing but the essence of law.

Facing the wishfully thought Utopianism in which law is “delocalised” as melted in ‘several orders without hierarchy, integrated in a coexistence of mutual reinforcement’<sup>34</sup>, a sober and down-to-earth reconsideration can only hold that:

Law is a language of its own. Today it is a babel of dialects, where hegemonic dialects try to establish themselves as universal languages. Under these conditions law is a local phenomenon. It seems hard to imagine a world which is built according to the KANTIAN utopia of cosmopolitan law: too many ordered by global power, too many subversive forces triggered by the global economic system which needs differences in local governments, as each difference gives an opportunity of greater exploitation. <...> The law, like the world, is fragmented into many communicative networks. A supranational legal science does not exist, an overworld does not exist, nor does a superior point of view to observe law. Legal science is just one of the many communicative networks able to order; it deals with the reality of human suffering, not with

<sup>31</sup> Anne-Julie Kerhuel & Bénédicte Fauvarque-Cosson, ‘Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law’ [2010] 4(57) *The American Journal of Comparative Law* 811-30; *Les droits de tradition civiliste en question A propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale* (Société de Législation comparée 2006).

<sup>32</sup> Cf. Чабба Варга, ‘Глобальные вызовы, правовое государство и национальные интересы: Дебаты об универсализме/партикуляризме евроатлантической цивилизации’ в Запесоцкий А (ред), *Современные глобальные вызовы и национальные интересы: XVI Международные Лихачевские научные чтения (19–21 мая 2016 г.)* (Санкт-Петербургский гуманитарный университет профсоюзов 2016) 46-50.

<sup>33</sup> Hans-Wolfgang Micklitz, ‘The Bifurcation of Legal Education – National vs Transnational’ in Gané C and Huang R (ed), *Legal Education in the Global Context* (Surrey and Burlington, VT 2016) 44-60, 59.

<sup>34</sup> H Patrick Glenn, ‘Quel droit comparé?’ [2013] 1-2(43) *Revue de Droit de l’Université de Sherbrook* 36; resp. Melina Girardi Fachin’s national report from Brazil, Part IIa.

the heavenly destinies of ideas; it is located in a place whose structures of power it decomposes and recomposes; it is a criterion to connect national debate on local regulatory experience with networks which have the same function in other countries. A superscience, therefore, does not exist; what exists is a continuous contamination between all the scientific networks. <...> [O]rder is not repetition, but an infinite production of sense ever new. Kafka has taught us to hesitate before the doors of law, in the sense of law as a statute [the *lex*]. Law as a whole [the *ius*], though, is an infinite network of doors watching each other, opening each other<sup>35</sup>.

And, from this, the only conclusion that can be drawn is that ‘The important truths about law <...> are universal truths. The most important of these truths might well be that law is fundamentally local – but that truth is none the less universal’<sup>36</sup>.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored book*

1. David R, *Les grands systèmes de Droit contemporains (droit comparé)* (Daloz 1964) (in English).
2. Frankenberg G, *Comparative Law as Critique* (Elgar 2016) (in English).
3. Geertz C, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays* (Basic Books 1973) (in English).
4. Huntington S P, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (Simon & Schuster 1996) (in English).
5. Kelsen H, *Reine Rechtslehre Deuticke* (1934) (in German).
6. Koskeniemi M, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press 2005) (in English).
7. Palmer V V, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (Cambridge University Press 2001) (in English).
8. Varga Cs, *Transition to Rule of Law On the Democratic Transformation in Hungary* (ELTE “Comparative Legal Cultures” Project 1995) (in English).
9. Whitman J Q, *Hitler’s American Model: The United States and the Making of Nazi Race Law* (Princeton University Press 2017) (in English).
10. Wittgenstein L, *Philosophische Untersuchungen* (Basil Blackwell 1953) (in English).

#### *Edited books*

11. Brand R A and Rist D W (ed), *The Export of Legal Education: Its Promise and Impact in Transition Countries* (Ashgate 2009) (in English).
12. Hacking I, ‘Language, Truth, and Reason’ in Hollis M and Lukes S (ed), *Rationality and Relativism* (MIT Press 1982) (in English).

<sup>35</sup> Pasquale Femia ‘Criticism: From the Outskirts of a World Without a Centre’ [2017] 1(1) The Italian Law Journal 13-6 [with the notions *lex/ius* added. – Cs. V.].

<sup>36</sup> Stephen A. Smith, ‘Comparative Legal Scholarship as Ordinary Legal Scholarship’ [2010] 2(5) Journal of Comparative Law 356.

13. Kjær A L, 'A Common Legal Language in Europe?' in Hoecke M van (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Hart Publishing 2014) (in English).
14. Legrand P, 'The Same and the Different' in Legrand P and Munday R (ed), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press 2003) (in English).
15. *Les droits de tradition civiliste en question À propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale* (Société de Législation comparée 2006) (in Franch).
16. Micklitz H-W, 'The Bifurcation of Legal Education – National vs Transnational' in Gane c and Huang R (ed), *Legal Education in the Global Context* (Surrey and Burlington, VT 2016) (in English).
17. Montesquieu, 'Dossier de l'Esprit des Lois' in Caillois R (ed), *Oeuvres complètes* (Gallimard 1951) 1025 [Ce n'est point le corps des lois que je cherche, mais leur âme] (in Franch).
18. Varga Cs, 'Összehasonlító módszer és jogelmélet' in Varga Cs, *Útkeresés Kísérletek – kéziratban* (Szent István Társulat 2001) (in Hungarian).
19. – –, *Comparative Legal Cultures: On Traditions Classified, their Rapprochement and Transfer, and the Anarchy of Hyper-rationalism* (Szent István Társulat 2012) (in English).
20. – –, 'Liberty, Equality, and the Conceptual Minimum of Legal Mediation' in MacCormick N and Bankowski Z (ed), *Enlightenment, Rights and Revolution Essays in Legal and Social Philosophy* (Aberdeen University Press 1989) (in English).
21. Witte B De and Forder C (ed), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education / Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1992) (in English).
22. Varga Cs, "'Pravo" ili "nechto bolee ili menee pravovoe" (antropologicheskoe rassuzhdenie o tom, to est' pravo) ["Right" or "Something More or Lss Legal" (Anthropological Reasoning about what is Right)]' v Varga Cs, *Zagadka prava i pravovogo myshleniya [Riddle of Law and Legal Thinking]* (2015) (in Russian).

*Journal articles*

23. Ewald W, 'Comparative Jurisprudence (I): What was it like to Try a Rat?' [1994-1995] 6(143) *University Pennsylvania Law Review* 1948 (in English).
24. Femia P, 'Criticism: From the Outskirts of a World Without a Centre' [2017] 1(1) *The Italian Law Journal* 13-6 [with the notions lex/ius added – Cs.V.] (in English).
25. Glenn H P, 'Quel droit comparé?' [2013] 1-2(43) *Revue de Droit de l'Université de Sherbrook* 36 (in Franch).
26. Husa J, 'Turning the Curriculum Upside Down: Comparative Law as an Educational Tool for Constructing Pluralistic Legal Mind' [2009] 7(10) *German Law Journal* 913-26 (in English).
27. Kerhuel A-J and Fauvarque-Cosson B, 'Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law' [2010] 4(57) *The American Journal of Comparative Law* 811-30 (in English).
28. Laet M de, 'Anthropology as Social Epistemology' [2012] 3-4(26) *Social Epistemology* 419-33 (in English).
29. Örücü E, 'What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?' (2008) 12 *Electronic Journal of Comparative Law* 1 (in English).
30. Perelman Ch, 'Avoir un sens et donner un sens' [1962] 5(20) *Logique et Analyse* 235-50 (in Franch).
31. Puchalska-Tych B and Salter M, 'Comparing Legal Cultures of Eastern Europe: The Need for a Dialectical Analysis' [1996] 2(16) *Legal Studies* 181-3 doi 10.1111/j.1748-121X.1996.tb00001.x (in English).

32. Richardson I, 'Educating Lawyers for the 21st Century' [1988] 2(6) Journal of Professional Legal Education 111-6 (in English).
33. Sapir E, 'Culture, Genuine and Spurious' [1924] 4(29) American Journal of Sociology 401-29 (in English).
34. Smith A, 'Comparative Legal Scholarship as Ordinary Legal Scholarship' [2010] 2(5) Journal of Comparative Law 356 (in English).
35. Varga Cs, 'On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning' (1973) Logique et Analyse 21-78 (in English).
36. – –, 'Koskenniemi and the International Legal Argument As Founded in the Law's Ontology' 2015 Hungarian Yearbook of International Law and European Law (Eleven International 2016) 331-55 (in English).
37. – –, 'The Philosophy of Teaching Legal Philosophy in Hungary' [2009] 2(5) Iustum Aequum Salutare, 165-84 (in English).
38. Varga Cs, 'Theatrum legale mundi: Pro klasyfikatsiiu pravovykh system ['Theatrum Legale Mundi: on the Classification of Legal Systems'] (2012) 3-4 Porivnialne pravoznavstvo 17-37 (in Ukrainian).
39. – –, 'Porivniannia pravovykh kultur i pravovoho myslennia' ['Comparison of Legal Cultures and Legal Thinking'] (2013) 3-4 Pravo Ukrainy 22-31 (in Ukrainian).
40. – –, 'Pravova doktryna: metodolohiia ta ontolohiia' ['Legal Doctrine: Methodology and Ontology'] (2011) 8 Pravo Ukrainy 99-108 (in Ukrainian).

#### Conference paper

41. Jukier R, 'How to Introduce Similarities and Differences and Discuss Common Problems in the Classroom' (*International Associations of Law Schools Conference, Sozhou China, October 17-19, 2007*) <[https://www.mcgill.ca/centre-crepeau/files/centre-crepeau/Jukier\\_simms\\_diffs.pdf](https://www.mcgill.ca/centre-crepeau/files/centre-crepeau/Jukier_simms_diffs.pdf)> (accessed: 01.02.2019) (in English).
42. Varga Cs, 'Global'nye vyzovy, pravovoe gosudarstvo i natsional'nye interesy: Debaty ob universalizme/partikulyarizme evroatlantskoy tsivilizatsii' ['Global Challenges, the Rule of Law and National Interests: Debates on Universalism/Specularism of the Euro-Atlantic Civilization'] v Zapesotskiy A (red), *Sovremennyye global'nye vyzovy i natsional'nye interesy XVI Mezhdunarodnye Likhachevskie nauchnye chteniya (19-21 maya 2016 g.)* [*Contemporary Global Challenges and National Interests: XVI International Likhachev Scientific Readings, May 19-21, 2016*] (Sankt-Peterburgskiy gumanitarnyy universitet profsoyuzov 2016) 46-50 (in Russian).

#### Websites

43. '[World Bank] *Doing Business 2004 Understanding Regulations* (September 2003)' (*Oxford University Press*) <<http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2004>> (accessed: 01.02.2019) (in English).

#### Other sources

44. Melina Girardi Fachin's national report from Brazil, Part I (in English).
45. Melina Girardi Fachin's national report from Brazil, Part IIa (in English).
46. Myriam Hunter-Henin's national report from the United Kingdom (in English).
47. Silvia Ferreri's national report from Italy, para. 1 (in English).

## ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО ЯК ГАЛУЗЬ ДОСЛІДЖЕНЬ ТА ОСВІТНЯ СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ\*

АНОТАЦІЯ. Наші думки є результатом нашої культури, традицій та уявлення про ідеальний порядок, а отже, їх розуміння та розвиток можуть базуватися тільки на цьому. Однак культури, традиції та ідеали у різні часи та в різних націях є різними, оскільки кожна з них створювалася і розвивалася у відповідь на виклики, що виникали саме в їхніх умовах. Отже, вони є не тільки незалежними одна від одної у своїй генезі, а й не можуть бути порівняні в історичному контексті, і з цієї причини також випадає стверджувати, що вони не піддаються класифікації, а можуть лише бути систематизовані у вузькому розумінні. Кожен із нас живе у власному світі, інтерпретуючи його: коли ми порівнюємо щось, ми намагаємося помістити це у загальні рамки, усвідомлюючи, що неможливо вийти за межі символічного парадоксу “я поясню вашу культуру через мою культуру”. Вихід із цієї пастки може бути знайдений тільки через індивідуальну паралельну характеристику після побудови певної абстрактної філософської універсальності на основі відповідних ідеалів порядку. У контексті “я” і “ви” ми повинні не тільки надати пояснення для “інше”, а й визнати його у власному праві. По суті, юридичне порівняння має на меті отримати знання не тільки про “закон у книгах” і “закон у дії”, а й про те, що закон означає, коли він діє в наших думках. Отже, крім простого акту пізнання, порівняння також включає в себе прийняття такого “іншого” у його власному праві, в якому жодне з них не зводиться до чогось суто фактичного (“що таке закон?”), але, натомість, враховує актуальність всього нормативного процесу, який веде до правового твердження (“як ми мислимо в праві?”). Ознайомлення з іноземними законами починається із групування законів та (що набуває свого вираження у формі правової сім’ї) з об’єднання схожих із них і протиставлення тих, що мають відмінності. Взаємодія і змішування між ними є природним процесом, але їхнє становлення не може замінити дидактичну необхідність та пояснювальний потенціал аналізу в контексті правових сімей. При їх описі просте протиставлення має завершуватися представленням унікальності кожного з них як характерної індивідуальної риси, що властива кожному з них.

Ключові слова: антропологічне пізнання; імпліцитна моноепістемологія; культурний контекст; класифікація/систематизація; ідеали порядку; правові сім’ї; унікальність культур.

\* Версію, скорочену з монографічного матеріалу, автор підготував як загальний звіт до теми “Порівняльне право і багатокультурні правові класи: виклик чи можливість” 20-го Світового конгресу Міжнародної академії порівняльного правознавства (Фукуока, Японія, 22–28 липня 2018 р.). Для деяких додаткових матеріалів див. також: Чаба Варга, *Загадка права и правового мышления: избранные произведения* (Антонова М ред, Алеф-Пресс 2015).





## Хашматулла Бехруз

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Міжнародної академії  
порівняльного права,  
завідувач кафедри історії держави та права  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
(м. Одеса, Україна)  
Hbekhruz@gmail.com

DOI: 10.33498/opus-2019-03-065

УДК 340.5

### ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО ЯК НАВЧАЛЬНА ДИСЦИПЛІНА У СИСТЕМІ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ УКРАЇНИ: ЗАНЕПАД ЧИ СПОДІВАННЯ НА ОНОВЛЕННЯ?

АНОТАЦІЯ. Порівняльне правознавство протягом тривалого періоду перебуває у стані трансформації та самоідентифікації, викликаній, перш за все, необхідністю проведення подальших досліджень, спрямованих на визначення його місця у системі юридичних наук. У цьому контексті велике значення має розвиток порівняльного правознавства як навчальної дисципліни і необхідного компонента професійної підготовки сучасних юристів.

Мета статті – дослідити тенденції розвитку навчальної дисципліни “порівняльне правознавство” у контексті реформування системи освіти і науки та зарубіжного досвіду її викладання.

Аналіз навчальних програм юридичних вищих навчальних закладів зарубіжних країн показує, що курси з порівняльного правознавства викладаються практично в усіх провідних вищах світу, що свідчить про визнання його необхідності у системі юридичної освіти. Значний досвід з розробки навчальних курсів, що включають проблематику порівняльного правознавства, накопичений у США, де провідні університети розробляють і впроваджують такі дисципліни, як “Міжнародне та порівняльне право” (наприклад, Гарвардський університет, Бостонський університет, Університет Джорджа Вашингтона, Каїрський Американський університет). Велика увага при підготовці навчальних програм у рамках курсів з порівняльного права приділяється у багатьох вищих навчальних закладах і юридичних факультетах Європи (наприклад, Юридична школа Единбурзького університету, Лондонський університет Королеви Марії). Розробляються курси з вивчення порівняльного права і у країнах азіатського континенту, наприклад, у Китайському університеті політичних наук і права.

Існують розбіжності щодо структури порівняльного правознавства як навчальної дисципліни, проте більшість дослідників виокремлюють її Загальну та Особливу частини. Основна проблема стосується викладання його Особливої частини, що обумовлено декількома обставинами. По-перше, спостерігається невизначеність із

© Хашматулла Бехруз, 2019

Хашматулла Бехруз

приводу змісту цієї частини навчальної дисципліни, оскільки різні автори наповнюють її неоднаковим змістом. По-друге, існує нагальна потреба у розробці навчального та методичного матеріалу з її Особливої частини.

Бурхливий розвиток порівняльно-правових досліджень в Україні у 90-х – на початку 2000 рр. призвів до появи значної кількості праць наукового та навчального характеру, що сприяло появі та закріпленню у навчальних програмах вищих навчальних закладів України навчальної дисципліни “Порівняльне правознавство”. Проводилися активні розробки галузевих порівняльно-правових навчальних дисциплін: порівняльного конституційного права, порівняльного кримінального права, порівняльного трудового права, порівняльного екологічного права, порівняльного цивільного права та ін.

Незважаючи на появу різноманітного наукового, навчального та навчально-методичного матеріалу з порівняльного правознавства, розробленого вітчизняними ученими-компаративістами, доля цієї навчальної дисципліни останніми роками викликає занепокоєння, оскільки деякі навчальні дисципліни порівняльно-правового спрямування поступово виключається з навчальних програм. Принципово важливим є розуміння того, що порівняльне правознавство як наука та навчальна дисципліна може і повинна стати тією необхідною ланкою, яка поєднає наукові знання, що одержують студенти протягом здобуття вищої освіти, з динамікою змін суспільного життя, сприятиме вирішенню конкретних практичних завдань у межах здійснення юристами професійної діяльності.

Ключові слова: порівняльне правознавство; наука; навчальна дисципліна; вища юридична освіта; система юридичної освіти; вищі юридичні навчальні заклади; навчальний план.

#### *Деякі попередні зауваження*

Сучасні глобалізаційні процеси, що визначають тенденції розвитку політичної, економічної, культурної, екологічної, гуманітарної і, звичайно, правової сфер, обумовлюють посилення взаємовпливів транснаціонального, міжнародно-універсального, міжнародно-регіонального та національного права. Правова глобалізація розширює межі та темпи правових запозичень, які від фрагментарного характеру переходять на іншу якісно нову ступінь – всеохоплюючу універсалізацію правової сфери, у межах якої здійснюється імплементація норм міжнародного права у національне право. Це є актуальним для розвитку правової системи України, зокрема в умовах проголошення пріоритетності європейського вектора розвитку українського суспільства, держави і права.

Для цивілізованого способу співіснування правових систем і правових культур необхідно виявляти загальне, що їх об’єднує, та особливе, що зберігає їх унікальність і самобутність. У цьому контексті великого значення набуває розвиток порівняльного правознавства не лише як науки, а й як навчальної дисципліни – необхідного компонента професійної підготовки сучасних юристів.

Мета дослідження полягає у вивченні тенденцій розвитку навчальної дисципліни “порівняльне правознавство” у контексті реформування системи освіти й науки та зарубіжного досвіду її викладання.

*Порівняльне правознавство як навчальна дисципліна:  
сучасний стан і функціональне призначення*

Нині інтеграційні процеси у різних сферах життя суспільства, що охоплюють усі регіони світу, багато в чому залежать від взаєморозуміння та взаємодії, зокрема, й у правовій сфері. На думку Ю. Тихомирова, очевидною є тенденція виділення сфери правового співробітництва та взаємовідносин, у межах якої спостерігається взаємопроникнення правових теорій, учень і поглядів, інтенсивний обмін правовою інформацією, прийняття узгоджених або подібних актів і норм. Тому зрозуміло, чому в умовах посилення правової інтеграції зростає роль порівняльного правознавства<sup>1</sup>.

Порівняльне правознавство протягом тривалого періоду перебуває у стані трансформації та самоідентифікації, обумовлених, перш за все, необхідністю проведення подальших досліджень, спрямованих на визначення його місця у системі юридичних наук. На думку відомих зарубіжних компаративістів, порівняльне право є дисципліною, у назві якої закладено ідею порівняння, і вже це свідчить, що його метод так чи інакше є особливим і різниться від того, що відбувається природним шляхом<sup>2</sup>.

Воно є не лише самостійною науковою галуззю, а й важливою навчальною дисципліною у сучасному освітньому процесі. У більшості компаративістів не викликає сумнівів, що ця дисципліна за своїм статусом є академічною, навіть якщо вона ще іноді може бути непослідовною, фрагментарною та потребує теоретико-методологічного перегляду<sup>3</sup>.

У навчальних програмах юридичних навчальних закладів порівняльне правознавство має займати важливе місце, оскільки сучасні юристи працюють у межах національних правових систем, які належать до різних правових систем. Як зазначає американський науковець-компаративіст К. Осакве, порівняльне правознавство руйнує у студентів правову ксенофобію, полегшує розуміння зарубіжних правових систем, сприяє вивченню та використанню власного національного права, підвищує культурний рівень та, загалом, посилює фундаментальність юридичної освіти. В умовах сучасного посилення взаємодії різних правових куль-

<sup>1</sup> Ю Тихомиров, ‘Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики’ (2006) 6 Журнал российского права 4.

<sup>2</sup> Palmer Vernon Valentine, ‘From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative’ [2004] 2(4) Law Methodology Global Jurist Frontiers 2.

<sup>3</sup> Günter Frankenberg, ‘Comparative Law as Critique. Elgar Studies in Legal Theory’ <<https://www.e-elgar.com/shop/comparative-law-as-critique>> (accessed: 15.10.2018).

Хашматулла Бехруз

тур випускник юридичного факультету вищого навчального закладу у будь-якій країні не може вважати себе грамотним юристом без знання порівняльного правознавства. Вивчення власного національного права досягає своєї вершини і дає оптимальний результат лише при застосуванні наукового методу порівняльного аналізу права<sup>4</sup>.

Бурхливий розвиток порівняльно-правових досліджень в Україні у 90-х – на початку 2000 рр. призвів до появи значної кількості праць наукового та навчального характеру, що сприяло появі та закріпленню у навчальних програмах вищих навчальних закладів України навчальної дисципліни “Порівняльне правознавство”.

Таким чином, завданням правової науки та юридичної освіти, поряд із вивченням національного права, чому приділяється зі зрозумілих причин більше уваги, також є дослідження глобальних закономірностей і тенденцій розвитку права у сучасну епоху. У цьому контексті порівняльне правознавство як навчальна дисципліна відіграє дуже важливу роль, оскільки вона “озброює” студентів навичками, умінням і методикою поєднань норм національного та наднаціонального права при вирішенні практичних проблем. Цілісність знань, що викладаються у межах цієї навчальної дисципліни завдяки використанню сучасних концептуальних методологічних підходів, сприяє правовій акультурації, яка полягає у використанні досвіду інших правових систем з урахуванням особливостей власної правової системи шляхом запозичення різних правових положень, принципів і норм.

#### *Освітні програми з порівняльного правознавства у вищих навчальних закладах зарубіжних країн*

Аналіз програм вищих навчальних закладів зарубіжних країн показує, що курси із порівняльного правознавства розроблені для підготовки фахівців ступенів доктора права і магістра права практично в усіх провідних юридичних освітніх установах США та Європи, що свідчить про визнання його необхідності та ефективності у системі юридичної освіти.

Значний досвід з розробки навчальних курсів, що включають проблематику порівняльного правознавства, накопичений у США, де викладають порівняльне публічне і порівняльне приватне право. Провідні університети розробляють і впроваджують такі дисципліни, як “Міжнародне та порівняльне право”. На юридичному факультеті Гарвардського університету розроблений навчальний курс “Міжнародне та порів-

www.pravoua.com.ua

<sup>4</sup> К Осакве, ‘Размышление о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы’ (2006) 3 Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения 59.

няльне право”, що відображає зростання значення базового розуміння принципів міжнародного та порівняльного права для юридичної освіти й практики, для ступеня доктора права. Переваги таких курсів для студентів, які мають намір спеціалізуватися у міжнародному праві і міжнародних відносинах, є очевидними. Потік товарів, технологій, ідей, капіталу і людей через кордони означає, що у своїй діяльності юристи (у приватній практиці або на державній службі) все частіше стикаються із питаннями, які потребують знань, що містяться за межами власної системи права. Ба більше, знайомство з іншими правовими традиціями і правовою практикою допоможе зорієнтуватися у питаннях взаємодії правових норм. Також є очевидним, що курси з міжнародного і порівняльного права відкривають шлях до розуміння ідеї про альтернативні норми, стратегії та інститути, допомагають їхнім слухачам краще бачити і розуміти рішення, які приймаються у межах права США.

На юридичному факультеті Бостонського університету для здобуття ступеня доктора права (*JD*) існують й успішно функціонують курси з міжнародного та порівняльного права у вигляді трьох кредитних модулів і розраховані на один рік<sup>5</sup>. Вони охоплюють вивчення права й законодавства зарубіжних країн і складаються з двох частин. Відповідно, до програми першої частини навчання включено вступ до предмета, методи порівняльного права, теоретичні положення основних методологічних підходів, на які спираються юристи-компаративісти. Слухачі ознайомлюються з методикою проведення та наслідками різних способів порівняння: функціоналізм, структуралізм, культуралізм, постмодерн, неокультуралізм і критичне порівняльне право. Що стосується другої частини курсу, то вона включає інформацію про те, як різний методологічний інструментарій застосовується на практиці. Аналітичні та практичні проекти спираються на дослідження Світового банку “Походження права”; поширення правових норм та інститутів конституційних моделей у Східній Європі; співвідношення між американською та європейською правовою культурою тощо.

Юридичний факультет Американського університету Вашингтона, де порівняльне право поряд із міжнародним правом вже давно посідає центральне місце в освітній системі, організовує курси з міжнародного та порівняльного права у сфері захисту інтелектуальної власності (*International and Comparative Protection of Intellectual Property*). В Університеті Джорджа Вашингтона для отримання ступеня магістра права (*LLM*) також реалізуються програми з викладання міжнародного і порів-

<sup>5</sup> ‘International & Comparative Law Courses’ (*Boston University School of Law*) <<http://www.bu.edu/law/academics/areas-of-study/international-comparative-law>> (accessed: 15.10.2018).

Хашматулла Бехруз

няльного права<sup>6</sup>. Насичена програма з порівняльного права, у якій передбачено вивчення правових систем різних країн, існує в Університеті Індіани<sup>7</sup>. Передбачено два формати програм з отримання ступеня доктора наук: денний та вечірній, до яких включено вивчення права у порівняльному ракурсі: від конституційного права до цивільного процесу, від договірного права до права власності.

У Каїрському Американському університеті на юридичному факультеті викладається предмет “Міжнародне та порівняльне право”, в межах якого розроблено безліч спецкурсів, розрахованих на поглиблене навчання у спеціалізованих галузях: міжнародне право в галузі прав людини; ісламське право і близькосхідні правові системи; гендерні дослідження; право і розвиток; міжнародне економічне право і регулювання бізнесу. Вони призначені для надання студентам інтелектуальних та аналітичних інструментів, що дають змогу критично й ефективно брати участь у глобальних політичних дебатах за участю політиків, юристів-практиків, суддів, науковців<sup>8</sup>.

Значна увага до курсів із порівняльного права приділяється у багатьох вищих навчальних закладах і юридичних факультетах Європи. Так, у Юридичній школі Единбурзького університету для ступеня бакалавра і магістра у галузі права розроблена програма з вивчення порівняльного та європейського приватного права<sup>9</sup>, яка пропонує широкий спектр дисциплін, що стосуються різних аспектів приватного права у їх порівняльному викладенні. У Лондонському університеті Королеви Марії для здобуття ступеня доктора права (*LLM*) розроблений курс із порівняльного і міжнародного вирішення спорів (*Comparative and International Dispute Resolution*). Він спрямований на підготовку юристів до вирішення конфліктів та поєднує теоретичні основи, широку міждисциплінарну підготовку й можливості для індивідуального навчання<sup>10</sup>.

Розробляються курси з вивчення порівняльного права і у країнах азіатського континенту, наприклад, у Китайському університеті політичних наук і права.

Незважаючи на існування навчальних курсів з порівняльного правознавства для різних ступенів у юридичних вишах США, має місце

<sup>6</sup> ‘International & Comparative Law LLM’ (*The George Washington University*) <<https://www.law.gwu.edu/international-comparative-law-llm>> (accessed: 15.10.2018).

<sup>7</sup> ‘Indiana University’ (*Indianapolis*) <<https://mckinneylaw.iu.edu/admissions/jd/index.html>> (accessed: 15.10.2018).

<sup>8</sup> ‘International and Comparative Law’ (*American University in Cairo*) <[http://catalog.aucegypt.edu/preview\\_program.php?catoid=27&poid=4789](http://catalog.aucegypt.edu/preview_program.php?catoid=27&poid=4789)> (accessed: 15.10.2018).

<sup>9</sup> ‘Department of International and Comparative education’ (*University of Edinburgh*) <<https://www.ed.ac.uk/studying/postgraduate/degrees/index.php?r=site/view&id=684>> (accessed: 15.10.2018).

<sup>10</sup> ‘Comparative Law Methodology’ (*Queen Mary University of London*) <<https://www.qmul.ac.uk/study/law/>> (accessed: 15.10.2018).

і критичний підхід до його оцінки. Так, Дж. Берман, розглядаючи стан порівняльного правознавства у системі юридичної освіти США, зазначає, що останніми роками навчальна дисципліна порівняльного права була визнана найбільш недосконалою<sup>11</sup>. Дж. Флетчер, розмірковуючи над цією проблемою, підкреслює, що для порівняльного права як навчальної дисципліни у США, з одного боку, має місце значний прогрес у досягненні його фундаментальних цілей, а з другого – вона стикається із ще більшим загостренням проблем, аніж це було на попередніх етапах свого розвитку<sup>12</sup>.

*Проблеми збереження порівняльного правознавства  
як навчальної дисципліни в системі підготовки сучасних юристів*

Одне з завдань порівняльного правознавства як навчальної дисципліни полягає у тому, щоб виявити інноваційні процеси у змісті й викладанні порівняльного правознавства, у визначенні найбільш ефективних шляхів їх оптимізації. Збереження статусу та подальший розвиток порівняльного правознавства має відбуватися на основі як нових розробок його теоретичних і методологічних основ, так і удосконалення методики викладання.

У межах цивілізаційного підходу вивчення сутності та змісту правових систем із прив'язкою до політичних, релігійних, ідеологічних, філософських та інших факторів соціального життя вимагає перегляду послідовності викладання навчального матеріалу, який розкриває формування, еволюцію та функціонування різних правових систем. При цьому необхідно зазначити, що різні методики не суперечать одна одній, вони є відображенням різних наукових підходів як у межах загальної теорії права загалом, так і теорії порівняльного правознавства зокрема. Отже, всі вони можуть бути використані у процесі викладання навчальної дисципліни “Порівняльне правознавство”.

Незважаючи на плюралізм думок із приводу змісту структури порівняльного правознавства як навчальної дисципліни, більшість дослідників виокремлюють її Загальну та Особливу частини. Основна проблема стосується викладання його Особливої частини, що обумовлено декількома обставинами. По-перше, спостерігається невизначеність із приводу змісту цієї частини навчальної дисципліни, оскільки різні автори наповнюють її неоднаковим змістом. По-друге, існує нагальна потреба у розробці навчального та методичного матеріалу з її Особливої

<sup>11</sup> George Bermann, ‘The discipline of comparative law in the United States’ [1999] 4(51) *Revue internationale de droit comparé* 1044.

<sup>12</sup> P. George, ‘Fletcher Comparative Law as a Subversive Discipline’ [1998] 4(46) *The American Journal of Comparative Law* 683-700.

Хашматулла Бехруз

частини. Останніми роками здійснювалися розробки галузевих порівняльно-правових навчальних дисциплін: порівняльного конституційного права, порівняльного кримінального права, порівняльного трудового права, порівняльного екологічного права, порівняльного цивільного права та ін.

Так, значний внесок у галузеві порівняльно-правові дослідження зробили такі автори монографій, підручників і навчальних посібників, як Р. Енгибарян (“Порівняльне конституційне право”), В. Шаповал (“Порівняльне конституційне право”), І. Кисельов (“Порівняльне трудове право”), О. Малиновський (“Порівняльне кримінальне право”), В. Додонов (“Порівняльне кримінальне право”), М. Хавронюк (“Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації”), Н. Бойко (“Порівняльне трудове право”) та ін.

Існує також проблема невідповідності змісту деяких курсів та їх робочих програм із різних дисциплін порівняльно-правового циклу предмету порівняльного правознавства. Так, при розгляді різних правових інститутів, які входять до відповідних галузей права, що функціонують у межах різних правових систем, вони не піддаються порівняльно-правовому аналізу відповідно до предмета й методології порівняльного правознавства, що не сприяє визнанню цих галузевих порівняльних спеціалізацій навчальними дисциплінами.

Рівень порівняльного правознавства як навчальної дисципліни багато у чому залежить від теоретичних розробок порівняльного правознавства як науки. Останніми роками з'явилася ціла низка порівняльно-правових досліджень, які збагатили науку порівняльного правознавства (М. Марченко “Порівняльне правознавство”; Р. Леже “Великі правові системи сучасності: порівняльно-правовий підхід”; І. Жаровська, В. Канцір “Юридична компаративістика”; С. Хілнані, В. Рагхаван “Порівняльний конституціоналізм у Південній Азії”; Х. Гаттеридж “Порівняльне право: вступ до порівняльного методу юридичного вивчення та дослідження”; К. Бласик “Верховенство права у Китаї: порівняльний підхід”; М. Тушнет, М. Хосла “Нестабільний конституціоналізм: право і політика у Південній Азії (порівняльне конституційне право і політика)”; В. Брюггер, М. Караянни “Релігія у публічній сфері: порівняльний аналіз німецького, ізраїльського, американського і міжнародного права”; М. Дамірлі, “Порівняльне правознавство. Частина 1: Статус, предмет, структура”; О. Кресін “Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація”).

www.pravoia.com.ua



Значна кількість навчальних курсів з порівняльного правознавства у юридичних вишах США та Європи свідчить про визнання його необхідності й ефективності у системі юридичної освіти і про зростання популярності серед студентів. В Україні навпаки, незважаючи на наявність різноманітного наукового, навчального та навчально-методичного матеріалу з порівняльного правознавства, окреслилися тенденції віднесення навчальних дисциплін порівняльно-правового циклу до другорядних і, відповідно, необов'язкових для вивчення.

Слід зазначити: сучасна освітня галузь України активно реформується, наближається до загальновизнаних стандартів у цій сфері. Прийнято низку законів, спрямованих на реформування освітньої галузі. Так, у Законі України “Про вищу освіту”<sup>13</sup> закріплено важливі засади, на яких має базуватися її розвиток: автономія установ вищої освіти, академічна доброчесність, академічна мобільність, академічна свобода, акредитація освітньої програми та ін. Однак втілення реформ у реальне академічне життя супроводжується суттєвими об'єктивними й суб'єктивними викликами. Бажання найшвидшого досягнення визначених цілей реформування освітньої галузі, без урахування кращих традицій попередніх років у цій сфері, призводить до небажаних і неочікуваних наслідків. Відмова від збереження навчальної дисципліни порівняльного правознавства у системі підготовки юридичних кадрів, які мають у майбутньому посісти гідне місце в українському суспільстві та спрямовувати розвиток права у державі, може негативно відобразитися на формуванні їх правового світогляду та правового мислення. Також це уповільнює процес сприйняття і пристосування до євроінтеграційних процесів, сприяє вихованню студентів у дусі “юридичного націоналізму”, що не гармонізується із модернізацією і розвитком українського суспільства в руслі євроінтеграції.

Принципово важливим є розуміння того, що порівняльне правознавство як наука та навчальна дисципліна може і повинна стати тією необхідною ланкою, яка поєднає наукові знання, які одержують студенти протягом здобуття вищої освіти, з динамікою змін суспільного життя, сприятиме вирішенню конкретних практичних завдань у межах здійснення юристами професійної діяльності.

Висновки. Нині спостерігається підвищений інтерес учених-юристів і практиків до порівняльного правознавства. Така увага пояснюється розвитком національних правових систем, необхідністю здійснення ефективної правової політики і, звичайно ж, процесом глобалізації, на ґрунті

<sup>13</sup> Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 р. № 1556-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18>> (дата звернення: 01.02.2019).

якої, зокрема, поширюються конфлікти й кризи у політичній і правовій сферах. Важливим напрямом сучасного розвитку порівняльного правознавства є подальше предметне конструювання і розробка його сучасної методології шляхом удосконалення існуючих елементів, а також за допомогою юридикації підходів і методів, сформованих у межах інших (неюрідичних) наук. У цьому контексті великого значення набуває розвиток порівняльного правознавства як навчальної дисципліни і необхідного компонента професійної підготовки сучасних юристів.

Включення порівняльного правознавства як навчальної дисципліни у навчальні програми вищих навчальних закладів відображає, з одного боку, рівень його розвитку як самостійної юридичної науки, а з другого – очевидну необхідність практичного застосування результатів його досягнень. Порівняльне правознавство як навчальна дисципліна спрямована на формування цілісного уявлення про правову панораму світу, взаємовідносини між правовими сім'ями (системами), правовими культурами у діалозі правових систем. Аналіз зарубіжного досвіду показує, що курси з порівняльного правознавства викладаються практично в усіх провідних вищих навчальних закладах світу, що свідчить про визнання його необхідності у системі юридичної освіти.

В Україні останніми роками спостерігається зворотний процес. Прийнято низку законів, спрямованих на реформування освітньої галузі. У Законі України “Про вищу освіту” закріплено важливі засади, на яких має базуватися її розвиток. Водночас втілення реформ у реальне академічне життя супроводжується суттєвими об'єктивними й суб'єктивними викликами. Навчальні програми вищих навчальних закладів, зокрема й юридичних, піддаються істотним змінам, і як результат – значне скорочення чи взагалі виключення деяких дисциплін. Не є винятком і порівняльне правознавство. Незважаючи на наявність різноманітного наукового, навчального та навчально-методичного матеріалу з порівняльного правознавства, розробленого вітчизняними ученими-компаративістами, його статус у системі юридичної освіти послаблюється, оскільки деякі навчальні дисципліни порівняльно-правового циклу поступово виключається з освітніх програм.

Відмова від збереження навчальної дисципліни порівняльного правознавства у системі підготовки юридичних кадрів, які мають у майбутньому посісти гідне місце в українському суспільстві та спрямовувати розвиток права у державі, може негативно відобразитися на формуванні їх правового світогляду та правового мислення. Також це уповільнює процес сприйняття і пристосування до євроінтеграційних процесів, сприяє вихованню студентів у дусі “юридичного націоналізму”, що

не гармонізується із модернізацією і розвитком українського суспільства в руслі євроінтеграції.

Принципово важливим є розуміння того, що порівняльне правознавство як наука та навчальна дисципліна може і повинна стати тією необхідною ланкою, що поєднає наукові знання, які одержують студенти протягом здобуття вищої освіти, з динамікою змін суспільного життя, і сприятиме вирішенню конкретних практичних завдань у межах здійснення юристами професійної діяльності.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Frankenberg G, *Comparative Law as Critique* (Elgar Studies in Legal Theory 2016) (in English).

#### *Journal articles*

2. Bermann G, 'The discipline of comparative law in the United States' [1999] 4(51) *Revue internationale de droit comparé* 1044 (in English).
3. George P, 'Fletcher Comparative Law as a Subversive Discipline' [1998] 4(46) *The American Journal of Comparative Law* 683-700 (in English).
4. Palmer V V, 'From Leretholi to Lando: Some Examples of Comparative' (2004) 4 *Law Methodology Global Jurist Frontiers* 2 (in English).
5. Osakve K, 'Razmyishlenie o prirode sravnitel'nogo pravovedeniya: nekotoryie teoreticheskie voprosyi' ['Reflection on the Nature of Comparative Jurisprudence: Some Theoretical Issues'] (2006) 3 *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya* 59 (in Russian).
6. Tihomirov Yu, 'Sravnitel'noe pravovedenie: razvitie kontseptsiy i obschestvennoy praktiki' ['Comparative Jurisprudence: Development of Concepts and Public Practice'] (2006) 6 *Zhurnal rossiyskogo prava* 4 (in Russian).

#### *Websites*

7. 'Comparative Law Methodology' (*Queen Mary University of London*) <<https://www.qmul.ac.uk/study/law>> (accessed: 15.10.2018) (in English).
8. 'Department of International and Comparative education' (*University of Edinburg*) <<https://www.ed.ac.uk/studying/postgraduate/degrees/index.php?r=site/view&id=684>> (accessed: 15.10.2018) (in English).
9. 'Indiana University' (*Indianapolis*) <<https://mckinneylaw.iu.edu/admissions/jd/index.html>> (accessed: 15.10.2018) (in English).
10. 'International & Comparative Law Courses' (*Boston University School of Law*) <<http://www.bu.edu/law/academics/areas-of-study/international-comparative-law>> (accessed: 15.10.2018) (in English).
11. 'International & Comparative Law LLM' (*The George Washington University*) <<https://www.law.gwu.edu/international-comparative-law-llm>> (accessed: 15.10.2018) (in English).
12. 'International and Comparative Law' (*American University in Cairo*) <[http://catalog.aucegypt.edu/preview\\_program.php?catoid=27&poid=4789](http://catalog.aucegypt.edu/preview_program.php?catoid=27&poid=4789)> (accessed: 15.10.2018) (in English).

COMPARATIVE JURISPRUDENCE AS AN INSTRUCTIONAL DISCIPLINE  
IN THE SYSTEM OF LEGAL EDUCATION IN UKRAINE:  
A DECLINE OR THE HOPE FOR RENOVATION?

ABSTRACT. For a long period, comparative jurisprudence is undergoing transformation and self-identification ensuing, primarily, from the need for further research aimed at determining its place in the system of legal sciences. In this context, development of comparative jurisprudence as an academic discipline and an essential component of the training of modern legal professionals is of great importance.

The purpose of the article is to investigate the trends in the development of the academic discipline “comparative jurisprudence” in the context of reforms of the education and science system with due regard for the foreign experience of teaching this discipline.

As can be seen from the analysis of the curricular of higher legal education institutions of foreign countries, the course in comparative jurisprudence is taught almost in all leading universities of the world, being the evidence that a need to have it in the system of legal education has been appropriately recognized. A significant experience in the development of courses of study comprising comparative jurisprudence issues has been accumulated in the United States where leading universities develop and implement such disciplines as “International and Comparative Law” (for example, Harvard University, Boston University, George Washington University, Cairo American University). Many higher education institutions and law faculties in Europe (e.g. Edinburgh University’s School of Law, Queen Mary University of London) give much attention to preparing the curricula of comparative law courses. Courses in comparative law are also developed in the countries of the Asian continent, for example, in the Chinese University of Political Sciences and Law.

Although there are differences regarding the structure of comparative jurisprudence as an academic discipline, most researchers mark out its General and Special Parts. The main problem is seen in the teaching of its Special Part, which is due to several circumstances. Firstly, there is an uncertainty about the contents of this part of the discipline, since different authors fill it with different contents. Secondly, there is an urgent need to develop educational and methodological material of its Special Part.

As a result of rapid development of comparative legal research in Ukraine in the 90s-early 2000, a large array of research and educational papers was created, and this contributed to the emergence of the discipline “Comparative Jurisprudence” and its integration into the curricula of higher educational institutions. Branch-specific academic disciplines relating to comparative law were also actively developed: comparative constitutional law, comparative criminal law, comparative labor law, comparative environmental law, comparative civil law, etc.

Notwithstanding the availability of various research, academic and educational methodological materials on comparative jurisprudence developed by national comparative scientists, in recent years the share of this discipline raises concerns, since some courses with a focus on comparative law are gradually being excluded from curricula. It is fundamentally important to understand that comparative jurisprudence as a science and an academic discipline can and should become an essential link which will connect the academic knowledge received by students while studying for a university degree and the dynamics of changes in social life, and will also facilitate finding solutions to specific practical tasks within the framework of the legal profession.

KEYWORDS: comparative jurisprudence; science; academic discipline; higher legal education; system of legal education; higher legal education institutions; curriculum.



## Олександр Ткаченко

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри теоретичних  
та приватно-правових дисциплін  
Київського міжнародного університету  
(м. Київ, Україна)  
barrister@bigmir.net

DOI: 10.33498/opus-2019-03-077

УДК 340.5

### НЕСАМОДОСТАТНІСТЬ ПРАВА ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНО-ОНТОЛОГІЧНА ОСНОВА ПРАВОВОГО ПОРІВНЯННЯ

**АНОТАЦІЯ.** Правове порівняння стоїть перед необхідністю знаходження свого власного місця в мережі дискурсів, сформованих постметафізичною раціональністю сучасності. Для продукування власних філософсько-методологічних смислів інтелектуальна територія правового порівняння має охоплювати бінарну опозицію парадигм, протистояння яких дає змогу ставити і вирішувати основоположні для правового мислення питання. Існуюче протистояння між універсалістським і сингулярним підходами неспроможне вирішити це завдання, оскільки між ними наявна принципова єдність. Останню можна сформулювати як парадигму самодостатності права. Тому головним питанням порівняльно-правового дискурсу є конституювання опозиційної парадигми несамодостатності права.

Метою статті є експлікація фундаментально-онтологічних підвалин ідеї несамодостатності права як необхідної передумови концептуалізації відповідної парадигми порівняльно-правової раціональності.

Парадигма самодостатності права побудована на онтологічному соліпсизмі. В універсалізмі функціоналізму він виявляється у сприйнятті правових відмінностей як свідчення недосконалості права. Звідси відповідне прагнення заміни мови національних правопорядків нейтральною та універсальною мовою функціоналістських понять. Соліпсизм підходу правових відмінностей виявляється у розгляді зарубіжного права як джерела загроз власній ідентичності. Основне призначення порівняльного правознавства вбачається у збереженні історично сформованих культурами дистанцій між правопорядками. Зasadничим положенням парадигми самодостатності права є неучасть зарубіжного у бутті власного права.

Парадигма несамодостатності права повинна долати соліпсизм універсалізму і сингулярності. Її ідейним підґрунтям може слугувати проект фундаментальної онтології М. Гайдеггера. Звернення до зарубіжного права розглядається як модус існування власного. Простір між правопорядками виступає сферою буття-як-буття. Правове порівняння є процедурою істини власного права, залучаючи до сфери правового дискурсу правове ніщо.

© Олександр Ткаченко, 2019

Олександр Ткаченко

Сучасна технологічна цивілізація створює екзистенційну загрозу існуванню права. Штучний інтелект і технологія блокчейн закладають основи якісно іншого функціонування цивілізації. Перспективи й наслідки заміщення дискурсу алгоритмами стають центральною проблемою правового порівняння, надаючи йому самостійного філософсько-методологічного статусу.

Ключові слова: правове порівняння; фундаментальна онтологія; правові універсальність і сингулярність; парадигми самодостатності й несамодостатності права; порівняльно-правовий функціоналізм; правові відмінності; правова істина; правове ніщо; самодостатність техніки.

Незважаючи на декілька століть напружених інтелектуальних дискусій, природа порівняння і досі залишається найбільшою загадкою порівняльного правознавства. Тектонічні зсуви у філософських дискурсах ХХ ст. дають змогу стверджувати, що це не лише проблема правових компаративістів. Порівняння виявилось центром, який був старанно замаскований під периферію. Природа порівняння є не просто проблемою на рівні метафізики, сама європейська метафізика є визначеною конструкцією порівняння. І якщо традиційно порівняння асоціювалося з формально-логічним законом виключеного третього, то тепер можливо припустити, що його дійсною локалізацією є сфера, за яку відповідав закон достатньої підстави – питання про взаємозв'язок тріади: суще – буття – ніщо.

Принципово нові виміри осмислення порівняння дають порівняльному правознавству перспективи стати дискурсом, який значною мірою визначає сучасний інтелектуальний образ права. Однак для цього необхідним є відповідне облаштування самої території правового порівняння. У європейській метафізиці традиційним принципом є бінарна опозиція. У філософії відомою є опозиція ідеалізму й матеріалізму, у філософії права – юспозитивізму та юснатуралізму. У порівняльному правознавстві таку опозицію найчастіше вбачають у протиставленні універсальності і сингулярності. Однак, незважаючи на всю змістовну антагоністичність, на рівні філософсько-методологічних основоположень вони демонструють принципову єдність. Те єдине, що поєднує універсалістську й партикулярістську позиції в порівняльному правознавстві я формулюю як ствердження самодостатності права. І якщо на цьому полюсі зосереджена практично вся концептуальність порівняльного правознавства, то місце опонента загалом залишається вакантним. Але саме в опозиції парадигмі самодостатності права приховані можливості переосмислення природи порівняння, що є умовою легітимації правового порівняння як самостійного постметафізичного дискурсу. Тому концептуалізація парадигми несамодостатності права

www.pravoua.com.ua

**ПРАВО**

**УКРАЇНИ**

виступає одним з основних викликів правовому порівнянню як конструкції раціональності.

У порівняльному правознавстві історія осмислення фундаментального питання природи порівняння центрується навколо “стовпів” – визначних постатей, які персоніфікують і задають вектор руху цієї науки. Порівняльно-правовий функціоналізм асоціюється з іменами Е. Рабеля, М. Рейнстайна, К. Цвайгерта, Х. Кьотца, Ж. Сталева; “економічний підхід” – з У. Меттеєм і М. Бузані; “правові трансплантанти” – з А. Ватсоном; “формантний підхід” – з Р. Сакко і М. Граціадеї, “правові відмінності” – з П. Леграном і Ч. Варгою. Вітчизняна компаративістика не стоїть осторонь цієї інтелектуальної роботи, й, передусім, представлена надзвичайно важливими концепціями О. Тихомирова та О. Кресіна.

Метою дослідження є експлікація фундаментально-онтологічних підвалин ідеї несамодостатності права як необхідна передумова її подальшої концептуалізації.

#### *Самодостатність універсального права*

“Самодостатність права як його універсальність” набуває парадигмального змісту в порівняльно-правовому функціоналізмі. Парадигмальність функціоналізму обумовлена прагненням поширити на право галілейське бачення світу як книги, написаної не мовою схоластики, а універсальною мовою математичної фізики. Функціоналізм має довершити справу, розпочату великим італійцем, й відправити в небуття юридичну догматику, яка, незважаючи на всі історичні модифікації, й досі живиться тим імпульсом, який був заданий глосаторами. Через це функціоналізм проголошує, що мовою права є не мова юристів – правові тексти лише приховують і блокують доступ до істинної реальності правових смислів.

Доступ до дійсного права, вкраденого й розсіченого по національних домівках догматично мислячими юристами, може дати функціоналістське порівняння, яке знімає і бере в лапки національний вимір правових норм, описуючи зміст права в термінах діяльності, як механізми задоволення тотожних суспільних потреб і вирішення тотожних суспільних проблем. Квінтесенцією функціоналізму є твердження, що можливість і змістовність порівняння обумовлена зосередженням уваги на конкретних фактах життя і практичних способах вирішення суспільних проблем. Функціоналізм обіцяє, що зміна оптики, – тобто використання у ролі *tertium comparationis* не форми юридико-технічних конструкцій, а практичних проблем – призведе

до відкриття правових подібностей, 'які будуть надзвичайно сильними і повністю обґрунтованими'<sup>1</sup>.

При цьому єдність й універсальність права не створюється функціоналізмом, а відкривається ним як щось апріорне. Свідченням цього є відома *praesumptio similitudinis*:

<...> різноманітні правопорядки, незважаючи на всі відмінності у своєму історичному розвитку, доктринальних поглядах і стилях функціонування на практиці, вирішують дуже часто одні й ті самі життєві проблеми, аж до дрібниць, однаково<sup>2</sup>.

Незважаючи на самоназву, природа цитованого положення не є гносеологічною – "презумпція" не виконує роль гіпотези, й не може розглядатися просто як припущення, що має пройти перевірку на відповідність дійсності. Навпаки, вона увібрала в себе онтологічні конотації, й для порівняльно-правового функціоналізму є аксіоматичною характеристикою дійсності. "Презумпція" вимагає формування концептуальності, яка слугувала б її підтвердженням і виправданням – як аксіоматичний закон правової дійсності вона існує в системі координат аристотелівської концепції істини: в мові має фіксуватися логос сутності, а мислення має відповідати дійсності. Не навпаки.

Із презумпцією ідентичності пов'язуються амбіції функціоналістського порівняльного правознавства щодо створення мови, яка забезпечила б концептуальну одноманітність, денаціоналізацію і детериторизацію права. Таку універсальну мову має сформулювати "чиста наука", створення якої як основної мети порівняльного правознавства проголосив Е. Рабель<sup>3</sup>. Предметом цієї науки має бути вивчення "права як такого", тобто тих базових структур, які передують їх символізації та модифікації національною і культурною специфікою. У світлі цього функціоналістський проект нагадує феноменологічний, оскільки, за словами П. Леграна, Е. Гуссерль 'поставив за мету стиснути мову до точки, в якій її однозначні елементи стануть явними і повністю переміщуваними. Він прагнув наукової, математичної і чистої мови'<sup>4</sup>. У своїй дисертації я вказував на істотний ідейний вплив феноменології Е. Гуссерля на функціоналізм Е. Рабеля<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> R Hyland, 'Comparative law' in Patterson D (ed), *A companion to philosophy of law and legal theory* (Blackwell Publishing 1999) 187.

<sup>2</sup> Конрад Цвайгерт и Хейн Кетц, *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права, т 1* (пер. Международные отношения 2000) 58.

<sup>3</sup> David Gerber, 'Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the facade of language' in Riles A (ed), *Rethinking the masters of comparative law* (Hart Publishing 2001) 197.

<sup>4</sup> Pierre Legrand, 'Foreign law: understanding understanding' [2011] 6(2) *Journal of comparative law* 72.

<sup>5</sup> Олександр Ткаченко, 'Функціоналістська парадигма порівняльно-правових досліджень' (дис канд юрид наук, Київський нац ун-т внутр справ 2011) 38-55.



Інтенція функціоналізму на створення нейтральної, загальної, визначеної та ефективної мови права уможлиблює характеристику цієї мови як “кращого права”, яке має замінити існуючі національні правопорядки. Функціоналізм має покласти край національній обмеженості правового мислення і сформуванню за допомогою наукової методології універсальне “самодостатнє” право. Навряд хтось експлікував це прагнення повніше й відвертіше за Д. Гордлі:

По-перше, лише до певної міри ми можемо говорити про те, що німецькі, американські чи французькі юристи досліджують право своїх країн. Вони спрямовують свої дослідження на проблеми, які виникають в їх країнах, але ані ці проблеми, ані їх рішення жодним чином не є німецькими, американськими чи французькими. По-друге, коли ми описуємо судові рішення як форму застосування німецького, французького чи американського права, ми маємо на увазі лише те, що суд, який ухвалює рішення, має юрисдикцію, оскільки справа виникає у відповідній країні. *Не існує нічого виключно німецького, французького чи американського в самих рішеннях* (курсив наш. – О. Т.)<sup>6</sup>.

#### *Самодостатність сингулярного права*

“Самодостатність права як його сингулярність” в основу свого бачення світу права кладе протилежний функціоналізму постулат: ‘Немає абсолютного витоку мислення як такого. Інакше кажучи, право є нездоланно роздільним у собі самому’<sup>7</sup>. “Нездоланність роздільності” як іманентна характеристика правового феномена передбачає герметизацію останнього в межах структур, що забезпечують ідентичність спільноти. Якщо функціоналізм опікується ефективністю мови, “підхід відмінностей” підіймає знамено самоцінності особливого культурного досвіду. Функціоналізм намагається, за посередництва соціології, транслювати методологічні смисли з природознавства, парадигма правової сингулярності звертається до основного методологічного концепту гуманітарної епістемології – перекладу.

Правова мова є розмовою, що непомітно для себе артикулює специфічні особливості власного світу. “Інше-як-таке” не існує, оскільки не може бути явлене у власній концептуальності без видозмін і прилаштувань – “Інше” не може стати предметом нашого досвіду не ставши “Нашим”. З огляду на те, що відсутня нейтральна структура опису реальності, неможливо точно представити інші правові традиції, оскільки

<sup>6</sup> Games Gordley, ‘Comparative legal research: its function in the development of harmonized law’ [1995] 43(3) The American Journal of Comparative Law 563.

<sup>7</sup> Legrand (n 4) 79.

Олександр Ткаченко

жодна культурна традиція не може аналітично включати в себе дискурс іншої культурної традиції.

Парадигмальне значення для сингулярного світобачення має постулат П. Леграна:

<...> компаративісти повинні скоритися перед тим фактом, що право є феноменом культури і що будь-які спроби подолати відмінності крізь правові культури завжди будуть дефектними. Заперечуючи будь-яку об'єктивність, вони повинні цілеспрямовано віддавати перевагу розпізнанню відмінностей між правом різних країн, які вони порівнюють. Вони повинні стати інженерами відмінностей (*differenceengineers*)<sup>8</sup>.

Будучи “інженерами відмінностей”, компаративісти виступають вартовими, відібраними для того, щоб протистояти могутній спокусі конструювання абстрактних і поверхових узагальнень. П. Легран зазначав:

Допоки компаративісти не стануть мислити право як культурно ситуативний феномен і не визнають, що право живе всередині культурно особливого – й, відповідно, випадкового – дискурсу, порівняння буде беззмістовною справою<sup>9</sup>.

Доречно запитати, який зміст надає правовому порівнянню віра в неелімінованість відмінностей? Я можу дати лише одну відповідь – забезпечення диктату минулого над майбутнім. Сингулярність права не має власного обґрунтування, а є лише екстраполяцією мети правової сингулярності культури. Порівняння легітимується лише як інструмент збереження унікальної перспективи бачення світу національною культурою. З огляду на те, що правові смисли формуються лише культурою, між правовими сингулярностями не існує прирощення смислів права. Інше право не потрібне для існування власного, й може виступати лише джерелом загроз для нього. Національне право є самодостатнім. У свій час я вказував апорії, з якими стикається підхід самодостатньої сингулярності права<sup>10</sup>.

Виразна, навіть епатуюча, змістовна антагоністичність функціоналістського універсалізму і культуралістської сингулярності приховує їх парадоксальну єдність в головному. Конститувантою інтелектуального

www.pravoua.com.ua

<sup>8</sup> Pierre Legrand, ‘The same and the different’ in Legrand P and Munday R (eds), *Comparative legal studies: traditions and transitions* (Cambridge University Press 2003) 288.

<sup>9</sup> Pierre Legrand, ‘Issues in the translatability of law’ in Bermann S and Wood M (eds), *Nation, language, and the ethics of translation* (University Press 2005) 41.

<sup>10</sup> Олександр Ткаченко, ‘Негативний простір юридичних конструкцій – територія правового порівняння як правової філософії’ в Кресін О (ред), *Філософія порівняльного правознавства* (Інститут держави і права НАН України 2015) 235-6.

простору правового порівняння повинно стати усвідомлення тієї обставини, що опозиція універсального і сингулярного не має парадигмального значення, а натомість виступає предметною диференціацією в межах єдиної *парадигми самодостатності права*. Наріжним каменем цієї парадигми є соліпсизм – виведення іншого права за межі буття власного. Змістовна варіативність присутня – для функціоналізму інше право є свідченням недосконалості правового феномена і перешкодою для побудови “кращого права”, що є метою порівняльного правознавства; для підходу “правових відмінностей” інше право є джерелом загроз власній ідентичності, тому завданням порівняльного правознавства є забезпечення збереження нездоланності дистанції між власним й іншим, підтримання режиму невторчання і неучасті іншого у смислах власного. Однак ця змістовна варіативність узгоджується з єдиним головним постулатом – інше не є модусом екзистенції власного. Із цього спільного постулату виявляється також характерна єдність методологічного стилю універсалізуючого і сингуляризуючого мислення – самодостатність права досягається ціною заперечення його філософсько-методологічної самостійності. Методологічний інструментарій і філософська легітимація транслуються ззовні: з “наук про природу” (у випадку функціоналізму), чи з “наук про дух” (у випадку підходу правових відмінностей).

#### *Несамодостатність права*

“Несамодостатність права” є парадигмою мислення, яке, з одного боку, повертає порівнянню відібраний Платоном статус епіцентру філософії, а з другого – дає змогу обґрунтувати участь права у здійсненні людської екзистенції. Конститутивним положенням тут є твердження, що лише порівняння може структурувати інтелектуальний простір, в основі якого не лежить протиставлення об’єкта й суб’єкта.

Правове порівняння як дискурс несамодостатності права не розглядає власне право (себе) як суб’єкт, а зарубіжне право (інше) як об’єкт. Дезоб’єктивація зарубіжного права актуалізує для дискурсу правового порівняння міркування М. Гайдеггера про те, що відношення між *Dasei\** і *Dasein* ‘стає можливим лише на основі буття-в-світі. Інакше кажучи, буття-в-світі є у своєму вихідному значенні сумісне буття і буття-при’<sup>11</sup>. Правове порівняння долає межі соліпсизму, якщо воно здатне концептуалізувати участь іншого права у власному. Буття-в-світі акцентує на значенні іншого. Для експлікації цього значення іншого принципово

\* Неологізм М. Гайдеггера, який він використовував для аналізу структури особливого буттєвого улаштування людини як екзистенції.

<sup>11</sup> Мартин Хайдеггер, *Основные проблемы феноменологии* (пер, ВРФШ 2001) 369.

важливим є уміщений у структурі буття-в-світі диптих: 1) “сумісне буття” і 2) “буття-при”.

Для розімкнення конотацій цього диптиху важливими є дві форми “Чужості”, виокремленні Б. Вальденфельсом: ‘Чужість всередині рідного світу, що належить його внутрішньому горизонту, й чужість поза рідним світом, що належить його зовнішньому горизонту’<sup>12</sup>. Дозволю собі припущення, що для правового порівняння сумісне буття з іншим є чужістю поза рідним світом. У цьому аспекті чужість іншого права робить його недосяжним для нашого пізнання. У протилежному випадку ми заперечуємо його чужість:

Привести до висловлення власного смислу досвід чужого означало б тоді змусити замовкнути чуже як чуже. Логос чужого висувив би логіфікацією феномен чужого. Феноменологія у ролі ксенології стала б тоді наукою, що саморозпускається разом зі знищенням свого предмета<sup>13</sup>.

Це висловлювання можна переформулювати відносно правового порівняння – епістемологічний оптимізм, як ствердження досяжності для нас дійсного смислу зарубіжного права, в підсумку елімінує останнє і призводить до того, що інтенцією порівняння є самознищення (найбільш наочним прикладом цього є порівняльно-правовий функціоналізм). При цьому досяжність смислів іншого (права) заперечується не лише з етичних міркувань. Із цим пов’язані й логічні проблеми, передусім апорії перцептивної тотожності<sup>14</sup>. У світлі вказаного можна тлумачити слова М. Гайдеггера: ‘Самість і світ – не два відмінних сущих, як суб’єкт і об’єкт, але також і не Я і Ти’<sup>15</sup>.

Якщо цим все обмежувалося б, ми говорили б про модус сумісного буття як про паралелі, що не перетинаються, і тоді розглянутий вище соліпсизм герметичних сингулярностей був би для нас безальтернативним. Однак, так само як завдяки М. Лобачевському ми знаємо, що паралельні прямі перетинаються, М. Гайдеггер залишив нам нить Аріадни для виходу з лабіринту соліпсизму. Цією ниттю є другий модус диптиху буття-в-світі – “буття-при”.

Розкриття змісту цього модусу передбачає акцентування уваги на тому, що людина у своєму бутті ‘є по той бік самої себе’<sup>16</sup>. Інакше кажучи, ‘людина вступає в розмежування з сущим, намагаючись внести

<sup>12</sup> Бернхард Вальденфельс, *Своя культура и чужая культура. Парадокс науки о Чужом* <<https://web.archive.org/web/20130309124353/http://anthropology.rinet.ru/old/6/wald.htm>> (дата звернення: 26.12.2018).

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Барбара Кассен, *Эффект софистики* <<https://poisk-istini.com/literatura/effekt-sofistiki-barbara-kassen/>> (дата звернення: 26.12.2018).

<sup>15</sup> Хайдеггер (н 11) 395.

<sup>16</sup> Там само 398.

сущє в своє буття, а це означає – поставляючи його в межу і образ, тобто роблячи начерк нового (такого, що ще не присутнє) <...><sup>17</sup>. “Буття-при” як здатність окреслювати нове, вводити його в сущє передбачає розгляд екзистенції в світлі одного з основних концептів постметафізичної філософії – події. Оскільки саме подія ‘забороняє будь-яку замкненість існування в самому собі, в своїх можливостях і в своєму смислі’<sup>18</sup>.

Для концептуалізації несамодостатності права важливою є критика М. Гайдеггера на адресу Г. Ляйбніца. Останній запропонував максимум: “у монад немає вікон”, тобто вони не визирають з самих себе. Таким чином Г. Ляйбніц пояснював, що монадам достатньо того, що вони мають у собі. Кожна монада вже являє всередині себе світ загальною. Зберігаючи формулювання цієї максими, М. Гайдеггер пропонує власне її прочитання. За його словами, *Dasein* не потрібно жодних вікон, щоби видивлятися дещо поза самої себе не тому, як вважає Г. Ляйбніц, що все сущє вже досягне всередині мушлі і, отже, цілковито може бути замкнене в собі, а тому, що *Dasein*, відповідно до свого власного способу бути (відповідно до трансценденції) вже – назовні, тобто при іншому сущому, а це означає – завжди при собі самому. *Dasein* є зовсім не в мушлі. Завдяки вихідній трансценденції вікно стає для *Dasein* зайвим<sup>19</sup>.

“Буття-при” як чужість всередині власного світу є досвідом межі. При цьому має рацію П. Легран, що ‘зарубіжне не може братись як позначення межі між внутрішнім (“власним” право-світом компаративіста) й зовнішнім (право-світами інших)’<sup>20</sup>. З огляду на ту обставину, що ми говоримо про зарубіжне право, наш дискурс призводить до нередукованого подвоєння сутностей: зарубіжне право розпадається на зарубіжне право-як-таке і зарубіжне право-для-нас. Перше є недосяжним, а друге (як буття-при) і стає межею для власного світу.

Постає запитання: навіщо нам потрібне таке викривлене “власне зарубіжне” право, і якщо ми не полишаємо меж нашого світу, про яку несамодостатність права йдеться?

Відповідь полягає у тому, що лише порівняння дає змогу задіяти онтологічне розрізнення – звернення до “зарубіжного права” є принципово іншим модусом актуалізації правового феномена, останній розглядається не в світлі сущого, а в світлі буття. Для того щоб порівняти себе з іншим, я маю задіяти граничні (ек-статичні) можливості своєї екзистенції. Б. Вальденфельс, розглядаючи феноменологію як фундаментальну

<sup>17</sup> Мартин Хайдеггер, *Введення в метафізику* (пер, ВРФШ 1998) 221.

<sup>18</sup> К. Романо, *Авантюра в часі* (пер, РИПОЛ класик 2017) 87.

<sup>19</sup> Хайдеггер (н 11) 399-400.

<sup>20</sup> Legrand (n 4) 70.

Олександр Ткаченко

ксенологію, вказував, що досвід “Іншого” і “Чужого” являє собою досвід нездоланної відсутності. Крім того, він зазначав:

Парадокс будь-якої ксенології полягає в тому, що не тільки будь-яке мовлення про Чуже, а й будь-який досвід Чужого відсилає до деякого Чужого, на яке цей досвід відповідає, ніколи його не досягаючи. Коли досвід досягає Чуже, воно вже не є тим, чим було<sup>21</sup>.

Однак характеристика Іншого як нездоланної відсутності є не результатом, а передумовою порівняння. Як говорив А. Бадью, ‘філософія повинна явним чином вважати свою центральну категорію порожньою. Однак вона повинна також вважати, що порожнеча є умовою деякої ефективної операції’<sup>22</sup>. Цю ефективність порівняння, як не дивно це виглядає у світлі вказаного вище, найкраще формулює П. Легран: ‘Право приходить від іншого – від іншого в тексті, й іншого, що є більшим і давнішим аніж текст’<sup>23</sup>. Під іншим, “що є більшим і давнішим аніж текст”, можна розуміти Ніщо, з необхідним уточненням – ‘порожнеча належить власній сутності місця і тому є зовсім не відсутність, а творення’<sup>24</sup>. Подібно до цього висловлюється і Б. Вальденфельс, ‘чужий, всупереч всій чужості, конститується на ґрунті власного теперішнього й із засобів Власного. Досвід Чужого виявляється перетворенням досвіду самого себе’<sup>25</sup>.

Порівняння є дискурсом несамодостатності власного права, оскільки реалізує здатність права не перетворитися лише на суще, тобто на те, що вже існує. Порівняння є процедурою істини, але не зарубіжного, а власного права, оскільки істина є здатністю права перевершувати будь-яку цілісність, його надлишковістю відносно будь-якого опису. ‘Будучи процедурою правової порожнечі, правового ніщо – істина в праві одночасно є ефектом розрізнення правового сущого, інтелектуальною діяльністю з творення права’<sup>26</sup>.

Правове порівняння дає змогу праву бути причетним своєму буттю-як-буттю, під яким розуміється простір між правопорядками. За словами Т. Керімова, ‘між є ніщо само по собі. І не просто ніщо: а наявність-місця, умова, завдяки якій ми завжди знаходимо себе між і поміж’<sup>27</sup>. У цьому розумінні інше право не є референтом, воно є тим зовнішнім, яке дає змогу забезпечувати нескінчене вислизання значен-

<sup>21</sup> Вальденфельс (н 12).

<sup>22</sup> Ален Бадью, *(Воз) возвращение самой философии* (пер, Machina 2003) 165.

<sup>23</sup> Legrand (н 4) 78.

<sup>24</sup> Мартин Хайдеггер, ‘Искусство и пространство’ в *Время и бытие: Статьи и выступления* (пер, Республика 1993) 315.

<sup>25</sup> Вальденфельс (н 12).

<sup>26</sup> Олександр Ткаченко, ‘Істина в праві’ в Максимов С та інші (ред), *Велика українська юридична енциклопедія, т 2: Філософія права* (Право 2017) 316.

<sup>27</sup> Т Керімов, *Неразрешимости* (Академический проект; Трикста 2007) 190-1.

ня власного права, а останнє і є маніфестацією його існування – власне право існує, якщо воно може стати іншим, й адаптувало механізм власної трансформації. Можливість звернення до іншого права виступає механізмом перевершення наявного смислового поля власного права, але не досягнення смислового поля права іншого. Це гомерівське коло мислення і є процедурою правового порівняння – вихід за межі власного права як сущого у сферу його ніщо, як можливості бути іншим відносно себе, відмінним.

Несамодостатність права як істиннісна процедура й ефект подієвості виявляє сингулярність власного права, однак сингулярність особливу, таку, що не засвідчує ідентичність, вислизаючи сингулярність, яка окреслює буття власного права як розрізнення, процедуру мислення, яка для того, щоб відбутися, повинна постійно не збігатися з самою собою. Через це правове порівняння стає логологічним – дискурс творить буття, останнє стає ефектом висловлювання. ‘Логологія – виявлення того, чим в своїй діяльності і за своїми можливостями відрізняється від онтології’<sup>28</sup>.

#### *Вичерпання права в самодостатності техніки*

Найбільш важливою обставиною сучасності, яка потребує центрування на ній інтелектуальних зусиль компаративістів, є, з одного боку, поява передумов для повної здійсненності функціоналістської парадигми, а з другого – та ціна, яку потрібно заплатити за таке здійснення.

Функціоналістське порівняльне правознавство завжди відчувало пієтет до техніки. Так, ще Ж. Сталев стверджував, що для функціоналістів правові явища ‘є таким самим об’єктом пізнання, як для дослідника в сфері природничих наук явища природи, які ним спостерігаються’<sup>29</sup>. Кожен функціоналіст підпишеться під словами Р. Познера, сказаними ним в “Економічному аналізі права” – головній праці руху “права й економіки”:

<...> більшість доктрин та інститутів правової системи піддаються найкращому розумінню і поясненню саме як спроби збільшення ефективності розподілу ресурсів <...>. Не дивно, що правові доктрини поступово рухаються в бік ефективності<sup>30</sup>.

Незважаючи на те, що розгляд права як мобільної сили, що змінюється, експортуючи й імпортуєчи інститути, означає, що ми сприймаємо

<sup>28</sup> Кассен (н 14).

<sup>29</sup> Жилько Сталев, ‘Сравнительный метод в социалистической правовой науке’ в Туманов В (ред), *Сравнительное правоведение: сборник статей* (Прогресс 1978) 20.

<sup>30</sup> J Kelly, *A short history of Western legal theory* (Oxford University Press 2003) 437-8.

право так само як і будь-яку технологію, продукт людського досвіду, і, відповідно, як таке, що допускає своє переміщення<sup>31</sup>, все що до сьогодні могли запропонувати функціоналісти, це лише методологічну трансформацію – використання технічної метафори. Метафоричність “техніки права” призводила до парадоксу – побудова ефективного технічного права виражалася лише в заміні концептуальної мови правових доктрин на базову побутову природну мову спілкування. Відомою є ілюстрація заміни мови національних правопорядків на мову функціональних понять за авторством визнаних класиків функціоналізму:

Некоректною буде постановка питання: які норми в іноземному праві визначають форму договору купівлі-продажу? Більш правильним було б запитати: як іноземне право захищає сторони від прийняття певних рішень чи зобов'язань за правочином, якщо виявиться, що один з учасників не мав при її укладенні серйозних намірів?<sup>32</sup>

Безпорадність і методологічна абсурдність такого розуміння є очевидною. Ми погоджуємося з Ч. Варгою, що ‘мова права ідентична самому праву’<sup>33</sup>, а будь-яка природна мова не може забезпечити стаціонарність свого смислового поля. Мова позбавлена механізму обмеження продукування смислової варіативності, замкнена сама на собі, не допускаючи об’єктивного і незмінного існування чогось, до чого відносяться знаки. Мова є принципово випадковою і ненадійною, завжди відкритою для відмінного тлумачення.

Право як мова стає повністю варіативним способом говорити, позбавленим можливості легітимізуватися за допомогою системно-трансцендентальних критеріїв, але лише за допомогою самого себе, за допомогою власної дискурсивності. При цьому, ‘оскільки у дискурсі немає теперішнього, він черпає свою могутність з часу’<sup>34</sup>. Правовим часом виступає суверенність римського права як уособлення особливої логіки аргументації, що творить світ інтелектуальних конструкцій. Мова права є мистецтвом творення нового сучасного права, шляхом вилучення його новизни й сучасності з міркувань римських юристів. Саме завдяки такому мистецтву право стає феноменом культури, традицією мислення, а не знаряддям у руках законодавця<sup>35</sup>. Заслужують на увагу міркування

<sup>31</sup> Esin Örücü, ‘A theoretical framework for transfrontier mobility of law’ in Jagtenberg R and others (ed), *Transfrontier mobility of law* (Kluwer Law International 1995) 5.

<sup>32</sup> Цвайгерт (н 2) 50-1.

<sup>33</sup> Чаба Варга, ‘Право и язык? Право как язык? Об окончательном единстве онтологии и эпистемологии’ в Антонов М (ред), *Загадка права и правового мышления* (ИД Алеф-Пресс 2015) 206.

<sup>34</sup> Кассен (н 14).

<sup>35</sup> Олександр Ткаченко, ‘Філософія цивільного права’ в Максимов С та інші (ред), *Велика українська юридична енциклопедія, т 2: Філософія права* (Право 2017) 996.



Б. Кассен: ‘Рим – це буття. В особі Риму сфера Парменіда матеріалізується у вигляді всієї землі’<sup>36</sup>.

Інакше кажучи, функціоналісти самі зробили все, щоб поставити свій проект під сумнів, й мало зробили для досягнення своєї головної мети, яка приховується за відомим міркуванням:

Не існує більше німецької фізики, бельгійської хімії чи американської медицини. Завдяки інтернаціоналізації цих наук їх національна приналежність виражається, головним чином, лише в констатації того, наскільки вагомим досягнення різноманітних країн у кожній із них. Як не дивно, по іншому відбувається з правовою наукою<sup>37</sup>.

Однак, імовірно, функціоналістській мрії належить здійснитися. І серед усіх претендентів на роль “золотої рибки” найбільше шансів має датаїзм. За словами Ю. Харарі:

<...> саме датаїзм пропонує науковий “священний Грааль”, що вислизає від нас багато століть: єдину загальну теорію, яка об’єднує всі наукові дисципліни: від музикознавства через економіку до біології. Згідно з датаїзмом П’ята симфонія Бетховена, фондова біржа і вірус грипу – просто три структури потоку даних, які можна аналізувати з використанням тих самих базових понять і інструментів. Ця ідея вкрай приваблива. Вона пропонує всім науковцям спільну мову, перекидає мости над академічними розколами і легко поширює досягнення через дисциплінарні кордони<sup>38</sup>.

Здійснення цієї мрії не буде безкоштовним – доведеться чимось пожертвувати. Першою, але не єдиною, жертвою буде право.

Величезна повноводна ріка права живиться трьома струмочками, пересихання яких здатне зробити його історією. Ними є: 1) опозиція права власності та володіння, і пов’язана з цим добросовісність; 2) нормативна природа правочину як приватного закону для сторін; 3) правосуддя, при якому суддя втілює епістемологічний образ претора. Щоб припинити існування права необхідно, відповідно: 1) зробити неможливою добросовісність з огляду на абсолютну прозорість і забезпеченість прав на активи; 2) зробити договори самовиконуваними, а отже, зняти з кредитора ризик невиконання боржником свого зобов’язання; 3) зробити свідомість непотрібною для ухвалення судових рішень.

Всі три джерела права не просто теоретично можуть бути висушені, це вже з шаленою швидкістю відбувається просто зараз. Кожен із трьох

<sup>36</sup> Кассен (н 14).

<sup>37</sup> Цвайгерт (н 2) 27.

<sup>38</sup> Юваль Харарі, *Ното Deus. За лайштунками майбутнього* (Форс Україна 2018) 451-2.

Олександр Ткаченко

“китів” права стоїть на двоєдиному фундаменті: довірі й посередництві. За словами Ч. Варги:

<...> право як мова є не більше ніж опосередкований елемент посередницької діяльності, тобто виключно чимось, що існує лише остільки, оскільки воно вказує на дещо інше, представляє ще дещо, інакше кажучи, за відсутності кращого заміщує дещо оригінальне і таким чином слугує його символом<sup>39</sup>.

Все йде до того, що людство більше не потребує ані довіри, ані посередництва. Місце права вже займає технологія блокчейну як нова організаційна парадигма для координації будь-якого виду людської діяльності. Блокчейн пропонує якісно інший – не правовий, а технологічний – спосіб функціонування цивілізації. Принципове нововведення блокчейна полягає в його архітектурі, що забезпечує можливість децентралізованих транзакцій, які не потребують довіри<sup>40</sup>.

На зміну вказаної правової тріади приходять технологічна: смарт-активи<sup>41</sup>, смарт-контракти<sup>42</sup> й електронний суд<sup>43</sup>. За словами Ю. Харарі, ‘ми перебуваємо на краю миттєвої революції. Людям загрожує втрата економічного значення, бо інтелект відділяється від свідомості’<sup>44</sup>. При цьому ‘жоден відомий алгоритм не вимагає свідомості, щоб функціонувати’<sup>45</sup>.

Крім того, вчений зазначає:

Що справді важливіше – інтелект чи свідомість? Поки вони нерозривно йшли разом, обговорення їхньої відносної цінності було розвагою для філософів. Однак у XXI столітті це стає нагальним політичним та економічним питанням. І приголомшує розуміння того, що принаймні в арміях і корпораціях відповідь буде проста: наявність інтелекту обов’язкова, а свідомості – ні<sup>46</sup>.

І не лише там. На думку М. Селіванова:

<...> правозастосування у більшості випадків зводиться до побудови судження в його простішій формі – простого категоричного силогізму:

<sup>39</sup> Варга (н 33) 201.

<sup>40</sup> Н. Архірейська, ‘Блокчейн – інноваційна технологія постіндустріальної економіки’ (2017) 7 Бізнесінформ 128.

<sup>41</sup> Там само; І. Клименко та Г. Лозова та Л. Акімова, ‘Застосування блокчейн-технологій в публічному управлінні’ (2017) 20 Демократичне врядування.

<sup>42</sup> І. Давидова, ‘Технологія блокчейн: перспективи розвитку в Україні’ (2017) 26 Часопис цивілістики 39.

<sup>43</sup> М. Селіванов, ‘Електронний суд: IT-технології в судовому процесі як спосіб покращення прогнозованості судових рішень’ (2018) 1 Право України 117.

<sup>44</sup> Харарі (н 38) 378.

<sup>45</sup> Там само 152-3.

<sup>46</sup> Там само 379.

більша посилка (норма права) → менша посилка (фактичні обставини) → висновок (рішення). Алгоритмізація простого категоричного силогізму в сучасних умовах не є надскладним завданням<sup>47</sup>.

Чи дійсно на зміну дискурсивності права прийдуть математичні алгоритми, а мова права буде замінена криптографічними протоколами? Тепер це запитання не просто може входити до предметної сфери правового порівняння, а повинно становити її епіцентр. Необхідним є осмислення несумісності несамодостатності права і самодостатності техніки. Дозволимо собі не погодитися з Ч. Варгою, що право є лише посередником. Зроблю припущення – право визначає зміст того, що воно опосередковує. А це означає, що зречення права є зреченням своєї екзистенції, припиненням “буття-в-світі”.

Висновки. Фундаментальна онтологія М. Гайдеггера як найбільш важлива складова проекту подолання метафізики відкрила шлях мисленню до власних основоположень, скасувавши заборону запитувати про “буття як ніщо суцього”. Сучасність мислення і визначається як відповідальність за осмислення, дискурсивне підтримання і постійну деконструкцію таких основоположень. Правове порівняння також може долучитися до цього проекту, ставши сучасним філософським дискурсом. Для цього потрібно параметризувати простір власного подолання метафізики, що дасть змогу належним чином експлікувати питання природи порівняння як питання про природу феномена права.

Концептуалізація парадигми несамодостатності права є можливим способом дискурсивізації засадничих питань творення права і статусу зарубіжного права відносно буття власного. Ствердження універсальності дійсного права й заперечення відмінностей порівняльно-правовим функціоналізмом, так само як і обґрунтування культурної релятивності й нездоланності правових відмінностей підходом правової сингулярності, є двома варіантами єдиної парадигми правового соліпсизму.

На відміну від цього, визнання несамодостатності власного права дає можливість надати нового значення правовому порівнянню, наситивши правознавство смисловими акцентами. При цьому найважливішим питанням сучасності стає онтологічне співвідношення права і техніки, щодо якого дискурс правового порівняння має сформулювати власну предметність запитування.

<sup>47</sup> Селіванов (н 43) 117.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Kelly J, *A short history of Western legal theory* (Oxford University Press 2003) (in English).
2. Kerimov T, *Nerazreshimosti [Unsolvabilities]* (Akademicheskij Proekt; Triksa 2007) (in Russian).

#### *Edited and translated books*

3. Gerber D, 'Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the facade of language' in Riles A (ed), *Rethinking the masters of comparative law* (Hart Publishing 2001) (in English).
4. Hyland R, 'Comparative law' in Patterson D (ed), *A companion to philosophy of law and legal theory* (Blackwell Publishing 1999) (in English).
5. Legrand P, 'The same and the different' in Legrand P and Munday R (eds), *Comparative legal studies: traditions and transitions* (Cambridge University Press 2003) (in English).
6. – – 'Issues in the translatability of law' in Bermann S and Wood M (eds), *Nation, language, and the ethics of translation* (University Press 2005) (in English).
7. Örücü E, 'A theoretical framework for transfrontier mobility of law' in Jagtenberg R and others (eds), *Transfrontier mobility of law* (Kluwer Law International 1995) (in English).
8. Badyu A, *(Voz) vrashenie samoj filosofii [(Re) Turn of Philosophy Itself]* (per, Machina 2003) (in Russian).
9. Cvajgert K i Kyotc H, *Vvedenie v sravnitelnoe pravovedenie v sfere chastnogo prava [Introduction to Comparative Law in the Field of Private Law]* (per, Mezhdunarodnye otnosheniya 2000) (in Russian).
10. Hajdegger M, *Vvedenie v metafiziku [Introduction to Metaphysics]* (per, VRFSh 1998) (in Russian).
11. – – 'Iskusstvo i prostranstvo' ['Art and Space'] v *Vremya i bytie [Time and Being]* (per, Respublika 1993) (in Russian).
12. – – *Osnovnye problemy fenomenologii [Basic Issues of Phenomenology]* (per, VRFSh 2001) (in Russian).
13. Harari Yu, *Homo Deus. Za lashtunkamy maibutnoho [Homo Deus. A Brief history of Tomorrow]* (Fors Ukraina 2018) (in Ukrainian).
14. Romano K, *Avantyura vremeni [Time Adventure]* (per, RIPOL klassik 2017) (in Russian).
15. Stalev Zh, 'Sravnitelnyj metod v socialisticheskoj pravovoj nauke' ['Comparative Method within Socialist Legal Science'] v Tumanov V (red), *Sravnitelnoe pravovedenie [Comparative Law]* (Progress 1978) (in Russian).
16. Varga Ch, 'Pravo i yazyk? Pravo kak yazyk? Ob okonchatelnom edinstve ontologii i epistemologii' ['Law and Language? Law as Language? About Ultimate Unity of Ontology and Epistemology'] v Antonov M (red), *Zagadka prava i pravovogo myshleniya [Enigma of Law and Legal Thinking]* (ID Alef-Press 2015) (in Russian).

#### *Encyclopedias*

17. Tkachenko O, 'Istyna v pravi' ['Law Truth'] v Maksimov S ta inshi (red), *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia [The Great Ukrainian Legal Encyclopedias], t 2* (Pravo 2017) (in Ukrainian).
18. – – 'Filosofiiia tsyvilnoho prava' ['Philosophy of Civil Law'] v Maksimov S ta inshi (red), *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia [The Great Ukrainian Legal Encyclopedias], t 2* (Pravo 2017) (in Ukrainian).

*Journal articles*

19. Gordley G, 'Comparative legal research: its function in the development of harmonized law' [1995] 43 (3) *The American Journal of Comparative Law* (in English).
20. Legrand P, 'Foreign law: understanding understanding' [2011] 6(2) *Journal of comparative law* (in English).
21. Arkhireiska T, 'Blokchein – innovatsiina tekhnolohiia postindustrialnoi ekonomiky' ['Blockchain: Innovative Technology of Postindustrial Tconomic'] (2017) 7 *Biznesinform* 128 (in Ukrainian).
22. Davidova I, 'Tekhnolohiia blokchein: perspektyvy rozvytku v Ukraini' ['Blockchain Technology: Perspective of Development in Ukraine'] (2017) 26 *Chasopys tsyvilistyky* (in Ukrainian).
23. Klimenko I ta Lozova G ta Akimova L, 'Zastosuvannia blokchein- tekhnolohii v publicnomu upravlinni' ['Application of Blockchain Technology in Public Management'] (2017) 20 *Demokratychnе vriaduvannia* (in Ukrainian).
24. Selivanov M, 'ElektronniI sud: IT-tehnolohii v sudovomu protsesi yak sposib pokra shchennia prohnozovanosti sudovyh rishen' ['Electronic Court: IT-technology in the Trial as a Way to Improve Predictability of Court Decisions'] (2018) 1 *Pravo Ukrainy* (in Ukrainian).

*Conference papers*

25. Tkachenko O, 'Negatyvnyj prostir yurydychnyh konstrukcii – terytoriiia pravovoho porivniannia yak pravovoi filosofii' ['Negative Space of Legal Constructions – The territory of Legal Comparison as a Legal Philosophy'] v Kresin O (red), *Filosofiiia porivnialnoho pravoznavstva [Philosophy of Comparative Law]* (Instytut derzhavy i prava NAN Ukrainy 2015) (in Ukrainian).

*Dissertations*

26. Tkachenko O, 'Funktionalistska paradygma porivnialno-pravovyh doslidzhen' ['The Functionalist Paradigm of Comparative-Legal Studies'] (dys kand yuryd nauk, Kyivskiy nac un-t vnutr sprav 2011) (in Ukrainian).

*Websites*

27. Kassen B, 'Effekt sofistiki' ['The Effect of Sophismy'] <<https://poisk-istini.com/literatura/effekt-sofistiki-barbara-kassen>> (accessed: 26.12.2018) (in Russian).
28. Valdenfels B, 'Svoya kultura i chuzhaya kultura. Paradoks nauki o chuzhom' ['Own Culture and Foreign Culture. The Paradox of Science about Foreign'] <<https://web.archive.org/web/20130309124353/http://anthropology.rinet.ru/old/6/wald.htm>> (accessed: 26.12.2018) (in Russian).

Oleksandr Tkachenko

LACKING SELF-SUFFICIENCY OF LAW AS THE FUNDAMENTAL AND ONTOLOGICAL BASIS OF LEGAL COMPARISON

ABSTRACT. Legal comparison is facing the need to find its own place in the network of discourses formed by the post-metaphysical rationality of modernity. Own philosophical and methodological meanings may be produced when the intellectual territory of legal comparison covers the binary opposition of paradigms which opposition allows raising and

Олександр Ткаченко

solving the issues of fundamental importance for legal thinking. The current confrontation between the universalist and the singular approaches is unable to resolve this issue, given that there is a fundamental unity between them. The latter may be formulated as a paradigm of self-sufficiency of law. Therefore, the key issue of comparative legal discourse is constituting of the oppositional paradigm of lacking self-sufficiency of law.

The aim of the article is to explicate the fundamental ontological foundations of the idea about lacking self-sufficiency of law as a necessary prerequisite for conceptualization of the corresponding paradigm of comparative legal rationality.

The paradigm of self-sufficiency of law rests upon ontological solipsism. In the universalism of functionalism it appears in the perception of legal differences as evidence of imperfection of law. Hence a respective orientation towards replacing the language of national law and order with the neutral and universal language of functionalist concepts. Solipsism of the legal differences approach can be observed when foreign law is regarded as a source of threats to own identity. The main purpose of comparative jurisprudence is seen in the preservation of distances between legal orders historically formed by cultures. The fundamental rule of the paradigm of self-sufficiency of law is non-participation of the foreign in the existence of own law.

The paradigm of lacking self-sufficiency of law should overcome the solipsism of universalism and singularity. The fundamental ontology project by M. Heidegger may be its ideological basis. A reference to foreign law is regarded as a mode of existence of own law. The space between legal orders is the domain of being-as-being. Legal comparison is the procedure of truth of own law bringing the legal nothing into the legal discourse domain.

Modern technological civilization creates an existential threat to the existence of law. Artificial intelligence and the blockchain technology lay the foundations for a qualitatively different functioning of civilization. The prospects and consequences of replacing a discourse with algorithms become the key issue of legal comparison imparting it an independent philosophical and methodological status.

**KEYWORDS:** legal comparison; fundamental ontology; legal universality and singularity; paradigms of self-sufficiency and lacking self-sufficiency of law; comparative legal functionalism; legal differences; legal truth; legal nothing; self-sufficiency of technology.



## Мехман Дамірлі

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Міжнародної академії  
порівняльного права,  
професор Університету Якін Догу (м. Нікосія, Кіпр)  
та Університету Гірне (м. Кіренія, Кіпр)  
mdamirli@yahoo.com

DOI: 10.33498/opus-2019-03-095

УДК 340.5

### ПОРІВНЯЛЬНИЙ ФІКХ: ПРЕДМЕТНА ХАРАКТЕРИСТИКА

**АНОТАЦІЯ.** У статті простежується процес формування порівняльного фікха, на основі аналізу відповідної літератури розкриваються як класичні, так і сучасні традиції порівняльного фікха, дається предметна характеристика цієї дисципліни, виявляються її основні елементи та особливості.

Зокрема, встановлюється, що порівняльний фікх охоплює лише порівняльні дослідження внутрішньоісламських традицій права і правової думки, передбачає порівняльне вивчення ісламських правових шкіл (мазхабів) і поглядів їх представників як на макрорівні, так і на мікрорівні. На рівні макропорівняння об'єктом є тексти, системи ідей різних мазхабів для встановлення їх фундаментальних характеристик, а на рівні мікропорівняння – тексти, системи ідей окремих учених-юристів – представників мазхабів для з'ясування їхніх поглядів на одну й ту саму проблему. Порівняльний фікх повинен фокусуватися і на подібностях, і на відмінностях між судженнями, думками й свідченнями, прийнятими мазхабами загалом або їхніми представниками зокрема. Порівняльне вивчення фікха, як і сам фікх, складається з двох галузей, які досліджують відповідні частини фікха: 1) порівняльний фуру аль-фікх (фуру аль-фікх аль-мугаран) і 2) порівняльний усуль аль-фікх (усуль аль-фікх аль-мугаран). Якщо перший можна назвати порівняльним фікхом у вузькому сенсі, то другий – порівняльною теорією (і методологією) ісламського права. Як у класичній, так і в сучасній літературі представлені обидві ці галузі знань порівняльного фікха. Ще однією гілкою сучасної порівняльної теорії ісламського права претендує стати порівняльне вивчення ісламських правових теорій, причому не в сенсі принципів і методології виведення правил з основних джерел, а в сенсі концепції праворозуміння.

Стверджується, що розробка порівняльного фікха була значним внеском у становлення порівняльно-правової науки мусульманських учених-юристів, накопичений досвід яких має особливе теоретико-методологічне значення для розвитку порівняльних досліджень систем теоретико-правових ідей на сучасному етапі.

**Ключові слова:** порівняльне правознавство; ісламське право, порівняльне ісламське право; порівняльний фікх; аль-фікх аль-мугаран.

© Мехман Дамірлі, 2019

Таке важливе явище з погляду порівняльно-правового пізнання, як правовий плюралізм, який для ісламської думки був традиційним, ставив завдання усунення розбіжностей між судженнями, думками і свідченнями, прийнятими правовими школами (мазхабами) або їх представниками, а також серед факхів у межах одного й того самого мазхабу, і пошук відповідного рішення, прагнення до здійснення яких, зі свого боку, призводило до появи спеціальної сфери знання ісламської юриспруденції. Однак це відбувалося не відразу і для цього були потрібні століття кропіткої роботи мусульманських юристів.

Слід зазначити, що правовий плюралізм проявлявся насамперед у виникненні спеціального жанру – *іхтілаф-літератури*, що є прообразом майбутньої порівняльно-правової дисципліни. Ця література охоплювала книги як щодо розбіжностей серед ісламських юридичних шкіл, що конкурували і водночас визнавали одна одну – *мазхабів (іхтілаф аль-мазхабів)*, так і щодо розбіжностей серед окремих юристів (*іхтілаф аль-фукаха*). Поява перших подібних книг датується другою половиною VIII ст. Першою збереженою книгою в цьому жанрі є “*Іхтілаф аль-Сахаба*” (“Розбіжності між сподвижниками”)¹ *Абу Ханіфи* (помер у 767 р.). Один із його кращих учнів *Абу Юсуф Ягуб* (помер у 798 р.) також написав праці, присвячені розбіжностям між ученими-юристами під назвою “*Іхтілаф байна Абу Ханіфа ва Ібн Абу Лайла*” і “*Кітаб аль-Радд ала Сійар аль-Авза’ї*”. Ці твори збереглися з коментарями *Аш-Шафії* (помер у 920 р.). До речі, книга *Аш-Шафії* “*Іхтілаф аль-Іраклійїн*” відтворює з його коментарями текст *Абу Юсуфа*, який порівнює доктрини *Абу Ханіфи* та *Ібн Абу Лайли*. У творах *Аш-Шафії* “*аль-Рісала*” (з *усуль аль-фікху*) й “*аль-Умм*” (із *фікху*) є розділи, присвячені іхтілафу. Його перу також належить праця про зіставлення хадисів “*Іхтілаф аль-хадіс*”².

У цій групі також слід згадати: “*Іхтілаф аль-Фукаха*” *Мухаммада Ібн Наср аль-Марвазі* (помер у 906 р.), “*Іхтілаф аль-Фукаха*” *Мухаммада Ібн Джарір аль-Табарі* (помер у 913 р.), “*Іхтілаф аль-Фукаха*” *Абу Джафара Аль-Табана* (помер у 922 р.), “*Шарху Ма’ані ал-Атхар (Іхтілаф аль-Фукаха)*” *Абу Джафара Ахмад Ібн Аль-Тахаві* (помер у 933 р.), “*Аль-Мізан*” *Імама Абдульвахаба аш-Шарані* (помер у 973 р.), “*Та’сіс аль-Назар*”, “*Кітаб аль-Асрар*” і “*Тагвім аль-Аділлах фі Усуль аль-Фікх*” *Абу Зайда Абд Аллах Ібн Умар Ібн Іса аль-Даббусі* (помер у 1036 р.), “*Маса’іл аль-Хілаф*” *Абу Абдаллаха аль-Хусейн Ібн Алі аль-Сеймарі* (помер у 1045 р.), “*Кітаб аль-Інсаф фі ма байн аль-Улама мін аль-Іхтілаф*” *Ібн Абд аль-Барра* (помер у 1077 р.), “*Аль-Мінхадж фі Тартіб аль-Хіджаз*” та “*Іхкам аль-Фусул фі Ахкам аль-*

¹ Mohammad Hashim Kamali, *Shari’ah Law: an Introduction* (Oneworld Publications 2008) 110.

² Докладніше про це див.: Там само.



Усуль” Абу аль-Валід аль-Баджі (помер у 1081 р.), “Аль-Инсаф фі Алтанбіх ала Асбаб аль-Іхтілаф” Абу Мухаммада Абдулла Ібн аль-Сайїд аль-Батлімусі (помер у 1127 р.), “Бідаят аль-Муджтахід ва Ніхая аль-Мугтасід” Ібн Руида (Абу аль-Валід Мухаммад Ібн Ахмед аль-Куртубі) (помер у 1198 р.), “Рахма Аль-Умма фа Іхтілаф аль-Аїмма” Садр-Аль-Діна аль-Усмани (помер у 1378 р.)<sup>3</sup>. Варто додати, що у своїй “Мугаддіме” Ібн Хальдун (1332–1406 рр.), відзначаючи найбільшу активність у розробці цієї дисципліни ханафітів і шафіїтів, наводить такі праці у цій сфері: “Кітаб аль-Ма’ахіз” Аль-Газалі, “Кітаб ат-Талхіс” Абу Бакра б. аль-’Арабі, “Кітаб ат-Та’лігах” Абу Зайда аль-Даббусі, “Уюн аль-Адїллах” Ібн аль-Гассара, “Мухтасар” Ібн ас-Са’аті<sup>4</sup>.

Безумовно, це – не повний список праць із обговорюваної дисципліни. Звичайно, не в усіх із них конкуруючі школи були розглянуті з широким застосуванням порівняльного методу. Їхній стиль і зміст змінювалися з плином часу: ранні книги з іхтілафу були здебільшого збірками різних думок юристів, пізніше укладачі розробляють теорії для пояснення цих відмінностей<sup>5</sup>; спочатку порівняльний метод застосовувався для доказу переваги одного мазхабу (як правило, свого) щодо іншого, інакше кажучи, стиль їх викладу мав дещо оборонний характер<sup>6</sup>, а подальші праці, такі як “Іхтілаф аль-Фукаха” Аль-Табарі та “Бідаят аль-Муджтахід ва Ніхая аль-Мугтасід” Ібн Руида, набувають порівняльного стилю викладу. Причому деякі праці (“Бадаї аль-Санай” аль-Касані, “Кітаб аль-Мізан” Абд аль-Ваххаба аль-Шарані та “Аль-Мугні” Ібн Кудама) були написані із застосуванням “збалансованого” порівняння, виділенням не тільки розбіжностей, а й спільного між школами фікху. А потім, особливо після XI ст., тобто після зниження ролі іджтихаду, акцент знову зміщується до розбіжностей у межах шкіл<sup>7</sup>.

Таким чином, головним результатом вивчення розбіжностей між школами стала поява спеціальної сфери знання ісламської юриспруденції – дисципліни порівняльно-правового характеру, що отримала в подальшому арабську назву “аль-фікх аль-мугаран”, що в перекладі означає “порівняльний фікх”. Багатьма ісламськими правознавцями юрист ханафітського мазхабу аль-Даббусі з його книгами, сповненими міжмазхабних порівнянь, вважається одним із засновників порівняльно-пра-

<sup>3</sup> Див.: Ahmet Akgündüz, *Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice* (IUR Press 2010) 77; Kamali (n 1) 110-1; Muhammad Khalid Masud, ‘Ikhtilaf al-Fuqaha: Diversity in Fiqh as a Social Construction’ in Zainah Anwar Musawah (ed), *Wanted: Equality and Justice in the Muslim Family* (Sisters in Islam 2006) 70.

<sup>4</sup> Ibn Khaldun, Abd Ar Rahman bin Muhammed, *The Muqaddimah: An Introduction to History*, vol 3 (2nd ed, trans from the Arabic Franz Rosental, Princeton University Press 1980) 32.

<sup>5</sup> Masud (n 3) 70-1.

<sup>6</sup> Kamali (n 2) 111; Masud (n 3) 72; Абу Амина Биляль Филипс, ‘Эволюция фикха’ в *Исламский закон и Мазхабы* (Ансар Фаундейшн пер, 2001) 151.

<sup>7</sup> Kamali (n 2) 111.

Мехман Дамірлі

вової науки<sup>8</sup>. На думку М. Хамідуллаха, окрім Аль-Даббусі, класиком порівняльного правознавства є також Ібн Рушд.

Характерно, що мусульманські вчені, поряд із проведенням предметно-змістовних внутрішньоісламських порівняльно-правових досліджень, займалися також розробкою питань методології проведення таких досліджень. Як відзначають дослідники, перша праця, присвячена методології порівняльно-правової науки, також написана в класичній ісламській юриспруденції. Згідно з М. Хамідуллахом, автором, який присвятив “цілу книгу вивченню методології порівняння і зіставлення” є аль-Сеймарі<sup>9</sup>. У центрі уваги мусульманських учених були, зокрема, такі методологічні питання, як основні вимоги до порівняльних досліджень, методи, правила і стадії їх проведення та ін.

Нині порівняльний фіхх є однією зі сфер ісламської юриспруденції, що динамічно розвивається і представлений численними науковими працями<sup>10</sup>. Проте суттєвим недоліком деяких із них є відсутність систематичного застосування порівняльного методу та ізольований розгляд мазахабів (наприклад, М. Хан у своїй книзі “Школи ісламської юриспру-

<sup>8</sup> Див., наприклад: Akgündüz (n 3) 222; Ahmet Akgündüz, ‘Karahanelerin Büyük Hukukçusu Ebu Zeyd Debbusi ve Mezheplerarası Mukayeseli Hukuka Te’sirleri’ [1989] 2(2) Selcuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-108.

<sup>9</sup> М Хамидуллах, *Ислам* (САД 2008) 224.

<sup>10</sup> Із сучасних праць у цій сфері див.: Басіт Бадар Мутаваллі А. *Мухадарат фі аль-Фіхх аль-Мукаран* (Дар аль-Салам 1999); Аль-Намла Абд аль-Карим Ібн Али Ібн Мухаммад, *Аль-Мухазаб фі Ілм Усуль аль-Фіхх аль-Мукаран: Тахрир ли-Маса’илихи ва Дирасатиха Дираса Назарийя Тамбигийя* (Мактабат аль-Рушд 1999); Абдал аль-Фаттах Кабаррах, Аль-Фіхх аль-Мукаран (Дар аль-Нафа’іс 1997); Khallaf Abd al-Wahhab, *Les Fondements du Droit Musulman* (Al-Qalam 1997); Ал-Джазірі Абд аль-Рахман, *Кітаб аль-Фіхх ала аль-Мазахіб аль-Арба’а* (аль-Мактаба аль-Тиджарийя аль-Кубра 1931); Зайдан Абдул-Карім, *Аль-Ваджіз фі Усуль аль-Фіхх* (al-Risalah 1996); Аль-Хакім Аль-Сайїд Мухаммад Тагі, *Аль-Усуль аль-Амма ліл-Фіхх аль-Мукаран* (Qum 1997); Аль-Ансарі Ахмад б. Мухаммад Умар, *Атхар Іхтілаф аль-Фіхаха фі аль-Шарі’а* (Мактабат аль-Рушд 1996); Karaman Hayreddin, *Mukayeseli Islam Hukuku* (Karaman Publications, 1974); Yango Huzaemah Tahido, *Pengantar Perbandingan Mazhab* (Logos 1997); Hasan M. Ali, *Perbandingan Mazhab Fiqh* (PT Raja Grafi ndo Persada 1997); Kamali, Mohammad Hashim, *Principles of Islamic Jurisprudence* (Islamic Texts Society 1991); Bakar Mohd Daud, ‘A Comparative Study of Islamic Legal Theory (Usul al-Fiqh al-Muqaran)’ [1995-1996] 5(I-II), *IJUM Law Journal* 51-67; Khan Mohammad Nameedullah, *The Schools of Islamic Jurisprudence: A Comparative Study* (3rd ed, Kitab Bhavan 2001); Аль-Худан Мухаммад Бек, *Усуль аль-Фіхх* (Дар Ібн аль-Хазм 2003); Al-Uthaymeen Muhammad Ibn Saalih, *Difference of Opinion Amongst the Scholars – Their Causes and Our Position Towards Them* (Al-Hidaayah Publishing 2007); Медкур Мухаммад Саллам, *Усуль аль-Фіхх аль-Ісламі* (Дар аль-Нахзах аль-Арабійя 1976); Ibrahim, Muslim, *Pengantar Fiqh Muqaranah* (Erlangga 1991); Самара Мухаммад, *Дірасат фі аль-Фіхх аль-Мукаран* (аль-Дар аль-’Ілмія аль-Дуваліях 2002); Мукнійя Мухаммад Джавад, *Аль-Фіхх аїд аль-Мазахіб аль-Хамса* (1982); Аль-Хінн Мустафа Са’ід, *Атхар аль-Іхтілаф фі аль-Каб’ід аль-Усулійя фі Іхтілаф аль-Фукаха* (Му’ассасат аль-Рісала 1972); Romli S A, *Muqaranah Mazahib fil-Usul* (Gaya Media Pratama 1999); аль-Салмі Са’д Ібн Карір Ібн Махді, *Шарікат аль-Мудараб’а фі аль-Фіхх аль-Ісламі: Діраса Тахлілія Мукарана* (Марказ Бухуз аль-Дірасат аль-Ісламійя 1997); Al-Dihlawi Shah Wali Allah, *Difference Of Opinion In Fiqh* (trans, Ta-Ha Publisher 2003); Аль-Зухайлі Шейх Вахба Мустафа, *Усуль аль-Фіхх аль-Ісламі* (Дар аль-Фікр 1996); Аль-Альвані Таха Джабір, *Адаб аль-Іхтілаф філ-Іслам* (аль-Махад аль-Аламі ліл-Фікр аль-Ісламі 1992); Хатіб Хасан Ахмад, *Аль-Фіхх аль-Мукаран* (Матбаат Дар аль-Та’ліф 1957); Хатіб Хасан Ахмад, *Аль-Фіхх аль-Мукаран: Аль-Мадхал іла аль-Фіхх аль-Мукаран: Бухус Фіххія ліл-Діраса аль-Мукаран* (Аль-Хайра аль-Місрія аль-Амма ліл-Кітаб 1991); Bisri Hasan, *Model Penelitian Fiqh: Paradigma Penelitian Fiqh dan Fiqh Penelitian, pat 1* (Kencana 2003); аль-Хулі Хінд, *Абхас фі аль-Фіхх аль-Мукаран* (Дар аль-Муктабас 2014); аль-Карадаві Юсиф, *Фіхх аль-Закаат: Діраса Мукарана лі-Аркаміха ва Фалсафатіха фі Дау’ аль-Гур’ан ва аль-Сунна* (Му’ассасат аль-Рісала 1991); Hallaq Wael B, *A History of Islamic Legal Theories* (1997).

денції: порівняльне дослідження” у межах окремих шести розділів розглядає правові доктрини ісламських мазхабів – ханафітського, малікітського, шафіїтського, ханбалітського, шиїтських і деяких зниклих шкіл<sup>11</sup>). До того ж, якщо взяти до уваги існуючу серед мусульманських юристів традицію, згідно з якою праці з фікху повинні охопити позицію з досліджуваного питання щонайменше основних правових шкіл, то тоді межі між цими працями і працями з порівняльного фікху виявляються дещо розмитими.

На основі аналізу відповідної літератури і з урахуванням як класичних, так і сучасних традицій порівняльного фікху, можна запропонувати таку предметну характеристику цієї дисципліни.

По-перше, поява порівняльного фікха була продиктована насамперед практичною потребою, тобто орієнтованістю його на рішення конкретних питань правового життя суспільства. У класичному періоді фікх розглядався, головним чином, як “практична” наука, завданням якої є практичне досягнення загальних цілей ісламської релігії за допомогою виведення правил поведінки з доказів. Однак при цьому факіхи, з огляду на розбіжності між думками, судженнями й аргументами різних мазхабів і їхніх представників, повинні були виявити ці розбіжності, прагнути до вибору найсильнішого та найкращого доказу і знаходити відповідне рішення для конкретного питання, для чого потрібно було провести скрупульозний порівняльний аналіз. Такий аналіз передбачав: підбір питань, щодо яких є розбіжності ісламських учених-юристів; збирання, порівняльний аналіз й оцінка різних думок і суджень з цих питань; порівняння доказів для вибору відповідного рішення. Вірогідно, що саме на цій основі в сучасній літературі представлено визначення порівняльного фікху як науки, що збирає думки щодо проблеми іхтілафа з приводу фікха, збирає, вивчає та обговорює аргументи кожної думки об’єктивно, щоб мати можливість дізнатися найсильнішу думку – яка найпереконливіше аргументована і найбільше відповідає духу загальних принципів шаріату<sup>12</sup>. Як нескладно помітити, акцент зроблений на практичному боці предмета дисципліни, що може себе виправдати щодо класичного періоду порівняльного фікху. Безумовно, порівняльний фікх як важливий засіб здатний ‘потенційно уточнити і розкрити всі правові аргументи, які використовуються в дебатах’<sup>13</sup> і з’ясувати, ‘який з двох конфліктуючих доказів є найбільш гідним схвалення і яка з двох інтерпрета-

<sup>11</sup> Khan Mohammad Hameedullah, *The Schools of Islamic Jurisprudence: A Comparative Study* (3rd ed, Kitab Bhavan 2001).

<sup>12</sup> Ibrahim Muslim, *Pengantar Fiqh Muqaranah* (Erlangga 1991) 6-7.

<sup>13</sup> Bakar Mohd Daud, ‘A Comparative Study of Islamic Legal Theory (Usul al-Fiqh al-Muqaran)’ [1995-1996] 5(I-II) *IJUM Law Journal* 67.

Мехман Дамірлі

цій ближче до наміру Законодавця<sup>14</sup>, і сьогодні ‘залишається корисним і результативним при виборі якоїсь думки для захисту інтересів людей і забезпечення справедливості’<sup>15</sup>. Однак сучасний порівняльний фікх як наука не може задовольнитися лише практико-прикладними цілями.

По-друге, хоча, ще раз наголосимо, що для становлення порівняльного фікха вивчення розбіжностей мало першочергове значення, але він не може обмежитися лише відмінностями, залишаючи осторонь подібності, адже неможливо здійснити порівняння, зосереджуючись лише на відмінностях, порівняння – процес двоєдиний, що передбачає виявлення одночасно і подібностей, і відмінностей. Щоправда, окремі порівняльні дослідження для конкретних цілей можуть акцентувати увагу на виявленні або подібностей, або відмінностей, але загалом жодна з цих операцій неможлива без іншої, вони перебувають у нерозривній єдності як дві складові єдиного пізнавального процесу – порівняння. До того ж відмінність за визначенням передбачає наявність певної подібності (на цю обставину звертав увагу ще Аристотель<sup>16</sup>), інакше не було б сенсу здійснювати порівняння, між двома абсолютно різними явищами воно неможливе. При цьому розуміння єдиного в різному і відмінності в єдиному є основою схеми розуміння подібностей і відмінностей<sup>17</sup>. Зокрема, коли порівнюються окремі ісламські школи права і встановлюються відмінності, тим самим одночасно підкреслюються їхні подібності: всі вони засновані на первинних джерелах, на загальних принципах і цінностях шаріату, на раціональних аргументах, людських міркуваннях, інтерпретації та правовому обґрунтуванню тощо. У практичному аспекті порівняльний фікх використовувався у минулому і використовується нині не щодо питань, що мають безспірне рішення, а тільки щодо тих, які не мають переконливих доказів, а мазхаби щодо цих питань можуть мати не тільки відмінності, а й подібності. Таким чином, порівняльний фікх повинен фокусуватися і на подібностях, і на відмінностях між судженнями, думками й свідченнями, прийнятими мазхабами або їхніми представниками.

По-третє, порівняльний фікх передбачає *порівняльне вивчення ісламських правових шкіл (мазхабів) і поглядів їх представників як на макрорівні, так і на мікрорівні*. Хоча порівняльний фікх відкрито не визнає цю дихотомію, але дослідницька практика у цій дисципліні дає змогу здійснювати таке розмежування: у сучасній літературі з порівняльного фікху є

www.pravoua.com.ua

<sup>14</sup> Daud (n 13) 51.

<sup>15</sup> Там само 55.

<sup>16</sup> Аристотель, *Сочинения в четырех томах, т 1: Метафизика* (Мысль 1976) 158.

<sup>17</sup> В Розанов, *О понимании: опыт исследования природы, границ и внутреннего строения науки как цельного знания* (Танаис 1996) 62.

праці, написані як на макрорівні<sup>18</sup>, так і на мікрорівні<sup>19</sup>. На рівні макропорівняння об'єктом порівняння є тексти, системи ідей різних мазхабів для встановлення їх фундаментальних характеристик, а на рівні мікропорівняння – тексти, системи ідей окремих учених-юристів – представників мазхабів для з'ясування їх поглядів на одну й ту саму проблему. До того ж будь-яке порівняльне дослідження має виходити з взаємозв'язків цих рівнів, адже неможливо провести мікропорівняння без урахування теоретико-методологічних розробок макропорівняння, і навпаки, макропорівняння – без узагальнення даних мікропорівняння.

По-четверте, переважно практична спрямованість порівняльного фікху не виключає його теоретичну значущість. Про це свідчать його можливості, як це було показано вище, зокрема: у встановленні спільних точок дотику між мазхабами для досягнення єдності; у результаті зменшуються лакуни між мазхабами, усуваються помилки, зроблені раніше мусульманськими вченими-юристами, які використали слабку аргументацію; у створенні нових правил, які відповідають вимогам часу. У сучасних умовах у зв'язку зі зростанням ролі ісламського права, викликаним ісламським відродженням, процесами перетворення і демократизації мусульманських громад, прямими контактами ісламської і західної культур, реформістськими рухами і правовими реформами, коли важливим завданням є нова інтерпретація основ ісламського права у контексті сучасних реалій, побудова ісламського фікху, який буде знаходити сфери, де узгодження та досягнення єдності можливі й найбільш необхідні, буде сприяти поєднанню ісламських традицій із сучасними демократичними цінностями, забезпечувати участь ісламського права в практичному втіленні загальнолюдських цінностей і в зміцненні зв'язків ісламської цивілізації з рештою світу, дослідження з порівняльного фікху набувають особливої актуальності. До того ж результати порівняльного фікху затребувані для розробки інших напрямів порівняльного дослідження ісламського права, які потребують порівняльної моделі ісламського права, а створення такої моделі можливе за допомогою виходу на рівень

<sup>18</sup> Див., наприклад: Абдал аль-Фаттах Кабаррах, *Аль-Фікх аль-Мукаран* (Дар аль-Нафа'іс 1997); Вакар (п 13) 51-67; Самара Мухаммад, *Дірасат фі аль-Фікх аль-Мукаран* (аль-Дар аль-Ілміях аль-Дуваліях 2002); Romli S A, *Miqatunah Mazahib fil-Usul* (Gaya Media Pratama 1999); Аль-Зухайлі Шейх Вахба Мустафа, *Усуль аль-Фікх аль-Ісламі* (Дар аль-Фікр 1996); Хатіб Хасан Ахмад, *Аль-Фікх аль-Мукаран* (Матбаат Дар аль-Та'ліф 1957); Хатіб Хасан Ахмад, *Аль-Фікх аль-Мукаран: Аль-Маджал іла аль-Фікх аль-Мукаран: Бухус Фікхія ліл-Діраса аль-Мукаран* (Аль-Хайра аль-Місрія аль-Амма ліл-Кітаб 1991); Abdurrahman K H E, *Perbandingan Mazhab* (Sinar Baru 1991); Hasbiyallah M, *Perbandingan Madzhab* (UIN Syarif Hidayatullah 2013).

<sup>19</sup> Див., наприклад: аль-Салмі, Са'д Ібн Карір Ібн Махді, *Шарікат аль-Мудароба фі аль-Фікх аль-Ісламі: Діраса Тахлілія Мукарана* (Марказ Бухуз аль-Дірасат аль-Ісламія 1997); аль-Карадаві Юсиф, *Фікх аль-Закаат: Діраса Мукарана лі-Аркаміха ва Фалсафатіха фі Дау' аль-Гур'ан ва аль-Сунна* (Му'ассасат аль-Рісала 1991).

Мехман Дамірлі

більш глибоких узагальнень у межах порівняльного фікху, що є його важливим теоретичним завданням.

По-п'яте, порівняльний *фікх* охоплює лише порівняльні дослідження внутрішньоісламських традицій права і правової думки, а тому може бути названий, власне, порівняльним ісламським правом (ще точніше його можна позначити як *ісламське порівняльне право* або *порівняльне ісламське право у вузькому сенсі*). Отже, порівняння ісламського права з іншими системами права в предметну сферу порівняльного фікху не входить. Це підтверджується дослідницькою практикою в цій сфері як класичного, так і сучасного періоду. Безумовно, велика роль порівняльного фікху в порівняльному вивченні ісламського права, проте він зовсім не замінює порівняльне ісламське право повністю, хоча і є найважливішою його частиною. Тим часом у літературі існує і більш широке розуміння порівняльного фікху, з включенням сюди компонентів, що виходять далеко за межі, власне, фікху. Наприклад, М. Ібрагім до нього відносить також порівняння ісламського права як з християнським і єврейським правом (називаючи цей напрям “порівняльним шаріатом”), так і з іншими системами позитивного права (цей напрям, що охоплює всю сферу права в певних просторово-часових межах, учений називає “порівняльним правом”)<sup>20</sup>.

По-шосте, порівняльне вивчення фікху (тобто порівняльний фікх), як і сам фікх, складається із двох галузей, які досліджують відповідні частини фікху: 1) *порівняльний фуру аль-фікх* (*фуру аль-фікх аль-мугаран*); 2) *порівняльний усуль аль-фікх* (*усуль аль-фікх аль-мугаран*). Якщо перший можна назвати порівняльним фікхом у вузькому сенсі, то другий – порівняльною теорією (і методологією) ісламського права. Як у класичній, так і в сучасній літературі представлені обидві ці галузі знань порівняльного фікху.

По-сьоме, ще однією гілкою сучасної *порівняльної теорії ісламського права* претендує стати *порівняльне вивчення ісламських правових теорій*, причому не в манері, що відображає традиційний підхід, тобто в сенсі принципів і методології виведення правил з основних джерел (сучасним зразком такої праці є, наприклад, книга І. Ніязі “Теорії ісламського права: методологія іджтихаду”<sup>21</sup>), а в сенсі концепції праворозуміння. При цьому в центрі уваги, зокрема, можуть перебувати такі питання, як класифікація ісламських правових теорій, класичні та сучасні теорії ісламського права, центральні фігури правової теорії в історії ісламського права, їх праворозуміння тощо. Останнім часом у літературі з’явилися перші

<sup>20</sup> Аль-Хінн Мустафа Са’їд, *Атхар аль-Іхтілаф фі аль-Кававід аль-Усулія фі Іхтілаф аль-Фукаха* (Му’ассасат аль-Рісала 1972) 9-11.

<sup>21</sup> Nyazee Imran Ahsan Khan, *Theories of Islamic Law: The Methodology of Ijtihad*. Islamabad: International Institute of Islamic Thought (Islamic Research Institute 1994).

спроби створення таких праць. Так, у книзі Дж. Ауде “Магасід аль-Шарі’а як філософія ісламського права: системний підхід” на основі системного підходу та вищих цілей ісламського права (макасід) досліджуються його філософсько-правові теорії, у межах трьох великих розділів дається характеристика класичних і сучасних теорій ісламського права, подається нова класифікація цих теорій<sup>22</sup>. А у книзі А. Емона “Ісламські теорії природного права” автор пропонує перше знайомство з традиціями конкуруючих ісламських теорій природного права для західних читачів, класифікуючи ці теорії, ділить їх на жорсткі й м’які, пояснює основні контрасти із західними традиціями природного права<sup>23</sup>.

М. Хамидуллах, разом із внеском мусульман у розвиток світової науки загалом, розглядає великий внесок юристів у розвиток порівняльного правознавства зокрема<sup>24</sup>. Дійсно, предметно-змістові й методологічні розробки мусульманських юристів у сфері порівняльного вивчення ісламського права в класичному періоді ісламської історії розширюють наші знання про історичні рубежі виникнення порівняльно-правової науки. Як відомо, порівняльно-правові ідеї беруть свій початок ще у Стародавньому світі (достатньо згадати застосування порівняльного методу в “Законах” Платона і “Політиці” Аристотеля) і знайшли відображення в законотворчій практиці і наукових дослідженнях протягом середньовічного періоду в Західній Європі, а появу порівняльного правознавства як науки на Заході прийнято відносити до XIX ст. Однак в історії юридичної науки за кілька століть до цього приклад самостійної порівняльно-правової дисципліни зі своїм конкретним предметом і добре розробленою методологією вперше був представлений саме ісламською юриспруденцією у вигляді порівняльного фікху. Інше питання – відмінність між характером науки, яка існувала в ісламській цивілізації у період між VIII і XVI ст., і сучасної науки в її західноєвропейському розумінні<sup>25</sup>. У будь-якому разі розробка порівняльного фікху була значним внеском мусульманських учених-юристів у становлення порівняльно-правової науки. Накопичений у цій сфері досвід має особливе теоретико-методологічне значення для розвитку порівняльних досліджень систем теоретико-правових ідей, які ще необхідно освоїти.

<sup>22</sup> Auda Jasser, *Maqasid al-Shari'ah as Philosophy of Islamic Law: A Systems Approach* (The International Institute of Islamic Thought 2007).

<sup>23</sup> Emon Anver M, *Islamic Natural Law Theories* (Academ 2010).

<sup>24</sup> Хамидуллах (н 9) 223-4.

<sup>25</sup> Muzaffar Iqbal, *Science and Islam* (Greenwood Press 2007) XVIII; див. також: Turner Howard R, *Science in Medieval Islam* (Texas University Press 1997); Lindberg David C, *The Beginnings of Western Science: The European Scientific Tradition in Philosophical, Religious, and Institutional Context, Prehistory to A.D. 1450* (2nd ed, Chicago University Press 2008); John L Heilbron (ed), *The Oxford Companion to the History of Modern Science* Oxford University Press, 2003); Bruno Leonard C, *The Landmarks of Science* (Facts on File 1989); Huff Toby E, *The Rise of Early Modern Science: Islam, China and the West* (2nd ed, Cambridge University Press 2003).

## REFERENCES

## Bibliography

*Authored books*

1. Abdal K, *Al-Fykkh al-Mukaran* (Dar al-Nafa'is 1997) (in Arabic).
2. Abdurrahman K, *Perbandingan Mazhab* (Sinar Baru 1991) (in Indonesian).
3. Akgündüz A, *Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice* (IUR Press 2010) (in English).
4. Al-Alvani T, *Adab al-Ikhtilaf fil-Islam* (al-Makhad al-Alami lil-Fikr al-Islami 1992) (in Arabic).
5. Al-Ansari, *Akhmad b. Mukhammad Umar. Atkhar Ikhtilaf al-Fikakha fi al-Shari'a* (Maktabat al-Rushd 1996) (in Arabic).
6. Al-Dzhaziri, *Abd al-Rakhman. Kitab al-Fikkh ala al-Mazakhib al-Arba'a* (al-Maktaba al-Tydzharyiia al-Kubra 1931) (in Arabic).
7. al-Karadavi Yu, *Fikkh al-Zakat: Dirasa Mukarana li-Arkamikha va Falsafatikha fi Dau' al-Hur'an va al-Sunna* (Mu'assasat al-Risala 1991) (in Arabic).
8. Al-Khakim, *Al-Saiid Mukhammad Tahi. Al-Usul al-Amma lil-Fikkh al-Mukaran* (Qum 1997) (in Arabic).
9. Al-Khinn M, *Atkhar al-Ikhtilaf fi al-Kava'id al-Usuliiia fi Ikhtilaf al-Fukakha* (Mu'assasat al-Risala 1972) (in Arabic).
10. Al-Khudan M, *Usul al-Fikkh* (Dar Ibn al-Khazm 2003) (in Arabic).
11. al-Khuli Kh, *Abkhas fi al-Fikkh al-Mukaran* (Dar al-Muktabas 2014) (in Arabic).
12. Al'-Namla, *Abd al'-Karim Ibn Ali Ibn Muhammad, Al'-Muhazab fi Ilm Usul' al'-Fikkh al'-Mukaran: Tahrir li-Masa'ilih va Dirasatiha Dirasa Nazariija Tatbigiija* (Maktabat al'-Rushd 1999) (in Arabic).
13. al-Salmi S, *Sharikat al-Mudaraba fi al-Fikkh al-Islami: Dirasa Takhliliia Mukarana* (Markaz Bukhuz al-Dirasat al-Islamiiia 1997) (in Arabic).
14. Al-Zukhaili Sh, *Usul al-Fikkh al-Islami* (Dar al-Fikr 1996) (in Arabic).
15. Auda J, *Maqasid al-Shari'ah as Philosophy of Islamic Law: A Systems Approach* (The International Institute of Islamic Thought 2007) (in English).
16. Basit B, *Mukhadarat fi al-Fikkh al-Mukaran* (Dar al-Salam 1999) (in Arabic).
17. Bisri, *Model Penelitian Fiqh: Paradigma Penelitian Fiqh dan Fiqh Penelitian* (Kencana 2003) (in Indonesian).
18. Bruno L, *The Landmarks of Science* (Facts on File 1989) (in English).
19. Emon A, *Islamic Natural Law Theories* (Academ 2010) (in English).
20. Hallaq W, *A History of Islamic Legal Theories* (1997) (in English).
21. Hasan M, *Perbandingan Mazhab Fiqh* (PT Raja Grafi ndo Persada 1997) (in Indonesian).
22. Hasbiyallah M, *Perbandingan Madzhab* (UIN Syarif Hidayatullah 2013) (in Indonesian).
23. Huff T, *The Rise of Early Modern Science: Islam, China and the West* (2nd ed, Cambridge University Press 2003) (in English).
24. Ibrahim M, *Pengantar Fiqh Muqaranah* (Erlangga 1991) (in Indonesian).
25. Kamali M, *Principles of Islamic Jurisprudence* (Islamic Texts Society 1991) (in English).
26. —, *Shari'ah Law: an Introduction* (Oneworld Publications 2008) (in English).
27. Karaman H, *Mukayeseli Islam Hukuku* (Karaman Publications 1974) (in Turkish).
28. Khan M, *The Schools of Islamic Jurisprudence: A Comparative Study* (3rd ed, Kitab Bhavan, 2001) (in English).
29. Khatib Kh, *Al-Fikkh al-Mukaran* (Matbaat Dar al-Ta'lif 1957) (in Arabic).
30. Khatib Kh, *Al-Fikkh al-Mukaran: Al-Madkhal ila al-Fikkh al-Mukaran: Bukhus Fikkhiia lil-Dirasa al-Mukaran* (Al-Khaira al-Misriia al-Amma lil-Kitab 1991) (in Arabic).



31. Lindberg D, *The Beginnings of Western Science: The European Scientific Tradition in Philosophical, Religious, and Institutional Context, Prehistory to A.D. 1450* (2nd ed, Chicago University Press 2008) (in English).
32. Medkur M, *Usul al-Fikkh al-Islami* (Dar al-Nakhzakh al-Arabiiia 1976) (in Arabic).
33. Mukniia M, *Al-Fikkh aid al-Mazakhib al-Khamsa* (1982) (in Arabic).
34. Muzaffar I, *Science and Islam* (Greenwood Press 2007) (in English).
35. Nyazee I, *Theories of Islamic Law: The Methodology of Ijtihad. Islamabad: International Institute of Islamic Thought* (Islamic Research Institute 1994) (in English).
36. Romli S, *Muqaranah Mazahib fil-Usul* (Gaya Media Pratama 1999) (in Indonesian).
37. Samara M, *Dirasat fi al-Fikkh al-Mukaran* (al-Dar al-'Ilmiikh al-Duvaliikh 2002) (in Arabic).
38. Turner H, *Science in Medieval Islam* (Texas University Press 1997) (in English).
39. Yanggo H, *Pengantar Perbandingan Mazhab* (Logos 1997) (in Indonesian).
40. Zaidan K, *Al-Vadzhiz fi Usul al-Fikkh* (al-Risalah 1996) (in Arabic).
41. Aristotel', *Sochinenija [Works]: t 1: Metafizika [Metaphysics]* (Mysl 1976) (in Russian).
42. Hamidullah M, *Islam [Islam]* (SAD 2008) (in Russian).
43. Rozanov V, *O ponimani: opyt issledovanija prirody, granic i vnutrennego stroenija nauki kak cel'nogo znaniya [About Understanding: the Experience of Studying the Nature, Boundaries and Internal Structure of Science as a Whole Knowledge]* (Tanais 1996) (in Russian).

*Edited and translated books*

44. Al-Dihlawi S, *Difference Of Opinion In Fiqh* (trans Ta-Ha Publisher 2003) (in English).
45. Al-Uthaymeen M, *Difference of Opinion Amongst the Scholars – Their Causes and Our Position Towards Them* (trans Al-Hidaayah Publishing 2007) (in English).
46. Heilbron J (ed), *The Oxford Companion to the History of Modern Science* (Oxford University Press 2003) (in English).
47. Ibn Khaldun, *The Muqaddimah: An Introduction to History* (trans, Princeton University Press 1980) (in English).
48. Khallaf W, *Les Fondements du Droit Musulman* (trans, Al-Qalam 1997) (in French).
49. Masud M, 'Ikhtilaf al-Fuqaha: Diversity in Fiqh as a Social Construction' in Zainah Anwar Musawah (ed), *Wanted: Equality and Justice in the Muslim Family* (Sisters in Islam 2006) (in English).
50. Filips B, 'Jevolucija fikha' ['Evolution of Fiqh'] v *Islamskij zakon i Mazhaby [Islamic Law and Madhhabs]* (per Ansar Faundejshn 2001) (in Russian).

*Journal articles*

51. Akgündüz A, 'Karahanların Büyük Hukukçusu Ebu Zeyd Debbusi ve Mezheblerarası Mukayeseli Hukuka Te'sirleri' [1989] 2(2) Selcuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-108 (in Turkish).
52. Bakar M, 'A Comparative Study of Islamic Legal Theory (Usul al-Fiqh al-Muqaran)' [1995-1996] 5(I-II) İİUM Law Journal 51-67 (in English).

COMPARATIVE FIQH:  
SUBSTANTIVE CHARACTERIZATION

**ABSTRACT.** The article traces how comparative Fiqh has been formed and, by analyzing the relevant literature, reveals classical as well as modern traditions of comparative Fiqh, and gives a substantive characterization of this discipline identifying its essential elements and features.

In particular, the author establishes that comparative Fiqh covers only comparative investigations into the intra-Islamic traditions of law and legal thought, and comprises a comparative study of Islamic law schools (Madhabs) and the views of their representatives both at the macro level and at the micro level. At the macro level, comparison is focused on texts, systems of ideas of different Madhabs with the aim of determining their fundamental characteristics, and at the level of microcomparison – on texts, systems of ideas of individual legal scholars who represent Madhabs to understand their views on one and the same issue. Comparative Fiqh should focus on both similarities and differences between judgments, opinions and testimonies accepted by Madhabs in general or by their representatives in particular. A comparative study of Fiqh, just like Fiqh proper, consists of two branches which explore the relevant parts of Fiqh: 1) comparative Furu Al-Fiqh (Furu Al-Fiqh Al-Muqaran) and 2) comparative Usul Al-Fiqh (Usul Al-Fiqh Al-Muqaran). While the first one may be referred to as comparative Fiqh in the narrow sense, the second one – as a comparative theory (and methodology) of Islamic law. These branches of comparative Fiqh knowledge are represented in both classical and modern literature. Another branch of the modern comparative theory of Islamic law claims to be a comparative study of Islamic legal theories, and not in the sense of principles and methodology of deriving rulings from the main sources, but in terms of understanding the concept of law.

The author maintains that the development of comparative Fiqh has made a significant contribution to the establishment of the comparative law science of Muslim legal scholars, whose accumulated experience has a special theoretical and methodological significance for the development of comparative studies into the systems of theoretical law ideas at the present stage.

**KEYWORDS:** comparative jurisprudence; Islamic law; comparative Islamic law; comparative Fiqh; Al-Fiqh Al-Muqaran.

## II. Правові системи та їх взаємодія як предмет порівняльного правознавства

DOI: 10.33498/opus-2019-03-107



### Олексій Кресін

доктор юридичних наук, доцент,  
старший науковий співробітник,  
член-кореспондент Міжнародної академії  
порівняльного права,  
керівник Центру порівняльного правознавства  
Інституту держави і права  
імені В. М. Корецького НАН України  
(м. Київ, Україна)  
okresin@gmail.com

УДК 340.5

### ОСОБЛИВЕ В ПРАВІ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОПОРЯДКІВ У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ XVIII – ПЕРШІЙ ТРЕТИНІ XIX ст. (ДО ПИТАННЯ ПРО ГЕНЕЗИС ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВОЇ КАРТИНИ СВІТУ)\*

Анотація. Протягом останніх десятиліть було поставлене питання щодо узагальнення й осмислення елементів спеціальнонаукової картини світу, притаманної порівняльно-правовим дослідженням і дисциплінам. Проблемою в цьому контексті стало уявне відокремлення філософських засад порівняльно-правових досліджень та сформованої на їхній основі класифікації правопорядків.

Метою статті є реконструкція зв'язку між філософськими вченнями, розвитком філософії та теорії різних наук і становленням учення про особливе в праві в контексті становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, зокрема, генезою порівняльно-правової наукової картини світу.

У статті доводиться, що поява ідеї соціального особливого в праві була закономірною, такою, що впливала із суперечності між апіорним проголошенням всесвітньої стадіальності правового розвитку і вивченням конкретних механізмів взаємодії правових систем. Багато в чому ця ідея була побічним продуктом, по-перше, усвідомлення неуніверсальності значення і реального поширення релігійних учень та римського права, по-друге, регіональності, культурної та іншої обумовленості ідей природного права, по-третє, намагання визначити межі етнокультурних традицій народів, що не збігаються із кордонами держав, по-четверте, виявлення нерівноцінних зв'язків між різними національними правопорядками.

\* Матеріали статті були частково опубліковані у книзі автора: *Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація* (Інститут держави і права ім В М Корецького НАН України; Логос 2017).

© Олексій Кресін, 2019

Олексій Кресін

У другій половині XVIII – першій третині XIX ст. було розвинуто теорію сім'ї правових систем як середньої і максимальної об'єктивної одиниці між національним правопорядком та загальнолюдським правовим розвитком, що є внутрішньо пов'язаним феноменом, існування якого матеріалізується у вигляді особливих іманентних елементів у складі національного права. Це особливе в праві, згідно з поглядами тогочасних учених, можна визначити як суму суттєвих елементів і взаємодій, що склалися історично і є загальними для певної групи правопорядків. Це найвища одиниця правового розвитку і найширший об'єкт юридичної науки; узагальнення ж більш високого рівня є суб'єктивними і входять до предмета філософії. Проблематика правових сімей та їх класифікації у досліджуваній період низкою вчених уже була виокремлена як сфера наукових знань.

Найбільш розробленим критерієм виокремлення особливого в праві був мовно-культурний. Окрім нього в основу визначення окремого в праві деякими вченими були покладені: фізико-географічний детермінізм, ареали поширення релігій, належність до римської правової традиції, поділ на західне і східне право. Доводиться, що ці теорії виявили свою непослідовність, а також субсидіарність щодо теорії правових сімей.

Ключові слова: порівняльне правознавство; порівняльно-правові дослідження; наукова картина світу; правова сім'я; класифікація правових систем.

Протягом останніх десятиліть було поставлене питання щодо узагальнення й осмислення елементів спеціальнонаукової картини світу, притаманної порівняльно-правовим дослідженням і дисциплінам. Проблемою в цьому контексті стало уявне відокремлення філософських засад порівняльно-правових досліджень та сформованої на їхній основі класифікації правопорядків.

Метою дослідження є реконструкція зв'язку між філософськими вченнями, розвитком філософії та теорії різних наук і становленням учення про особливе в праві в контексті становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, зокрема, генезою порівняльно-правової наукової картини світу.

Концепт “наукова картина світу” належить до давно визнаних, широко використовується і досліджується у низці наук. О. Петришин відносить наукову картину світу до типів сприйняття навколишнього середовища, що формуються на кожному етапі розвитку суспільства й науки. Вона визначає розвиток методології як ‘поступ пізнавальних можливостей людини та суспільства’<sup>1</sup>. Також виокремлюють загальнонаукову, соціально-історичну, природнонаукову, спеціальні (дисциплінарні, окремонаукові) картини світу. Наявність такої спеціальної картини свідчить про узагальнене бачення предмета дослідження, конституювання певної галузі наукового знання у вигляді окремої науки.

www.pravoia.com.ua

<sup>1</sup> О. Петришин, ‘Проблеми соціалізації права та соціологізації правової науки’ (2011) 8 Право України 135.

До наукової картини світу входять уявлення про ‘фундаментальні об’єкти, з яких припускаються побудованими всі інші об’єкти, що вивчаються відповідною наукою’, типологію об’єктів, особливості їх взаємодії, просторово-часову структуру реальності<sup>2</sup>. При цьому наукова картина світу може бути як цілісною, так і виражатися у формі конкуруючих уявлень, що, утім, мають єдині теоретичні засади, конвенційні за своїм характером<sup>3</sup>.

Появу спеціально-наукових картин світу дослідники пов’язують зі становленням дисциплінарно організованої науки наприкінці XVIII – у першій половині XIX ст. Теоретично це було осмислене щодо біології та порівняльного мовознавства братами О. і В. Гумбольдтами, а І. Кант емансипував і виокремив не-механічну сферу наук про дух (гуманітарних і суспільних) від природознавства.

Зокрема, В. Гумбольд у праці “Про порівняльне вивчення мов стосовно різних епох їх розвитку” (1820 р.) запропонував не до кінця розмежовані вчення про мовну картину світу і наукову картину світу мовознавства<sup>4</sup>. У цьому теоретичному комплексі можна чітко виокремити ідеї щодо: національності мов (і неможливості загальносвітової мови), історичності та обумовленості їх розвитку духовно-соціальними чинниками, процесів взаємодії мов (диференціації, змішання тощо), класифікації мов (ідея мовних сімей – за аналогією з сімействами рослин – як особливого у мовному розвитку, між індивідуальним та загальним), загальносвітового мовного розвитку як суми еволюції та взаємодії всіх мов, порівняння як методу побудови не лише порівняльного, а й історичного мовознавства<sup>5</sup>. Щодо мовної сім’ї В. Гумбольд зазначав:

Форма окремих генетично споріднених мов має перебувати у відповідності до форми всього сімейства. У них не може бути того, що було б незгідно із загальною формою; більше того, кожна їхня особливість, як правило, тим чи іншим чином обумовлюється цією загальною формою. У кожному сімействі існують мови, які чистіше і повніше за інші зберегли первинну форму<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> В Степин, ‘Научная картина мира’ в Касавин И (гл ред), *Энциклопедия эпистемологии и философии науки* (Канон+, РООИ “Реабилитация”, 2009) 581.

<sup>3</sup> Л Микешина, ‘Научная картина мира как мировоззренческая форма знания’ в Дышлевый П и Лукьянец В (отв ред), *Научная картина мира: логико-гносеологический аспект: сборник научных трудов* (Наукова думка 1983) 63.

<sup>4</sup> В Гумбольдт, ‘О сравнительном изучении языков применительно к различным эпохам их развития’ в Звегинцев В, *История языкознания XIX – XX веков в очерках и извлечениях, ч I* (Просвещение 1964) 91, 101.

<sup>5</sup> Там само 75-9, 81, 83, 87, 91, 94-5.

<sup>6</sup> Там само 95.

Але й ці висновки стали лише теоретичним узагальненням більш ранніх досліджень. Слід зазначити, що ще професор Лейденського університету Ж. Ю. Скалігер (1540–1609 рр.) у праці “*Opuscula varia*”, виданій у 1610 р., класифікував європейські мови на одинадцять мовних сімей: чотири великі (приблизно – романська, грецька, германська і слов'янська) і сім малих. Його учень – голландський учений І. де Лаат (1581–1649 рр.) запропонував правила порівняльного мовознавства, що передбачали класифікацію мов на сім'ї. Як зазначає Р. Бод, теорія порівняльного мовознавства активно розвивалася у XVIII ст., засновник компаративістики В. Джонс (174–1794 рр.) виступив з ідеєю праіндоєвропейського походження європейських мов, а Й.-Г. Гердер, Ж.-Ж. Руссо та інші вчені взяли участь у дискусії навколо цього питання<sup>7</sup>.

Найважливішим проявом порівняльно-правового мислення вчених-юристів, незалежно від його втілення в тій чи іншій науковій дисципліні, у другій половині XVIII – першій третині XIX ст. стало формування на тлі банкрутства універсалістських правових ідеологій того часу неметафізичної наукової картини світу – окремого, особливого і загального в правовому розвитку. Основою цієї наукової картини стала концептуалізація правової карти світу, що формується виключно з національно-державних правопорядків як окремих одиниць, територіальних і тотальних за своїм охопленням, визнання вченими неминучості національного різноманіття та нетотальності, нетрансцендентності, нематеріальності, процесуального та іманентного характеру соціального загального в праві.

Зокрема, в основі формування класифікацій правових систем лежали теоретичні пошуки вчених щодо особливого в праві. Деякі філософи наприкінці XVIII – на початку XIX ст. виступили з критикою праць І. Канта “критичного” періоду, заперечуючи ідею чистого розуму на підставі пов'язаності мислення й мови, неможливості універсальної поза-мовної структури мислення. Зокрема, Й.-Г. Гердер у праці “Розсуд і досвід. Метакритика критики чистого розуму” (1799 р.) та Й. Гаман у “Метакритиці про пуризм чистого розуму” (1800 р.) стверджували неможливість існування розуму поза досвідом, а також залежність категорій мислення від мови<sup>8</sup>. Таку ж думку, але з огляду на інші позиції, формулювали на початку XIX ст. традиціоналісти Ж. де Местр, Л. де Бональд і Г. де Ля Мене: ‘Припускаючи, що мислення залежить від мови, вони робили висновок, що початково закладені в мові структури позначаються й на мисленні’<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Р. Бод, *Забуті науки. Історія гуманітарних наук* (Я. Довгополов пер, Видавництво Жупанського 2016) 154, 181-2.

<sup>8</sup> В. Рьод, *Шлях філософії: з XVII по XIX століття* (В. Терлецький та О. Ведров пер, Дух і Літера 2009) 207, 209.

<sup>9</sup> Цит. за: Там само 138.

Г. Гегель у 1802 р. писав про те, що кожний народ є частиною ширшої “цілісності народів”, при цьому однозначно вказуючи на множину останніх<sup>10</sup>. А П. Фейєрбах у 1810 р. вказував на культурно споріднені та віддалені нації<sup>11</sup>. Пізніше він і Е. Ганс писали про обмеженість ідеї природного права та філософії, що відображають природно-кліматичні умови, тип господарства та модель мислення певного кола народів у певному регіоні<sup>12</sup>. І Ф. Савінії, і А. Тібо в контексті дискусії 1810–1817 рр. запропонували, хоча й не розвинули докладно, ідею щодо існування соціального особливого в праві – середнього елемента між соціальним окремим і соціальним загальним – ідею правових систем римсько-германського типу.

У “Філософії права” Г. Гегель, розмірковуючи про сутність міжнародного права, визначив союзи держав як особливе у світовому правовому розвитку – поряд із загальним та окремим, вид – поряд із родом і одиничним<sup>13</sup>. Він відзначав можливість об’єктивації особливого – міжнародного союзу держав, який можна назвати сім’єю і розглядати як індивіда (так само, як індивідами є окремі народи), при цьому зазначаючи, що виникнення однієї такої сім’ї викличе й формування інших (‘створити протилежність і породити ворога’)<sup>14</sup>. На думку Г. Гегеля, у грецькій та германській епохах (‘всесвітньо-історичних царствах’) – на відміну від римської, де ‘індивідуальності окремих народів гинуть у єдності пантеону’ – ціле ‘розпадається на кола особливих народних духів’<sup>15</sup>. Отже, вчений стверджував історичність і подальшу можливість існування сталих груп народів і, відповідно, національних правопорядків, чи не вперше назвав таку сукупність особливим у правовому розвитку і пропонував розглядати її як внутрішньо пов’язаний феномен. Зазначимо, що у виданій того ж року “Юридичній енциклопедії” Н. Фальк стверджував про існування у національних правопорядках не лише окремого та загального, а й особливого<sup>16</sup>.

Більше того, це відповідало загальній філософії Г. Гегеля. Він вважав особливе моментом розвитку будь-якого поняття, поряд з одиничним і загальним, а перехід від одиничного до особливого й загального унаоч-

<sup>10</sup> Г Гегель, *О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве* (Наука 1978) 267-8.

<sup>11</sup> П Фейєрбах, ‘Погляд на німецьке правознавство’ (2011) 2 Порівняльно-правові дослідження 15.

<sup>12</sup> П Фейєрбах, ‘Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство’ (2012) 1-2 Порівняльно-правові дослідження 13-4, 21; Э Ганс, ‘Предисловие к работе “Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права”’ в Кресін О (ред), *Філософія порівняльного правознавства: збірник наукових праць* (Ліга-прес 2015) 76-7.

<sup>13</sup> Г Гегель, *Основи філософії права, або Природне право і державознавство* (Юніверс 2000) 218.

<sup>14</sup> Там само 283.

<sup>15</sup> Там само 296-8.

<sup>16</sup> Н Фальк, ‘Различия в праве и сравнительное правоведение’ в Кресін О та Савчин М (упоряд), *Сучасні проблеми порівняльного правознавства: збірник наукових праць* (Говерла 2015) 197.

нював як відношення між індивідом, видом і родом<sup>17</sup>. Поняття про особливе відповідає судженню та умовиводу рефлексії в гегелівській логіці, що виводяться із судження та умовиводу наявного буття<sup>18</sup>. Водночас це відповідає другому ступеню об'єктивності у Г. Гегеля – хімізму. Якщо на першому ступені, механічному, об'єкти відносяться до інших об'єктів як до чогось зовнішнього, хоча й взаємодіють з ними, то на другому, хімічному ступені виявляється 'внутрішня спорідненість об'єктів – їх органічний зв'язок', а також вони починають співвідноситися між собою. Третій ступінь об'єктивності, телеологічний, суттєво відрізняється від перших двох, адже передбачає залучення, окрім об'єктів, також суб'єкта<sup>19</sup>. Отже, для Г. Гегеля особливе є результатом взаємодії окремих і максимальним рівнем об'єктивного світу, подолати який можна лише суб'єктивно.

Г. Пухта в "Енциклопедії права" зазначав, що юридична наука, на відміну від філософії, розглядає не загальний зв'язок національних правопорядків, а "особливий зв'язок", що здійснюється через 'перехід одного права в інше', рецепцію права одного народу іншим; при цьому (знов-таки, на відміну від філософії) національні правопорядки не втрачають своїх якостей як відносно ізольованого "організму"<sup>20</sup>. Зв'язок ("духовний обіг") у межах міжнаціональних правових спільностей є правовим і конкретним, а не філософським чи метафізичним<sup>21</sup>. Важливо, що вчений наголошує на відсутності одиниці в правовому розвитку, вищої за сім'ю народів<sup>22</sup>.

В основі *ідеї правової сім'ї* лежав мовно-культурний критерій класифікації національних правопорядків (мовної спільності, мовної спорідненості, генеалогії мов, класифікації мов), докладно розроблений у досліджуваній період. Д. Келлі зазначав, що для геттінгенських учених, і насамперед Й. Пюттера, був характерний постійний пошук автохтонної германської традиції в праві, яку слід було очистити від іноземних запозичень<sup>23</sup>. На думку Й. Пюттера, право вкорінене в звичаєвій конституції не лише окремого народу, а й групи народів, а також пов'язане з природно-кліматичними умовами<sup>24</sup>.

Й. Пюттер у "Новому досвіді юридичної енциклопедії та методології" запропонував класифікацію європейських народів на групи і навіть присвятив цьому окремий підрозділ своєї праці. По-перше, він поділяв європейські країни на північно-східні та південно-західні, республіки і мо-

<sup>17</sup> А Дворцов, *Гегель: жизнь, деятельность, учение* (Наука 1972) 110.

<sup>18</sup> Там само 111.

<sup>19</sup> Цит. і виклад за: Там само 113.

<sup>20</sup> Г Пухта, *Энциклопедия права* (Типография Г Фальк 1872) 90-1.

<sup>21</sup> Там само 97-8.

<sup>22</sup> Там само 23.

<sup>23</sup> Д Келлі, *Людський вимір буття: Суспільна думка в західній правовій традиції* (Бахва 2002) 232.

<sup>24</sup> Там само.



нархії, спадкові та виборні, католицькі та протестантські, змішані тощо. По-друге, європейські народи поділялися за походженням – німецьким чи слов'янським<sup>25</sup>. При цьому вчений писав про сім'ї держав (і тут же – народів), в основі яких лежить одне “корінне” право, а спорідненість у їх межах має й надалі зберігатися<sup>26</sup>. Водночас він визнавав, що в процесі розвитку груп народів і держав їх правопорядки можуть стати змішаними, причому запозичені елементи можуть стати принципово важливими для збереження єдності сім'ї народів (римське і канонічне право у германців) і повинні бути узгоджені між собою<sup>27</sup>.

І. Кант у “Вічному мирі” як на одне з джерел подібності у розвитку національних правопорядків вказував на етнокультурну спорідненість<sup>28</sup>, а Й.Г. Гердер – на історичне існування груп народів (“родів”), що споріднені у мовному відношенні, способом мислення та побутом, і діляться в результаті конфліктів<sup>29</sup>. Також він вказував на існування літератури про спорідненість народів<sup>30</sup>, а П. Фейєрбах у “Погляді на німецьке правознавство” згадував про ‘поодинокі, частково давно забуті розвідки так званих германістів’<sup>31</sup>.

Т. Чацький виокремлював слов'янське, готське/північне (скандинавське), германське “покоління” народів<sup>32</sup>. В основі покоління, припускав учений, може бути походження від одного народу та єдине, так би мовити, першоправо. Для покоління властивий спільний дух і відчуття побратимства<sup>33</sup>. І. Тимковський у 1808 р. писав про спорідненість окремих народів за походженням (від одного племені), мовою та релігією, що значною мірою впливає на розвиток права у межах відповідних груп правопорядків<sup>34</sup>.

П. Фейєрбах у 1810 р. стверджував можливість пояснення права однієї країни (Німеччини) за допомогою права іншої країни (Франції) – зважаючи на спільне германське походження двох народів<sup>35</sup>. У своїй пізнішій

<sup>25</sup> J. Pütter, *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie* (Reprint bei Olms, Hildesheim 1998) 28.

<sup>26</sup> Там само 93.

<sup>27</sup> Там само 95-6.

<sup>28</sup> І Кант, *Вечный мир. Философский очерк* (Типография Т-ва И Д Сытина 1905) 34, 40.

<sup>29</sup> Й Гердер, ‘Мова і національна індивідуальність’ в *Націоналізм: Антологія* (Смолоскип 2000) 39, 41.

<sup>30</sup> Там само 39.

<sup>31</sup> Фейєрбах (н 11) 15.

<sup>32</sup> T. Czacki, *O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszej Statucie dla Litwy 1529 r. wydaniem, t I* (Drukarnia J C G Ragozkiego 1800) VII, 5, 19; T. Czacki, *Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich? I czy z północnymi narodami mieliśmy wiele wspólnych praw i zwyczajów? Rozprawa czytana w Krzemieńcu na otwarciu roku szkolnego 1808 w Gimnazjum Wołyńskim* (Wilno: u J Zawadzkiego 1809) 77, 95.

<sup>33</sup> Czacki (n 32) 7.

<sup>34</sup> І Тимковський, ‘О применении знаний к состоянию и цели государства’ в *Речи, говоренные в торжественном годовом собрании Императорского Харьковского ун-та, бывшем 17 января 1808 года* (Университетская типография 1808) 22-3.

<sup>35</sup> Фейєрбах (н 11) 15.

праці “Ідея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство” він стверджував, що кожний окремих народ і його правопорядок існує не сам по собі, а лише в рамках або в зв’язку з природно посталою системою народів і для людства є чимось значущим лише як частина цього цілого<sup>36</sup>, щоправда, не уточнюючи, чи ціле – це група народів чи всі народи загалом. Але далі він вказував, що народи з їх правопорядками пов’язані між собою, як гілки дерев спільним стовбуром і корінням, а дерева мають видові та родові ознаки, й усі види та підвиди разом становлять ціле<sup>37</sup>.

К. Міттермайер у “Вступі до вивчення історії германського права” визнав змішаність германського права і складність (хоча й бажаність) повернення до його первинної чистоти<sup>38</sup>. Характеру германського права він присвятив цілий розділ цієї праці<sup>39</sup>. Серед шляхів утворення міжнаціональних правових спільностей учений назвав міграції народів, колонізацію або “окультурення” державою чи народом інших народів (приклад – римляни та частина сучасних народів, серед яких К. Міттермайер безпосередньо натякав на французів), а також фактично вказав інший, природний/органічний шлях – саморозвиток народу і його поступовий поділ на кілька народів (германці)<sup>40</sup>. У першій групі народів, виділеної вченим (умовно назвемо їх романськими), право за змістом є більш абстрактним й апріорним, а його основним джерелом є кодифіковане законодавство. У другій ж, германській, групі право є більш фрагментарним і казуальним (що впливає з конкретних правовідносин), а його джерела різні – законодавство, звичай, судова практика<sup>41</sup>. Говорячи про “систему германського права”, К. Міттермайер, згідно з контекстом, однозначно стверджує цілісність його внутрішньої структури як типу (вона пізнається аналітично), а не єдиного наднаціонального правопорядку<sup>42</sup>.

У праці “Про покликання наше до законодавства і правознавства” 1814 р. Ф. Савіньї вказував на важливість державної єдності (“центру” і “локалізації”) в минулому для формування єдиного права народів певної етномовної спільності<sup>43</sup>. У 1814–1816 рр. та пізніше він вказував на необхідність порівняльного вивчення німецького права у колі права германських народів, чітко наголошував на германських народах

<sup>36</sup> Фейербах (н 12) 11-2.

<sup>37</sup> Там само 12.

<sup>38</sup> C Mittermaier, *Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts* (bei Joseph Thomann, 1812) 3, 5-6, 10, 12, 78.

<sup>39</sup> Там само 57.

<sup>40</sup> Там само 60-1, 63-4, 73.

<sup>41</sup> Там само 64-5.

<sup>42</sup> Там само 65-7.

<sup>43</sup> Ф Савиньи, *Система современного римского права*, т 1 (Статут 2011) 146.

(“племенах”) у множині – вони різні, але міцно споріднені<sup>44</sup>. А германське право ширше за кордони Німеччини: ‘Слід розуміти, що германське право в науковому сенсі жодним чином не слід обмежувати тим, що діє в самій Німеччині, але більшою мірою охоплює всі германські племена’<sup>45</sup>. Можемо погодитися з О. Бео в тому, що у працях Ф. Савіньї присутня ‘ієрархізована опозиція між німецькою нацією і германськими племенами’, в якій все німецьке, включно з правом, є вищим і водночас вужчим за все германське<sup>46</sup>. Ф. Савіньї виділяв принаймні ще дві між-національні правові спільності – ‘християнські європейські народи негерманського коріння’ (під якими розумів насамперед слов’ян) і східні народи, з яких перші, хоч і мають інше походження, але за своїм станом ближчі до германців<sup>47</sup>.

Українсько-польський учений І. Раковецький у працях “Про цивільний стан давніх слов’ян” і “Правда Руська або права великого князя Ярослава Володимировича” зазначав, що на ідею дослідження духу слов’янського права його надихнула праця Й.-Г. Гердера “Ідеї до філософії історії людства”, в якій, зокрема, вказувалося на існування єдиного “слов’янського народу”<sup>48</sup>. Він виокремлював різні “покоління” (коліна)/“згромадження”/“кола”/“побратимства” народів (слов’яни, готи/скандинави, німці/германці, англо-саксони, східні народи), об’єднані походженням від єдиного народу, єдиною мовою (або генетичним зв’язком з єдиною мовою) та спільною батьківщиною, а також відчуттям близькості й приязні<sup>49</sup>. І. Раковецький писав про особливий дух і характер слов’ян, що збереглися попри їх поділ; зокрема, вони є народами вільними і прихильними до республіканської форми правління<sup>50</sup>. Кожне покоління має своє історичне призначення. Для кожного покоління характерна нерозривна єдність релігії, звичаїв, мови та права, а також суспільного розвитку<sup>51</sup>. Учений, слідом за В. Ганкою, припускає існування, так би мовити, першоправа – єдиного давнього слов’янського кодексу<sup>52</sup>.

<sup>44</sup> F Savigny, ‘Stimmen für und wider neue Gesetzbücher’ in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1817) 8-9; Савіньї (н 43) 131-3.

<sup>45</sup> Цит. за: Н Асламов, ‘Философия истории немецкой исторической школы права’ (дисс канд филос наук, 2012).

<sup>46</sup> O Beaud, ‘L’Essai contre la codification ou le refus d’un droit uniforme pour l’Allemagne tout entière. Considérations sur l’impensé “territorial” dans la pensée juridique de Savigny’ (2009) 1 *Annuaire de l’Institut Michel Villey* 27.

<sup>47</sup> Ганс (н 12) 88; Асламов (н 45).

<sup>48</sup> I Rakowiecki, *Prawda ruska: czyli prawa wielkiego księcia Jarosława Władymirowicza, t I* (Drukarnia XX Piłarow 1820) 246.

<sup>49</sup> I Rakowiecki, *O stanie cywilnym dawnych słowian. Rzech czytana na publiczném posiedzeniu Towarzystwa Królewskiego Warszawskiego Przyjaciół Nauk dnia 3 Maia 1820 roku* (1820) 2-3, 6; Rakowiecki (н 48) I, II, VII, 4, 81-2, 128, 135; I Rakowiecki, *Prawda Ruska: czyli prawda wielkiego księcia Jarosława Władymirowicza, t II* (Drukarnia XX Piłarów 1822) 245-6, 312-3, 316.

<sup>50</sup> Rakowiecki (н 48) I, II, VIII, 81-2, 130, 227, 242, 245, 253.

<sup>51</sup> Rakowiecki (н 49) 3, 15-6; Rakowiecki (н 48) 227, 315.

<sup>52</sup> Rakowiecki (н 48) 242-3.

Ці покоління виступають у його праці як природні вороги, запозичення в праві між ними оцінюються негативно, але визнається історичний вплив готського (скандинавського) права на вже сформоване слов'янське право (германський/“німецький” вплив заперечується), і навпаки – вплив слов'янського права на готське й англосаксонське<sup>53</sup>.

Покоління в певний історичний час діляться на відгалуження – народи або менші групи народів (теж покоління), як і мови на діалекти<sup>54</sup>. Причинами цього можуть бути географічна роз'єднаність, що породжує суттєві відмінності в потребах (очевидно, в господарстві, побуті, політичних відносинах) та антропологічні відмінності, підкорення іншими народами, змішання з іншими народами, вплив інших народів; мова та культура одних народів можуть виявляти більшу чистоту, а інших – бути змішаними<sup>55</sup>. Зокрема, серед слов'янських народів сформувалася східнослов'янська (слов'яно-руська) та західнослов'янська групи, права яких теж мають особливий дух, але відповідний загальнослов'янському духу; при цьому характери можуть бути відмінні<sup>56</sup>. За допомогою знання культури народу та його генеалогії можна зрозуміти культури всіх народів відповідного покоління<sup>57</sup>.

Е. Ганс у передмові до свого “Спадкового права у всесвітньо-історичному розвитку. Праця з універсальної історії права” (1823 р.) виділяв східне, грецьке, римське і германське право<sup>58</sup>. У самому тексті першого тому праці (1824 р.) він виокремив до-римські правопорядки: східне право (до якого відніс індійське, китайське, іудейсько-талмудичне, мусульманське), а також аттичне (давньогрецьке). Але у другому томі (1825 р.) вчений розглядав римське право як продовження грецького. У третьому томі (1829 р.) Е. Ганс виділяє “право Середньовіччя”, а в його межах – канонічне і романське (Італія, Іспанія і Португалія) право, у четвертому томі (1835 р.) також серед середньовічних правопорядків він виокремлює романо-германське (Франція), германо-романське (Англія, Шотландія), скандинавське (Ісландія, Норвегія, Данія, Швеція) право. У п'ятому і шостому томах мали бути розглянуті, відповідно, германське і слов'янське право протягом Середніх віків<sup>59</sup>. А в передмові Г. Гегеля до праці

<sup>53</sup> Rakowiecki (n 49) 128, 133, 135, 228, 244, 252-3.

<sup>54</sup> Rakowiecki (n 49) 15; Rakowiecki (n 48) VII, 81-2.

<sup>55</sup> Rakowiecki (n 48) 81-3; Rakowiecki (n 49) 187-8, 254, 313, 315.

<sup>56</sup> Rakowiecki (n 49) 15, 188, 243; Rakowiecki (n 48) IX, 128-9, 139, 198, 243.

<sup>57</sup> Rakowiecki (n 48) 84; Rakowiecki (n 49) 243, 245.

<sup>58</sup> Ганс (n 12) 96-7 та ін.

<sup>59</sup> В Эмих, ‘Эдуард Ганс о праве, его происхождении и развитии’ в Кресін О та Ситар І (ред), *Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: збірник наукових праць* (Ліга-прес 2015) 314-5; Х Монгаупт, ‘Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса’ [2015] 15(4) Научный ежегодник Ин-та философии и права УрО РАН 108-9.

“Лекції з філософії історії” Е. Ганс вказував на “великі групи народів”, в основі яких лежать різні думки (способи мислення)<sup>60</sup>.

Г. Пухта в “Енциклопедії права” відзначав, що при розпаді народу на кілька народів (племен, гілок) останні зберігають спорідненість між собою, зокрема у мові та праві, мисленні, хоча кожний розвивається окремо; відмінності між ними вчений визначав як “провінціалізми”, а відносини – як єдність, в якій кожний має свою партикулярність, а також як відношення роду і виду<sup>61</sup>.

К. Цахарія у статті “Про призначення ‘Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн’” вказував на існування в Середньовіччі єдиного культурного простору народів германського походження, а також стверджував існування “загального германського права”<sup>62</sup>. Він називав усі держави германського походження (розглянуті Іспанія, Португалія, Франція, Нідерланди, Англія, Данія, Швеція, Норвегія, німецькі держави, Австрія, Швейцарія, Італія) єдиною “великою сім’єю”<sup>63</sup>.

На думку вченого, германське право є єдиним феноменом, а тому, наприклад, за допомогою права країн, що більшою мірою зберегли цей первинний елемент, можна пояснити засади права всіх германських держав. Розвиток германських народів, зокрема і їхнього права, К. Цахарія порівнював з деревом, гілки якого пов’язані зв’язками споріднення. Але разом із самостійним розвитком законодавства цих країн ‘загальне германське право втрачає дедалі більше території, на яку раніше поширювалася його дія’<sup>64</sup>.

У межах германської правової сім’ї К. Цахарія виділяв також менші групи національних правопорядків – англійську, північноєвропейську та, власне, германську (що зберегла свою “чистоту”). Англійську правову систему виокремлено з огляду на особливості системи джерел права – некодифікованість і фрагментарність законодавства, значну роль судової практики та звичаю (останнє вчений вважав подібним до римського права) тощо, а також незастосування самого римського права. Також він вказував на принципову відповідність права США та Ірландії англійській моделі, а право Шотландії вважав спорідненим із германським правом<sup>65</sup>. Північноєвропейську/скандинавську групу правових систем (Данії, Швеції, Норвегії) К. Цахарія вважав спорідненою з англійським

<sup>60</sup> Э Ганс, ‘Предисловие издателя’ в Гегель Г В Ф, *Лекции по философии истории* (Наука 2000) 460-1.

<sup>61</sup> Пухта (н 20) 22-3.

<sup>62</sup> С Цахарія, ‘Про призначення “Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн”’ в Кресін О та Савчин М (упоряд), *Сучасні проблеми порівняльного правознавства: збірник наукових праць* (Говерла 2015) 198, 205.

<sup>63</sup> Там само 208.

<sup>64</sup> Там само 206-7.

<sup>65</sup> Там само 205.

правом. У цих країнах краще збереглося старе германське право, тут не було помітного впливу римського і феодального права<sup>66</sup>. Поряд із германцями вчений виділяв народ “сарматського походження”, що створив Російську імперію, – він суттєво відрізняється від германців (‘більш ніж однією ознакою’) у політичному і правовому сенсі<sup>67</sup>.

В. Мацеєвський в “Історії слов’янських законодавств” (4 томи, 1832–1835 рр.) представив фундаментальне дослідження права народів, що належать до слов’янської мовної сім’ї, ствердивши існування відповідної правової сім’ї (“родини”). Праця мала продемонструвати самобутність і кращість слов’янського права порівняно з римським і німецьким, безперервність і цілісність його розвитку, а також показати можливість використання засад слов’янського права у сучасній законотворчості<sup>68</sup>.

Учений виокремлював кола споріднених народів (“родини”), що походять від одного народу, право яких є взаємодоповнюваним та у межах яких насамперед відбувається мовна й правова взаємодія<sup>69</sup>. Також, на прикладі слов’ян, В. Мацеєвський розглядав “родину” як “велике ціле”, припускав можливість її об’єднання в “єдину громаду” або принаймні координації політичного та правового розвитку народів групи, стверджував особливе призначення правової родини, яке слід розгадати<sup>70</sup>. При цьому він засуджував запозичення в праві від народів іншої “родини” (у випадку зі слов’янами – від германських народів та з римського права) – “зчужоземнення”, адже це порушує єдність групи, її дух; водночас він визнавав можливість іноземного поштовху в розвитку права групи народів. В. Мацеєвський стверджував ворожість груп народів між собою<sup>71</sup>. Групи народів можуть ділитися на менші групи (“щепи”) через різні причини, у тому числі зовнішній вплив (зокрема, це стосується поділу слов’ян на західних і східних), але при цьому зберігають свій дух і характер, у тому числі в праві<sup>72</sup>.

Г. Гегель представив розгорнуте бачення особливого в правовому розвитку й класифікації національних правопорядків у “Лекціях з філософії історії”, опублікованих після його смерті. Зокрема, він пропонує поділ європейських народів і держав на групи, в основі якого – поділ за мовною ознакою: германські, романські та слов’янські народи<sup>73</sup>. На прикладі

<sup>66</sup> С. Сахарія, ‘Про призначення “Критичного часопису правової науки та законодавства зарубіжних країн” в Кресін О та Савчин М (упоряд), *Сучасні проблеми порівняльного правознавства: збірник наукових праць* (Говерла 2015) 198, 206.

<sup>67</sup> Там само 208.

<sup>68</sup> W. Maciejowski, *Historia prawodawstw słowiańskich, t I* (W Księgarniach Brzeziny I Hinrichsa, 1832) III, 52.

<sup>69</sup> Там само 3-4, 6, 35, 55.

<sup>70</sup> Там само X, 1, 53-4.

<sup>71</sup> Там само VII, 2-3, 6, 35, 54-5, 67-9.

<sup>72</sup> Там само 5, 70.

<sup>73</sup> Г. Гегель, *Лекции по философии истории* (Наука 2000) 368, 426.

германців він стверджує, що група народів може мати колективне покликання, особливе місце у всесвітній історії<sup>74</sup>. Учений порівнював германські народи із сім'єю, водночас розпад Франкської держави розглядав як закономірний, як “відновлення особливих націй” з їх народними духами, що були тимчасово об'єднані силою й авторитетом; об'єднання різних народів, навіть споріднених, в одній державі вважав неприродним<sup>75</sup>.

Окрім групування в правові сім'ї протягом досліджуваного періоду розвивалися й інші моделі класифікації правових систем.

*Фізико-географічний детермінізм у Г. Гегеля.* У “Лекціях з філософії історії” Г. Гегель представив своє бачення впливу “світу простору” на соціальний світ саме в макровимірі – великих регіонів світу. Для нього цей світ стійкий і неісторичний, і він діалектично протистоїть світу циклічного розвитку (“світу часу”) та, власне, історії (“прогресу”)<sup>76</sup>. Учений виділив великі світові регіони, народи яких мають принципові подібності в культурному, соціальному, політичному і правовому розвитку. Він визнавав зв'язок із природою не лише духу одного народу, а й груп народів, що походять від одиничних народів, і цю роз'єднаність пропонував сприймати як особливі можливості<sup>77</sup>. Природно-кліматичні умови різних регіонів (насамперед ідеться про континенти), на думку Г. Гегеля, мають істотне значення для розвитку думки, поряд із багатьма випадковими відмінностями. Вчений наголошував на спільності характеру народів цілого континенту (зокрема, Африки, Азії)<sup>78</sup>.

*Релігійні ареали.* Можливість часткової об'єктивації загального в праві, на яку вказують учені кінця XVIII – першої третини XIX ст., пов'язана з впливом релігії (духовним зв'язком окремих) та чинністю канонічного права. Але в цей час у деяких країнах (наприклад, у Франції) скасовується чинність канонічного права, в інших (наприклад, на просторі колишньої Священної Римської Імперії Германської Нації) продовжує стверджуватися співжиття різних християнських конфесій з їх окремим правом, а також вирішується питання щодо емансипації єврейського населення тощо. Ця абсолютно очевидна правова реальність не могла заперечуватися сучасниками, натомість могло йтися лише про можливість різних форм об'єктивації загальних елементів у вченнях різних християнських конфесій у національно-державних правопорядках тих країн, де ці конфесії домінують. Тут відсутні загальність як вселюдськість, загальність як однаковість, загальність як інституалізованість, ідеться насправді про особливу регіональну традицію, що практично втратила рештки транс-

<sup>74</sup> Гегель (н 73) 367, 371, 427, 442.

<sup>75</sup> Там само 383-5.

<sup>76</sup> Там само 149.

<sup>77</sup> Там само 126.

<sup>78</sup> Там само 126-7, 133-4, 138, 148.

цендентності щодо національного права і поступово в різних формах поглинається останнім. Водночас низка вчених приділяли увагу також впливу вчень інших релігій на правовий розвиток груп національних правопорядків.

Зокрема, І. Кант у “Вічному мирі” серед джерел подібності у розвитку національних правопорядків вказував на належність до однієї конфесії<sup>79</sup>, а Г. Пухта – на відмінність у правовідносинах, що регулюються правом держави і церкви, та, відповідно, відмінність створюваних останніми правових інститутів. При цьому церкву він розглядав як таке ж органічне ціле, як сім’я та народ; базове органічне – сім’я – окремо співвідноситься з двома іншими. Релігійна спільність у баченні Г. Пухти набуває раціонального і водночас соціального значення як ‘спільна свідомість про Бога’<sup>80</sup>.

Як зазначав Г. Гегель у “Лекціях з філософії історії”, багатьом “світам” притаманна певна релігія, й конструювання держави і права без її врахування в країнах відповідного ареалу є недоцільним, призводить до абстрактності права, його відриву від сумління людей. Конкретна релігія передбачає створення певного типу держави<sup>81</sup>. Учений приписував різний дух католицизму та протестантизму, що впливає на розвиток суспільства, держави і права, пропонував і наголошував на поняттях “протестантський світ” і “католицький світ”<sup>82</sup>. Церква і держава в європейській історії виступають як протилежності, що зрештою примирюються у германському світі в результаті Реформації. Реформацію Г. Гегель розглядав як суто германське явище (Німеччина, Скандинавія, Англія), а її поширення серед інших народів не мало значного успіху<sup>83</sup>.

У “Системі сучасного римського права” (1840–1849 рр.) Ф. Савіньї наголошував, що спільність між правопорядками германських народів виникає насамперед не через етнокультурну спорідненість, а через спільну релігію<sup>84</sup>. Наднаціональна правова спільність, як і нація, пов’язана “духовною спільністю” і “спільністю правосвідомості” як її частиною. Отже, основою національного права є національний дух, наднаціональних правових спільнот – так би мовити, наднаціональний дух. При цьому, щоправда, під питання підпадає те, на чому наполягав Ф. Савіньї, – зв’язок права та дієвого соціального суб’єкта. Але загалом церкву можна розглядати як наднаціональний соціальний інститут, який на той час продукував чинне, об’єктивне канонічне право. Вчений вказував також на

<sup>79</sup> Кант (н 28) 34, 40.

<sup>80</sup> Пухта (н 20) 17, 51, 56, 69.

<sup>81</sup> Гегель (н 73) 100-1, 353.

<sup>82</sup> Там само 100-1, 445-6.

<sup>83</sup> Там само 362-3, 426.

<sup>84</sup> Савіньї (н 43) 284-5, 292.



фактичну конфесійність (у межах усього християнства) міжнародного права.

*Римська правова традиція.* Для вчених із багатьох європейських країн, де римське право, хай навіть у модернізованій формі, безпосередньо застосовувалося або було засадою правової доктрини, поділ правопорядків за цією ознакою залишався актуальним. Дж. Рюккерт звертав увагу на те, що Ф. Савіньї в “Історії римського права протягом Середніх Віків” (1815–1831 рр.) писав насамперед не про рецепцію, а про безперервність (‘еволюцію і трансформацію’) розвитку римського права у народів, що раніше перебували у складі чи під впливом Римської імперії<sup>85</sup>. Г. Пухта розглядав римське право як спільний “духовний спадок” усіх європейських народів, а також їх “відгалужень” в інших частинах світу, право всіх цивілізованих народів<sup>86</sup>. К. Цахарія у 1829 р. зазначав, що сучасним результатом тривалого панування в минулому римського та канонічного права є близькість доктрини права в Європі, але не нормативна його єдність<sup>87</sup>.

Водночас розвивалася критика класифікації правопорядків на підставі належності чи неналежності до цієї традиції. Зокрема, ще у 1800 р. Т. Чацький стверджував, що у Середньовіччі, окрім романських країн, римське право мало обмежений вплив, і лише на окремі регіони Німеччини, а скандинавські (“північні”) та слов’янські народи залишилися вільними від його впливу<sup>88</sup>. На його думку, подібність у праві європейських народів зовсім не означає рецепції відповідних елементів із римського права<sup>89</sup>.

*Західне і східне право.* Як демонструє наш виклад щодо класифікації національних правопорядків на групи за мовно-культурною та релігійною ознаками, питання про ідентифікацію не-західних (тобто крім Європи і колонізованої Америки) народів і держав протягом досліджуваного періоду вирішене не було. Причиною цього, на нашу думку, була недостатність узагальнених філологічних і релігієзнавчих знань про не-західний світ, не кажучи вже про, власне, юридичні знання. Зокрема, зовсім нелогічним є виділення Ф. Савіньї та І. Раковецьким поряд із групами правопорядків, виокремлених за мовно-культурною ознакою, права східних народів. Виокремлення Е. Гансом серед східних правопорядків індійського, китайського, іудейсько-талмудичного та мусульманського права як до-римських також не має логічної основи, окрім їх загального

<sup>85</sup> J Rückert, ‘The Unrecognized Legacy: Savigny’s Influence on German Jurisprudence after 1900’ [1989] 37(1) The American Journal of Comparative Law 122-4.

<sup>86</sup> Пухта (н 20) 97-8.

<sup>87</sup> Цахарія (н 62) 198.

<sup>88</sup> Czacki (н 32) 18-9.

<sup>89</sup> Там само 29.

Олексій Кресін

відокремлення від римської традиції. Тому можемо визнати, що у першій третині XIX ст. поділ світу на західний/європейський (територіально або за правогенезою) та східний (не-західний) був неминучим. Очевидно, що такий погляд був також однією із засад формулювання ідеї європейської єдності.

Зокрема, Й. Пюттер у 1767 р. ділив світ на європейський та не-європейський, причому народи останнього менш цивілізовані, а – менш розвинені<sup>90</sup>. Європейські держави та правопорядки, на його думку, як уже зазначалося, нерозривно пов'язані<sup>91</sup>. А Г. Гердер у своїй праці “Ще одна філософія історії” (1774 р.) вказував, що вчення І. Канта є прихованим європоцентризмом<sup>92</sup>.

Перспективи уніфікації права європейських держав на основі Цивільного кодексу Франції пропонував, зокрема, П. Фейєрбах у праці “Погляд на німецьке правознавство”. Автор вбачав у цьому кодексі шлях до модернізації від римського до сучасного права для ‘європейського світу’, ‘найшанованішої частини Європи, а незабаром, можливо, й усієї цивілізованої Європи’. На думку вченого, цей кодекс став і залишатиметься єдиним правом для багатьох європейських народів, створивши можливість для ‘загальної спільноти ідей та діянь, загального взаємного обміну досвідом, відкриттями та думками’<sup>93</sup>. Він вказував на французьке законодавство як на зразок для німецьких держав, ‘школу політики і мистецтва законотворення’, приклад досконалої логіки, синтезу досвіду регулювання сучасних (післяреволюційних, післяфеодальних) європейських соціальних відносин<sup>94</sup>.

Ф. Савіньї у 1815 р. писав про належність Америки до єдиного західного світу, попри трансформації у праві США його англійських джерел<sup>95</sup>. А І. Раковецький у праці визнавав єдність та стадіальність розвитку європейського права<sup>96</sup>. Г. Пухта стверджував про спільність європейських народів та їх відгалужень, в основі якої – “духовний спадок” римського права<sup>97</sup>. В. Мацеєвський в “Історії слов’янських законодавств”, поряд із правовими сім’ями (родинами), виділяв ‘велику родину народів європейських’<sup>98</sup>.

<sup>90</sup> Pütter (n 25) 28.

<sup>91</sup> Там само 29.

<sup>92</sup> W Ewald, ‘Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?’ (1995) 143 University of Pennsylvania Law Review 2007, 2009.

<sup>93</sup> Фейєрбах (n 11) 20.

<sup>94</sup> Там само 20-1.

<sup>95</sup> F Savigny, *N.Th. v. Gönner. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit* (ben Palm, 1815) 389.

<sup>96</sup> Rakowiecki (n 48) 129, 134.

<sup>97</sup> Пухта (n 20) 97.

<sup>98</sup> Maciejowski (n 68) 7.

Г. Гегель у “Філософії права” стверджував, що європейські народи ‘утворюють одну сім’ю за загальним принципом їхнього законодавства, їхніх звичаїв, їхньої освіти’<sup>99</sup>. Європу (належність до неї Східної Європи виглядає неоднозначною) Г. Гегель неодноразово, разом із колонізованою Америкою, чи без неї, безпосередньо називає “Західним світом”, протиставляючи “Східному світу”<sup>100</sup>.

Е. Ганс у 1822 р. розглядав Європу як плюральну і водночас органічну єдність (“багаточленний організм”, внутрішньо зв’язаний і структурований), “тотальність”, що сформувалася історично зусиллями людей, але є й не випадковою, прикладенням “духу розуму”, а також рецепційованих зовнішніх духовних впливів<sup>101</sup>. Європа розглядається ним як жива істота (“стара людина”), вказується на передання її досвіду (як сучасного зрізу, без історії) Західній півкулі (Америці), а також на те, що Азія розвивається слідом за Європою. Народи як одиниці в межах Європи є плюральними – розвивають своєрідні елементи культури і при цьому гармонізують свій розвиток з іншими народами: партикулярність, не втрачаючи себе, має стати залежною часткою серед інших<sup>102</sup>.

К. Цахарія ототожнював європейські держави лише з ‘державами германського походження’ (до них відносив широке коло держав). Він писав про єдність європейської цивілізації до Реформації, насамперед культурну, однією з основ якої була єдність церкви та літературної мови (латини), ідея загальноєвропейської єдності<sup>103</sup>. Причинами ослаблення європейської єдності, на його думку, було дорослішання народів, за якого дедалі більш відмінним стає їх політичний, правовий, культурний розвиток, різна доля Реформації в кожному народі, розвиток національних мов. Але попри це вчений стверджував існування ‘єдності європейського народу’ і ‘єдності європейської культури’ як ‘живого цілого’, чому сприяють культурний взаємообмін і міграції<sup>104</sup>. На переконання К. Цахарія, європейська єдність зберігається також через спільні історичні джерела (канонічне, римське і германське право), подібні проблеми у правовій сфері, що стоять перед європейськими країнами, та обмін моделями їх вирішення<sup>105</sup>.

Можна стверджувати й про існування у досліджуваній період, так би мовити, євроскептиків. Наприклад, Т. Чацький заперечував ідею правової єдності середньовічних європейських народів, вказуючи, що їх право

<sup>99</sup> Гегель (н 13) 291.

<sup>100</sup> Див. наприклад: Гегель (н 73) 403, 405.

<sup>101</sup> E Gans, ‘A Society to further Jewish integration (1822)’ in Mendes-Flohr P and Reinhartz J (ed), *The Jew in the modern world: A documentary history* (Oxford University Press 1995) 215-6.

<sup>102</sup> Там само 216-7.

<sup>103</sup> Цахарія (н 62) 198-9, 203, 206.

<sup>104</sup> Там само 198-200.

<sup>105</sup> Там само 200-1.

Олексій Кресін

було виключно національним; у ньому не було місця для впливу римського права<sup>106</sup>.

Міцно пов'язаною з класифікацією правового світу на західний і не-західний була також ідея поділу народів на цивілізовані та нецивілізовані. Як зазначає Б. Єрасов, у другій половині XVIII ст. й до 1819 р. слово “цивілізація” в європейській літературі вживалося в однині, передбачаючи поділ світу на дві нерівноцінні частини, ‘протиставляючи цивілізацію і “неосвічені народи”, рівно як і цивілізацію та “темні століття” феодалізму і Середньовіччя<sup>107</sup>.

Такий поділ, на нашу думку, був однозначним виявом заходоцентризму, за якого презюмувалося, що нецивілізовані народи принципово нічим не відрізняються від цивілізованих, окрім стадії свого розвитку. Зокрема, Г. Гегель у “Філософії права” ділив усі народи на цивілізовані й нецивілізовані. При цьому шлях розвитку господарства, держави і права в усіх народів, на його думку, однаковий, а тому нецивілізовані народи розглядаються як недостатньо розвинені й нерівноправні щодо цивілізованих, які ще мають довести право на свій окремий розвиток у боротьбі, зокрема й військовій<sup>108</sup>. Так само виокремлював ‘найцивілізованіші народи’ В. Мацеєвський<sup>109</sup>.

Висновки. Отже, поява ідеї соціального особливого, досить важлива для порівняльного правознавства, була, на нашу думку, закономірною, такою, що випливала із суперечності між апіорним проголошенням всесвітньої стадіальності правового розвитку (що також не враховувало неєвропейський правовий досвід) і вивченням конкретних механізмів взаємодії правових систем. Багато в чому ця ідея була побічним продуктом, по-перше, усвідомлення не-універсальності значення і реального поширення релігійних учень та римського права, по-друге, регіональності, культурної та іншої обумовленості ідей природного права, по-третє, намагання визначити межі етнокультурних традицій народів, що не збігаються із кордонами держав, по-четверте, виявлення нерівноцінних зв'язків між різними національними правопорядками. Наприкінці XVIII ст. ці ідеї, зокрема, виявилися у критиці низкою вчених ідеї чистого розуму І. Канта, твердженні про неможливість універсальної поза-мовної структури мислення та ін.

Протягом досліджуваного періоду було розвинуто теорію сім'ї правових систем як середньої та максимальної об'єктивної одиниці між національним правопорядком і загальнолюдським правовим розвитком, що

<sup>106</sup> Czacki (n 32) 16.

<sup>107</sup> Б. Єрасов, ‘Цивілізація: слово – термін – теорія’ в Єрасов Б (сост), *Сравнительное изучение цивилизаций: Хрест* (Аспект Пресс 1999) 10-1.

<sup>108</sup> Гегель (n 13) 291.

<sup>109</sup> Maciejowski (n 69) IX.

є внутрішньо пов'язаним феноменом, існування якого матеріалізується у вигляді особливих іманентних елементів у складі національного права. Це особливе в праві, згідно з поглядами тогочасних учених, можна визначити як суму суттєвих елементів і взаємодій, що склалися історично і є загальними для певної групи правопорядків. Філософсько-правові засади для узагальнення вчення про особливе в праві були створені Г. Гегелем, Г. Пухтою, Н. Фальком – як моменту розвитку поняття права, виду судження й умовиводу, максимального ступеня об'єктивності в праві, що є результатом конкретної взаємодії окремих (національних правопорядків), передбачає внутрішню спорідненість і співвіднесення об'єктів. Це найвища одиниця правового розвитку і найширший об'єкт юридичної науки; узагальнення ж більш високого рівня є суб'єктивними і входять до предмета філософії. Проблематика правових сімей та їх класифікації у досліджуваній період низкою вчених уже була виокремлена як сфера наукових знань.

Найбільш розробленим критерієм виокремлення особливого в праві був мовно-культурний. Він сформувався під очевидним впливом порівняльного мовознавства, типологія мовних сімей у якому, розвинена принаймні з початку XVII ст., стала основою для типології правових сімей. Із порівняльного мовознавства в юридичну науку наприкінці XVIII – на початку XIX ст. перейшли ідеї правової спорідненості, між-національних правових спільностей, генеалогії правопорядків та їх класифікації. Найважливішими засадами мовно-культурного підходу до визначення і класифікації особливого в праві були: 1) презумпція відповідності мовно-комунікативного, духовно-культурного і правового розвитку, на основі чого теорію мовних сімей було перенесено до юридичної науки як теорію правових сімей (“родин”, “поколінь”, “систем народів”, “згромаджень”, “кіл”, “побратимств”, “великих груп народів”); 2) розгляд правової сім'ї як одиниці правового розвитку, що за своїми характеристиками наближається до національного правопорядку; 3) твердження про формування правової сім'ї в результаті розділення єдиного народу з його єдиним “корінним” правом (“першоправом”) на певному етапі історичного розвитку, причому похідні від нього народи та їх правопорядки зберігають його основні характеристики і вектор розвитку; 4) уявлення про правову сім'ю як відносно культурно відособлений простір постійної внутрішньої правової комунікації (взаємного запозичення, конвергенції, координації), що не переростає у цілісний наднаціональний правопорядок.

Серед причин поділу народу на кілька народів учені вказували насамперед на: міграції та пов'язану з ними фізичну відокремленість його частин (що породжує відмінності в господарстві тощо), розпад держа-

ви, внутрішні та зовнішні конфлікти і підкорення іншими народами, колонізацію та інші випадки визначального впливу інших народів, поступове визрівання у межах народу нових народів, змішання з іншими народами. Чинниками збереження єдності правової сім'ї вчені називали: спільні мову (або спорідненість мов), дух (а також характер, спосіб мислення), релігію, звичаї, особливості суспільного розвитку, подібність природно-кліматичних умов і способу господарювання, взаємну прихильність і неприхильність до народів інших правових сімей, єдиний культурний простір, а також особливості ареалу запозичення зарубіжного права. Залежно від конкретного співвідношення чинників згуртування і роз'єднання у межах правових сімей можуть з'являтися менші групи національних правопорядків ("цепи") або відбуватися процеси змішання з народами інших сімей.

Окрім мовно-культурного критерію, в основу визначення окремого в праві деякими вченими були покладені: фізико-географічний детермінізм, ареали поширення релігій, належність до римської правової традиції, поділ на західне і східне право. На нашу думку, ці теорії виявили свою непослідовність, а також субсидіарність щодо теорії правових сімей – кожна з них підтримувалася лише частиною вчених, вони не мали достатньо розвинених і відносно несуперечливих теоретичних засад, завжди виступали у працях учених разом із поділом на правові сім'ї. Водночас їх об'єднує пошук одиниці правового розвитку, ширшої за правову сім'ю. Загалом можна стверджувати, що такий пошук у досліджуваній період не був успішним і не супроводжувався консенсусом учених.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Czacki T, *Czy prawo rzymskie było zasadą praw litewskich i polskich? I czy z północnymi narodami mieliśmy wiele wspólnych praw i zwyczajów? Rozprawa czytana w Krzemieńcu na otwarciu roku szkolnego 1808 w Gimnazjum Wołyńskim* (Wilno: u J Zawadzkiego 1809) (in Polish).
2. —, *O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydaniem, t I* (Drukarni JCG Ragoczego 1800) (in Polish).
3. Maciejowski W, *Historia prawodawstw słowiańskich, t I* (W Księgarniach Brzeziny I Hinrichsa 1832) (in Polish).
4. Mittermaier C, *Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts* (bei Joseph Thomann 1812) (in German).
5. Pütter J, *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie* (im Verlag der Wittve Vandenhoeck 1767) (in German).

6. Rakowiecki I, *O stanie cywilnym dawnych slowian. Rzech czytana na publiczném posiedzeniu Towarzystwa Królewskiego Warszawskiego Przyaciół Nauk dnia 3 Maia 1820 roku* (1820) (in Polish).
7. – –, *Prawda ruska. ruska; czyli, Prawa wielkiego xięcia Jaroslawa Władymirowicza, t I* (Drukarnia XX Piiarow 1820) (in Polish)
8. – –, *Prawda Ruska; czyli prawda wielkiego xięcia Jaroslawa Władymirowicza, t II* (Drukarnia XX Piiarów 1822) (in Polish).
9. Bod R, *Zabuti nauky. Istoriiia humanitarnykh nauk [Forgotten Sciences. The History of Humanities]* (Ya Dovhopolov per, Vydavnytstvo Zhupanskohe 2016) (in Ukrainian).
10. Dvortsov A, *Gegel': zhizn', dejatel'nost', uchenie [Hegel: Life, Activities, Doctrine]* (Nauka 1972) (in Russian).
11. Hegel G, *Lektsii po filosofii istorii [Lectures on the Philosophy of History]* (Nauka 2000) (in Russian).
12. – –, *O nauchnykh sposobakh issledovaniya estestvennogo prava, ego meste v prakticheskoy filosofii i ego otnoshenii k nauke o pozitivnom prave [On the Scientific Means of Studying Natural Law, its Place in the Practical Philosophy and its Correllation with the Science on Positive Law]* (Nauka 1978) (in Russian).
13. – –, *Osnovy filosofii prava, abo Pryrodne pravo i derzhavoznavstvo [The Grounds of Philosophy of Law or Natural Law and State Science]* (Yunivers 2000) (in Ukrainian).
14. Kant I, *Vechnyy mir. Filosofskiy ocherk [Eternal Peace. Philosophical Scetch]* (Tipografiya T-va I D Sytina 1905) (in Russian).
15. Kelli D, *Liudskiy vymir buttia: Suspilna dumka v zakhidnii pravovii tradytsii [Human Dimension of Being: Societal Thinking in the Western Legal Tradition]* (Bakhva 2002) (in Ukrainian).
16. Kresin O, *Stanovlennia teoretychnykh zasad porivnialno-pravovykh doslidzhen u druhii polovyni XVIII – pershii tretyni XIX stolittia: komparatyvna kontseptualizatsiia [Establishment of the Theoretical Foundations of Comparative Legal Studies in the Second Half of the 18th – First Third of the 19th Century: Comparative Conceptualization]* (Instytut derzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy; Lohos 2017) (in Ukrainian).
17. Puchta G, *Entsiklopediya prava [Encyclopedia of Law]* (Tipografiya G Falk 1872) (in Russian).
18. Rod V, *Shliakh filosofii: z XVII po XIX stolittia [The Way of Philosophy: frrom 17th to 19th Centuries]* (V Terletskoho, O Viedrova per, Dukh i Litera 2009) (in Ukrainian).
19. Savigny F, *Sistema sovremennogo rimskogo prava [The System of Modern Roman Law], t I* (Statut 2011) (in Russian).

*Edited books*

20. Gans E, 'A Society to further Jewish integration (1822)' in Mendes-Flohr P and Reinharz J (ed), *The Jew in the modern world: A documentary history* (Oxford University Press 1995) (in English).
21. Savigny F, 'Stimmen für und wider neue Gesetzbücher' in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1817) (in German).
22. – –, 'N Th v Gönner. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit' (ben Palm 1815) (in German).
23. Emikh V, 'Eduard Gans o prave, ego proiskhozhdenii i razvitii' ['Edward Hans on Law, Its Origin and Development'] v Kresin O i Sytar I (red), *Istoriiia porivnialnoho pravoznavstva yak sfera naukovykh doslidzhen: zbirnyk naukovykh prats [History of Comparative Jurisprudence as an Area of Scientific Research: Collected Scientific Works]* (Liha-pres 2015) (in Russian).

24. Erasov B, 'Tsvivilizatsiya: slovo – termin – teoriya' ['Civilization: Word – Term – Theory'] v Erasov B (sost), *Sravnitel'noye izucheniye tsvivilizatsiy: Khrestomatiya [Comparative Study of Civilizations: a Reader]* (Aspekt Press 1999) (in Russian).
25. Falk N, 'Razlichiya v prave i sravnitel'noye pravovedeniye' ['Differences in Law and Comparative Jurisprudence'] v Shemshuchenko Yu and Lazur Ya (red), *Suchasni problemy porivnial'nogo pravoznavstva: zbirnyk naukovykh prats [Modern Issues of Comparative Jurisprudence: Collected Scientific Works]* (Hoverla 2015) (in Russian).
26. – –, 'Predisloviye izdatelya' ['Publisher's Foreword'] v Gegel G V F, *Lektsii po filosofii istorii [Lectures on the Philosophy of History]* (Nauka 2000) (in Russian).
27. – –, 'Predisloviye k rabote "Nasledstvennoye pravo vo vseмирno-istoricheskom razvitii. Sochineniye po universal'noy istorii prava"' ['Foreword to the Work "Inheritance Law in the Global Historical Development. An Essay on the Universal History of Law"'] v O Kresin (red), *Filosofiya porivnial'nogo pravoznavstva: zbirnyk naukovykh [Philosophy of Comparative Jurisprudence: Collected Scientific Works]* (Liha-pres 2015) (in Russian).
28. Herder J, 'Mova i natsionalna individualnist' ['Language and National Identity'] v *Natsionalizm: Antolohiia [Nationalism: Anthology]* (Smoloskyp 2000) (in Ukrainian).
29. Humboldt V, 'O sravnitel'nom izuchenii yazykov primenitel'no k razlichnym epokham ikh razvitiya' ['On the Comparative Study of Languages in Relation to Different Epochs of Their Development'] v Zvegintsev V, *Istoriya yazykoznavniya XIX–XX vekov v ocherkakh i izvlecheniyakh [History of Linguistics of the 19th–20th Centuries in Essays and Extracts]*, ch I (Prosveshcheniye 1964) (in Russian).
30. Mikesheva L, 'Nauchnaya kartina mira kak mirovozzrencheskaya forma znaniya' ['Scientific Picture of the World as a Worldview Form of Knowledge'] v Dyshlevyy P, V Lukianets (otv red), *Nauchnaya kartina mira: logiko-gnoseologicheskii aspekt: sbornik nauchnykh trudov [Scientific Picture of the World: Logical and Epistemological Aspect]* (Naukova dumka 1983) (in Russian).
31. Zaharia K, 'Pro pryznachennia "Krytychnoho chasopysu pravovoi nauky ta zakonodavstva zarubizhnykh krain"' ['On the Purpose of "Critical Journal of Legal Science and Legislation of Foreign Countries"'] v Shemshuchenko Yu ta Lazur Ya (red), *Suchasni problemy porivnial'nogo pravoznavstva: zbirnyk naukovykh prats [Modern Issues of Comparative Jurisprudence: Collected Scientific Works]* (Hoverla 2015) (in Ukrainian).

#### Encyclopedias

32. Stepin V, 'Nauchnaya kartina mira' ['Scientific Picture of the World'] v Kasavin I (gl red), *Entsiklopediya epistemologii i filosofii nauki [Encyclopedia of Epistemology and Philosophy of Science]* (Kanon+. ROOI "Reabilitatsiya" 2009) (in Russian).

#### Journal articles

33. Beaud O, 'L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny' (2009) 1 *Annuaire de l'Institut Michel Villey* (in French).
34. Ewald W, 'Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat?' (1995) 143 *University of Pennsylvania law review* (in English).
35. Rückert J, 'The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900' [1989] 37(1) *The American Journal of Comparative Law* (in English).
36. Feuerbach P, 'Ideia ta neobkhdnist universalnoi yurydychnoi nauky. Pryrodne pravo, filosofii prava, zahalne pravoznavstvo' ['The Idea and Necessity of Universal Legal Science. Natural Law, Philosophy of Law, General Legal Science'] (2012) 1-2 *Porivnialno-pravovi doslidzhennia* (in Ukrainian).
37. – –, 'Pohliad na nimetske pravoznavstvo' ['The View on the German Legal Science'] 2011 (2) *Porivnialno-pravovi doslidzhennia* (in Ukrainian).



38. Mohnhaupt H, 'Universalnaya istoriya prava i sravneniye u Eduarda Gansa' ['Universal History of Law and Comparison by Edward Hans'] [2015] 15(4) Nauchnyy ezhegodnik Instituta filosofii i prava Uralskogo otdeleniya Rossiyskoy akademii nauk (in Russian).
39. Petryshyn O, 'Problemy sotsializatsii prava ta sotsiolohizatsii pravovoi nauky' [Aspects of law socialization and legal science sociologization] (2011) 8 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).
40. Timkovskiy I, 'O primeneni znanii k sostoyaniyu i tseli gosudarstva' ['On applying a knowledge to the state and the goal of the State'] v *Rechi, govorenyye v torzhestvennom godovom sobranii Imperatorskogo Kharkovskogo universiteta. byvshem 17 yanvary 1808 goda* [Speeches Delivered at the Solemn Annual Meeting of the Imperial Kharkiv University held on January 17, 1808] (Universitetskaya tipografiya 1808) (in Russian).

*Thesis*

41. Aslamov N. 'Filosofiya istorii nemetskoj istoricheskoy shkoly prava' ['The Philosophy of Law of German Historical School of Law'] (diss kand filos nauk, 2012) (in Russian).

Oleksiy Kresin

THE PARTICULAR IN LAW AND CLASSIFICATION  
OF NATIONAL LEGAL ORDERS IN THE SECOND HALF OF THE 18th –  
THE FIRST THIRD OF THE 19th CENTURY  
(TOWARDS THE ISSUE OF THE GENESIS OF THE COMPARATIVE  
LEGAL PICTURE OF THE WORLD)\*

ABSTRACT. In recent decades, a question has been raised concerning generalization and comprehension of the elements comprising the special scientific picture of the world pertaining to comparative legal studies and disciplines. In this context, the problem is seen in the imaginary separation of the philosophical foundations underlying comparative legal studies and the classification of legal orders formed on their basis.

The article aims at reconstructing the connection between philosophical doctrines, development of philosophy and theory of various sciences and the establishment of the doctrine of the special in law in the context of the establishment of theoretical foundations underlying comparative legal studies, in particular, the genesis of the picture of the world in comparative legal science.

The article proves that the idea of the social special in law emerged naturally and ensued from the contradiction between the a priori declaration of the global stadiality of legal development and the study of specific mechanisms through which legal systems interact. To a large extent, this idea was a byproduct, firstly, of the understanding that the importance and the real spreading of religious doctrines and Roman law was non-universal and, secondly, of the regional nature, cultural and other conditionality of the ideas of natural law, thirdly, of the attempt to determine the boundaries of ethnic and cultural traditions of peoples which do not coincide with the borders of States, and fourthly, of the identified unequal connections between different national legal orders.

\* The materials of this article were partially published in the author's book: *Establishment of the Theoretical Foundations of Comparative Legal Studies in the Second Half of the 18th – First Third of the 19th Century: Comparative Conceptualization* (V M Koretskyi Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine; Logos Publishing house 2017).

Олексій Кресін

In the second half of the 18th – first third of the 19th century the theory was developed about the family of legal systems as the average and most objective unit between the national legal order and the universal legal development of humanity, which is an internally related phenomenon, and the existence of which is materialized in the form of special immanent elements within the framework of national law. The scholars of those times believed that this special in law can be defined as the sum of essential elements and interactions which have developed historically and are common to a certain group of legal orders. This is the highest unit of legal development and the most extensive object of legal science; at the same time, higher-level generalizations are subjective and pertain to the subject matter of philosophy. The range of unresolved issues concerning legal families and their classification over the period under study has already been singled out by some scholars as a field of scientific knowledge.

In the singling-out of the special in law, the most developed criterion was the linguistic and cultural one. Besides, some scholars took the following as the basis for defining the separate in law: physical and geographical determinism, areas of spread of religions, affiliation with the Roman legal tradition, division into Western and Eastern law. It is proved that these theories have shown their inconsistency, and also subsidiarity with regard to the theory of legal families.

KEYWORDS: comparative jurisprudence; comparative legal studies; scientific picture of the world; legal family; classification of legal systems.



## William Elliott Butler

Doctor of Law (LL.D.), Professor,  
Foreign Member of the National Academy of Sciences of  
Ukraine, Foreign Member of the National Academy  
of Legal Sciences of Ukraine (USA),  
John Edward Fowler Distinguished Professor of Law,  
Dickinson School of Law, Pennsylvania State University,  
Associate Member of International Academy  
of Comparative Law  
ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-4249-565X>  
web15@psu.edu

DOI: 10.33498/ouu-2019-03-131

УДК 340.5

### WHAT MAKES SOCIALIST LEGAL SYSTEMS SOCIALIST?

**ABSTRACT.** The author re-examines in this article the foundations for the traditional classifications of legal systems in comparative legal studies and suggests the usefulness of a kaleidoscopic perception of legal classifications and change, commencing from the revolutions of 1917 down to the present with special reference to the enduring impact on Asian legal systems. China, Mongolia, Vietnam, and Laos, together with Cuba and Ethiopia, are arguably the surviving systems of the socialist legal tradition – few in number but massive in population. Various perspectives are suggested for classifying legal systems. None are regarded as mutually exclusive; that is, a single national legal system may display features of several familial characteristics. A substantial list of possible characteristics of socialist legal systems is given, as is a lengthy enumeration of possible categories of families of legal systems: socialist/totalitarian, technocratic, formalist, transitional, Romano-Germanic, mixed, Slavic, Eurasian, among others.

With respect to Asian socialist legal systems, the article asks whether it is descriptively and analytically more correct to, for example, describe China as a “socialist legal system with Chinese characteristics” or a “Chinese legal system with socialist characteristics”. In either event, or a modification of the juxtaposition, the question remains: what factors make China one or the other? Whatever the answer at any given moment in time, a kaleidoscopic perception of legal change and movement looks less for eternal verities than for constant readjustment, constant re-evaluation of the balance of factors that comprise a legal system, and the development of additional relevant criteria that help identify the forces at work in legal development.

**KEYWORDS:** socialist legal system, totalitarian, technocratic, formalist, transitional, Romano-Germanic, mixed, Slavic, Eurasian, China, Mongolia, Vietnam, Laos, Ethiopia, Cuba, classifications of legal systems, legal family.

The question embedded in the title above<sup>1</sup> has a venerable history in twentieth century political philosophy, comparative law, socialist legal studies, and other elements of the social sciences. At one time the question perplexed

<sup>1</sup> The title is deliberately purloined and adapted from a “symposium” instituted by the late A. Brumberg (1925-2008) in the USIA journal *Problems of Communism*. Among the contributors were H. J. Berman (1918-2007), J. N. Hazard (1906-1995), and L. Lipson (1931-1996). See note 20 below.

© William Elliott Butler, 2019

a Bolshevik leadership that unexpectedly found itself ruling the former Russian Empire: demolition of the pre-existing legal order was one matter; whether to replace it with something else was another. Marxism-Leninism provided no blueprint for the role of law or legal system in a post-revolutionary society. That question became pertinent to “Asia” sooner than many anticipated: Central Asia, Mongolia, and then China (Chinese Soviet Republic, 1931–1934). What were the ruling authorities on these territories expected to abolish and/or introduce in order to commence the sequence of social change needed to achieve socialism and eventually communism?

More recently the question has acquired an elevated ideological cachet. In China it has been accepted for some time that China has a socialist legal system with “Chinese characteristics” – whatever precisely those may be. In October 2017 the XIX Congress of the Communist Party of the People’s Republic of China formally embodied that characterization in the Constitution, or Charter, of the Communist Party.

The question is therefore multi-dimensional. At one level it was and remains a prescriptive policy issue: what in the legal fabric comprises those elements that distinguish a socialist legal system from a non-socialist legal system and when and how should those elements be introduced? For those intent upon achieving a “socialist revolution”, what precise measures need to be introduced, and in what sequence, to achieve “socialism” – however defined – or “communism”. At another level this is an analytical category: in the domain of comparative law, for example, on the basis of what criteria do we distinguish a “socialist legal system” individually or as part of a “family” from all others? At yet another level, partly geopolitical, the question arises as to what is “Asia” for these purposes: Russia sees itself as a “Eurasian” power. There are conceptions of Asia that regard all territory from the Atlantic Ocean in the west or all territory eastward of the Polish frontier as Asia and much of what others classify as the “Near East”<sup>2</sup>.

For the moment the tides of history have transformed the geographical locus of socialist legal systems from the former Soviet Union, Mongolia, and Central Europe to Asia and outlying continents (from an Asian perspective). Socialist legal systems proper now occupy an Asian heartland (China, Korean People’s Democratic Republic, Vietnam, Laos)<sup>3</sup>, a Caribbean island (Cuba), and

<sup>2</sup> The “land of Eurasia” is seen in this light by geographers: ‘Eurasia, the largest of the continents <...> spans the globe from the tropics to the tundra (c.10°-c.70° north)’, and from the Atlantic to the Pacific. See: Barry Cunliffe, *By Steppe, Desert, and Ocean: The Birth of Eurasia* (2015) 4-5.

<sup>3</sup> H Glenn, *Legal Traditions of the World* (5th ed, 2014) 348. In his section entitled “Socialist Law in East Asia”, Glenn took the position that ‘<...> the tradition of socialist law, in its Soviet or European variant, has gone into a state of suspended animation, surviving only in partial or attenuated form in currently communist-governed jurisdictions such as Cuba, North Korea or Vietnam’ (pp. 347-8). Note the omission of China.

an African nation (Federal Democratic Republic of Ethiopia)<sup>4</sup>. Six countries in number only, but in population exceeding 1.7 billion persons and in territory occupying a substantial land mass. Some comparatists, moreover, would doubt whether the former Soviet republics have introduced sufficient change to necessarily be excluded from the socialist family of legal systems (raising in a different context the classification criteria), or to be classified as “transitional legal systems” from the socialist to another family as yet undetermined, or to have moved irrevocably into the Romano-Germanic family of legal systems. On this basis the status of the five Central Asian countries<sup>5</sup> (Kazakhstan, Kyrgyzia, Tadjikistan, Turkmenistan, and Uzbekistan) and Mongolia is in question.

On a more general level it should be emphasized, in the present writer’s view, that the purpose of classifying and grouping legal systems is not an end in itself, nor is it necessarily a description of fact. Rather, it is a kaleidoscope through which, from constantly differing angles of vision, it is instructive to view legal systems in their development and continuous interaction with one another. In the case of socialist legal systems, the emphasis upon characterization and classification has sometimes been an ideological fetish, which is hardly productive in an academic comparative legal context – although the dialogue itself can be instructive.

Nonetheless, although the classification of legal systems is not as trendy in comparative law these days in the West, in the post-Soviet Independent States classification remains an important issue. For some it is a measure of progress – the distance traveled from the Soviet legal model since 1991. For others, however, the very exercise of classification – whatever the result – is central to jurisprudence. Law is a science. Scientific phenomena need to be identified on the basis of their generic characteristics, their similarities and differences from one another noted and described, grouped into generic units or families or clusters, and the like based on these similarities and differences, and generalizations made or conclusions drawn. Law, just as any other science, is expected to behave accordingly, and the data accumulated is regarded as hard fact. Our legal colleagues in post-Soviet legal systems are nurtured in this tradition, and their comparative-legal mentality is shaped accordingly. For them, “families” of legal systems are not an analytical prism or a metaphorical kaleidoscope; they are a scientific conclusion based on the deployment of the comparative method.

<sup>4</sup> See: S Abebe, *The Last Post-Cold War Socialist Federation: Ethnicity, Ideology and Democracy in Ethiopia* (2014): Ethiopia is ‘<...> fundamentally a socialist federal system based on the Stalinist notion of ‘the right to self-determination of nationalities’ and Marxist-Leninist organizational principles of the state’ (p. 2).

<sup>5</sup> See: A Saidov, *Comparative Law* (transl, W E Butler (2000) 379: ‘The contemporary legal system of Uzbekistan is characterized above all by its affiliation to the Romano-Germanic family. The formalized, rather abstract legislative norm predominates there over other legal sources and there is a trend towards replacing them completely’. On constitutional law in Central Asia, see: Newton S, *The Constitutional Systems of the Independent Central Asian States: A Contextual Analysis* (2017), reviewed in *Journal of Comparative Law*, XIII (2018) 223-32.

*On the Origin of Multiple Socialist Legal Systems*

To play with the pawns on the board for the moment, at what point in time is it appropriate to speak of multiple legal systems in connection with the emergence of others besides the former Soviet Union and when, if at all, did some or all become “socialist”? The “revolution” that has served as the benchmark occurred in the former Russian Empire during October/November 1917 (depending upon what calendar is used), being ruled at the time by a Provisional Government – the monarchy having abdicated earlier that year. Within months the former Empire had fragmented into units associated historically with their own legal traditions and systems – some supplanted by Russian law and others coexisting within the Russian Empire and allowed to continue to operate side by side with Imperial Russian law. Therefore, multiple legal systems operated within the Russian Empire (customary law, canon law, khanate law, local civil and administrative law (e.g., the Baltic provinces), Imperial law of general application, and others). Moreover, the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) itself did not come into being prior to 30 December 1922, when the Treaty of the Union was concluded. The Treaty of the Union initially engaged four soviet socialist republics, each with its own national legal system: Belorussian SSR, Russian Soviet Federated Socialist Republic (RSFSR), Transcaucasian Soviet Federated Socialist Republics (TSFSR), and the Ukrainian Soviet Socialist Republic. The TSFSR was short-lived and soon thereafter disintegrated into its three constituents: Armenian Soviet Socialist Republic, Azerbaidzhan Soviet Socialist Republic, and Georgian Soviet Socialist Republic.

Viewed, therefore, solely from the vantage point of international law and constitutional law, multiple socialist legal systems existed from the outset; several, after five years, “merged” into a supranational federation known as the USSR. Prior to 30 December 1922, it would have not been inappropriate to already speak of a “family of socialist legal systems”, or at least a “family of soviet legal systems”, who were, sharing a common ideology, bent upon distinguishing themselves from the rest of the world and proceeding collectively upon their chosen path of building a communist society. Whether other legal systems would join them was at the time an open but real question. There were episodic revolutions in Hungary, Germany, and China<sup>6</sup>, and an enduring revolution where it was least anticipated – Mongolia<sup>7</sup>. Each, however briefly, had to come to terms with legal change occasioned by their accession to power. And insofar as two or more national legal systems can be said to constitute a

<sup>6</sup> W Butler (ed), *The Legal System of the Chinese Soviet Republic* (1983).

<sup>7</sup> See: W Butler, *The Mongolian Legal System* (1982).

“family”, there is a strong argument that a “family” of socialist legal systems has existed from late 1917 onwards.

That argument in comparative law circles, at least, was deemed to be beyond doubt after the Second World War. The Central European countries were all viewed as being members of the family of socialist legal systems (German Democratic Republic, Poland, Romania, Czechoslovakia, Hungary, Romania, Bulgaria, Albania, Yugoslavia), together with what today are widely regarded as the residual socialist legal systems (China, North Korea, Vietnam, Laos, Cuba, and Ethiopia). The fact that some were designated a “people’s democracy” and others a “socialist republic” in their official names was for these purposes treated as a minor detail rather than a distinction of comparative legal significance. The period from roughly 1946 to 1991 was the apogee, numerically speaking, for the family of socialist legal systems.

The post-1991 period has raised new conundrums in this context. The Central European countries began to follow their own paths from the late 1980s. The German Democratic Republic reunited with the Federal Republic of Germany and has been reintegrated into the German legal system. Czechoslovakia divided into the Czech Republic and Slovakia, and both joined the European Union, thereby importing a massive corpus of European Union law. Bulgaria, Hungary, Poland, and Romania likewise were admitted to the European Union. Yugoslavia fragmented into constituent entities, all of which either joined or intend to become part of the European Union. Albania has pursued its own course amidst these changes, but with sufficient autonomy so that she is no longer regarded by most observers as a socialist legal system. In the Far East, the Mongolian People’s Republic introduced political and economic reforms to a degree that suffices many observers to consider that country to be no longer a socialist legal system, although some would contest that generalization.

On the other hand, the dissolution of the USSR on or about 25 December 1991<sup>8</sup> completed the process of enlarging the “family” of “transitional” or, some would say, still “socialist” legal systems. The Baltic republics (Estonia, Latvia, Lithuania) saw their independent statehood restored from 1989 onwards. The remaining twelve Soviet republics achieved uncontested independent statehood with the denunciation of the 1922 Treaty of the Union in December 1991; whether they remain part of the “family of socialist legal systems” or are to be regarded as part of a “family of transitional post-socialist legal systems” or something else remains the subject of lively consideration. If the concept of transitional post-socialist legal systems is pursued seriously, the implication is that a new family of legal systems exists side by side with the earlier models.

<sup>8</sup> For the relevant documents, see: W Butler, *Basic Documents of the Russian Legal System* (1993) 3-11; id, *Russian Public Law* (3d ed, 2013) 1-3.

*On the Arrival of Socialism: Legal Criteria*

When and on the basis of what criteria the legal systems concerned were or are deemed to have reached the stage of “socialism” is a question that has bedeviled comparative lawyers, among others, from time to time. No legal system is regarded as having moved from the category of “bourgeois” to “socialist” in one jump or transition. Rather these systems are expected to have passed through intermediate stages, such as “people’s democracy”, or “proletarian dictatorship”, and the like. For the purposes of this article these intermediate stages are being, as a rule, enveloped into the designation “socialist”. It would be possible and not inappropriate to consider subdividing acknowledged socialist legal systems into “people’s democracies” and “socialist republics”, but for whatever reasons this approach has never commended itself to comparative lawyers. We have been content to lump together people’s democracies and socialist republics for classification purposes even though the ideological distinctions were recognized at the time.

The processes of “transition” and how to achieve the transition are challenging issues. Some have argued that transition “back” from a “socialist legal system” to being a “Romano-Germanic legal system” is a matter of reverse social engineering. Just as the movement from being a “bourgeois” legal system to becoming a “socialist legal system” is “merely” a matter of removing the bourgeois elites from power, nationalizing the instruments and means of production, introducing the leading role of the Communist Party or other political entity leading the revolution, repealing and replacing “socialist” legislation with “market economy legislation”, and the like, translating from a socialist legal system to a market-economy legal system simply means reversing the process<sup>9</sup>. Although no one known to this writer has expressed the position in precisely this way, the argument is reminiscent of a mechanical perception of legal transplants, pursuant to which legal change is achieved by substituting one “part” or “component” of a legal system with another.

<sup>9</sup> See: Glenn (n 3) 348:

If you are a western lawyer with no previous experience of Soviet or socialist law, there are no major conceptual problems in understanding it. Simply assume a hyper-inflated public law sector in the jurisdiction in which you presently function. Historical fields of private law such as contract, commercial law, civil responsibility or torts, property, bankruptcy or competition simply shrink away to relatively insignificant proportions, to be replaced by public law variants or replacements. State contracts <...> largely displace private contracts; private commercial law and bankruptcy become essentially irrelevant; public compensation regime replace, almost totally, court-ordered compensation; land is made public or collectivized. There need not be repeal of existing private law; it simply finds little application. This public law regime relies intensely on formal law, which is even more visible than in non-socialist western law. It is formal law with a difference, however, since its application is entirely in the hands of the guardian of ‘socialist legality’, the communist party, which exercises its influence through an entire network of organizations, shadowing those of the state and the courts. Judicial decisions, of allegedly independent judges, are subject to party control and revision. The inherent western tendency to corruption, through the creation of large, instrumental bureaucracies, is exacerbated enormously.



For those experienced with law reform in the post-Soviet legal systems, no approach could be more harmful<sup>10</sup>.

“Transition” is not necessarily, however, back to what existed previously. If that were the case, the appellation “transition” may be inappropriate; “restoration” or “reinstatement” may be what is desired. Part of the post-Soviet transition in the Baltic republics has been precisely a process of “restoration”, including the reintroduction into force of laws dating from the interwar period that were succeeded by Soviet legislation. The term “transition”, moreover, suggests movement from one place to another, or one phase to another, or from one destination to another. The “destination” of the movement away from the socialist legal model is, at least in the post-Soviet republics, undetermined. All acknowledge that the previous system was unsatisfactory; no one known to the present writer has defined where these legal systems wish to go or the criteria that determine whether and when arrival has transpired.

That in turn raises the issue of comparative law: what makes a socialist legal system “socialist”?

#### *What Makes a Socialist Legal System “Socialist”?*

So far as can be determined, this was not a question that arose, at least in comparative law circles, prior to the end of the Second World War. Whatever may have been said above about multiple socialist legal systems, this was not a perception pursued in comparative legal studies, where notions of “families” of legal systems, or equivalents thereto, did not single out those in which communist parties had come to power.

Without ascribing primacy of place, among the works that popularized the notion of a family of socialist legal systems was a treatise by René David (1906–1990) on the major legal systems of the world<sup>11</sup>. In due course this led in general comparative studies to attempts to locate the “common core” of the socialist legal systems – what they shared in common, notwithstanding the differences amongst them. That shared commonality presumably

<sup>10</sup> So far as I am aware, the most profound attempt to structure law reform priorities and to seek to determine precisely in what branches of law any such “reverse engineering” should commence was a Report undertaken for the European Communities. See: *Shaping a Market-Economy Legal System: A Report of the EC/IS Joint Task Force on Law Reform in the Independent States* (1993).

<sup>11</sup> R David, *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative* (1950). This was followed four years later by a two-volume work, the first volume by David, *Le droit soviétique* (1954) and the second a French translation of John N. Hazard (1909-1995), *Law and Social Change in the U.S.S.R.* (1953). These were drawn upon for David's magisterial and still influential, especially in Central Europe and the former Soviet Union, *Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)* (1964); translated by J. E. C. Brierley, as *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* ([1968]; 2d ed, 1978; 3d ed, 1985), based initially on the second French edition. The French text is now in its eleventh edition (2002), as revised and updated by Camille Jauffret-Spinozi, who joined from the eighth edition (1982).

differentiated them collectively from other families of legal systems<sup>12</sup>. In the domain of socialist legal systems, the common core approach was most extensively pursued by Hazard<sup>13</sup>. Not all comparatists accepted that socialist legal systems constituted a distinct family separate from the Romano-Germanic legal family, at least in the realm of private law – notwithstanding strenuous Bolshevik efforts to establish the Soviet legal system as something unique among all existing and previous legal systems. Reviewing Hazard's work, A. Ehrenzweig (1906–1974) observed that if the Soviet legal system could validly be segregated as unique in the traditional realm of private law, he would be obliged “to abandon the philosophical pattern of two and one-half millennia and the comparative concern of a thousand years”. Although there might well be innovations in public law, he considered that the “essentially civilian structure” in the law of the family, property, succession, contract, and tort remained unchanged, and he perceived only minor changes in established European patterns of criminal law and procedure<sup>14</sup>.

Others suggested that the Soviet legal system was merely a variant of the European Romano-Germanic civil law system embellished with ideological encrustations<sup>15</sup>. This view continues to be widely held in two versions. To some, Russia never left the Romano-Germanic family, having entered at some point in the past (usually seen as the tenth or the eighteenth century), whereas for others the disintegration of the former Soviet Union itself returned Russia to the Romano-Germanic family<sup>16</sup>. Both positions minimize the Soviet legacy as unimportant, of little long-term consequence, or business as usual. Those who truly do know and understand Soviet law will have found the post-Soviet quarter century enormously challenging, for the efforts to “democratize” and to “marketize” the Soviet legal legacy have proved to be a formidable task that goes far beyond merely the rejection or replacement of “forms” or “mentality”, and the importation of legal transplants from market economies.

<sup>12</sup> Among the works that influenced the quest for a common core was Rudolf Berthold Schlesinger (1909-1996), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* (1968).

<sup>13</sup> Hazard, *Communists and Their Law: A Search for the Common Core of the Legal Systems of the Marxian Socialist States* [1969].

<sup>14</sup> See: Ehrenzweig's review of Hazard, *Communists and Their Law* (1969), (1970) *LVIII California Law Review* 1007.

<sup>15</sup> F Lawson (1897-1983), cited in the preface to J Hazard and W Butler and P Maggs, *The Soviet Legal System* (3d ed, 1977) vi. This section of the present article draws upon my earlier reflections on the subject. See, in particular, W Butler, *Russian Law and Legal Institutions* (2d ed, 2018) 1-21; id, 'Ukraine on the Legal Map of the World', in V Tatsyi and Petryshyn O (ed), *Ukrainian Legal Doctrine* (Butler W English version transl and ed, 2015) I, 179-90.

<sup>16</sup> See, for example, J Quigley, *Soviet Legal Innovation and the Law of the Western World* (2007). A Ukrainian jurist wrote that with the collapse of the “socialist commonwealth of countries” of Central and Eastern Europe ‘<...> the ‘family of socialist law’ completely disappeared, which in the view of many western and Ukrainian comparatists comprised a specific block of national legal systems of countries rather proximate in geographical position and socio-economic and political orders, but heterogeneous according to national, cultural-historical, and ethno-legal indicia’. See: M Koziubra, ‘The Legal System of Ukraine: Quest for Identity’ in Butler W and Kresin O (eds), *The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches* (2015) 226. This observation was made without any regard to Asian socialist legal systems.

The accumulated wisdom from this era is of considerable relevance for modernizing Asian socialist legal systems.

As for Soviet jurists themselves, they were quite adamant that the Soviet legal system was the core socialist legal system and that in its capacity as a socialist legal system, the Soviet legal system was demonstrably different from and superior to all pre-existing or other extant legal systems.

Many western comparatists found themselves somewhere in between these two polarized positions. They accepted that the Soviet legal system was different and not part (or no longer part) of the Romano-Germanic legal family, were disinclined to accept Soviet claims to superiority, but differed, often dramatically, in their perceptions as to what was different and, most importantly, why such differences existed. Perceptions of uniqueness in the classification of foreign legal systems depend partly upon developments within our own. René David was among those, for example, who in the early post-1945 era attributed significance in analyzing Soviet law to the differences in economic system between East and West and observed the replication of national economic planning in Central Europe and China and greater reliance upon the same in Mongolia. By the mid-1980s the enhanced role of the State and greater commitment to social welfare in Western economies and further recourse to decentralization and economic accountability in enterprise management in socialist economies had reduced a distinction initially seen as one of principle to one of degree<sup>17</sup>. The policies of perestroika introduced under M. S. Gorbachev reduced and mutated the elements of distinction all the more. The accession of many of the post-Soviet and Central European jurisdictions to the Council of Europe and the accession of most socialist legal systems, former or present, Asian or European, to the World Trade Organization have entailed further legal accommodation to a common human rights and (or) trade regime and introduced greater legal approximation in consequence.

“Transition” seems to be a constant in any discussion of socialist legal systems. Marxist-Leninists have taken the position that “socialism” is an intermediate and transitory status between imperialism as the highest stage of capitalism and the creation of a communist society. Post-Soviet comparatists, or at least a substantial cohort of them, consider that former socialist legal systems, if no longer socialist, fall into some transitional category as the move on to another status, whatever that may be. Some regard this status as a return to the Romano-Germanic family (assuming they were part of that family), although that is a novel status for the Central Asian, Caucasian, and Mongolian legal systems. Yet others, including the present writer, see “transitional” as a position in itself – a species of mixed legal tradition (rather than system) that incorporates substantial key elements of the socialist legal

<sup>17</sup> Compare David (1950) (n 9) with the Brierley translation (1985) (n 7).

system with others which originate in the presocialist past of the legal system concerned or in adaptations of modern market-oriented mechanisms. The Zweigert/Kötz treatise on comparative law, which had treated socialist legal systems as a distinct family, was obliged in its third edition to omit the chapter completely – an enduring symbol of the lacuna left in comparative legal circles by the collapse of the former Soviet Union<sup>18</sup>. In a sense this article and the Conference to which it is addressed ask whether Asian socialist legal systems might appropriately fill the gap left by the disintegration of the Soviet Union.

Before proceeding to the common core of socialist legal systems, if such there be, it is appropriate to observe that there have been at least three distinct dialogues about the nature and distinctiveness, or lack thereof, of Soviet/socialist legal experience. One addressed “Stalinism” and asked whether it was possible to isolate and identify what was distinctively “Stalinist” about Soviet law in comparison with the post-Stalinist period<sup>19</sup>. A second dialogue asked what was distinctively “Soviet” about Soviet law, in essence a microcosm of the issue now being raised with respect to Asian socialist legal systems<sup>20</sup>. The third, alluded to above, inquired whether there was a common core that distinguished socialist legal systems as a family and differentiated them from other families of legal systems – chiefly the Anglo-American and Romano-Germanic families<sup>21</sup>.

The Russian science of comparative law – still greatly attracted by the concept of “families of legal systems”<sup>22</sup> – remains divided as to whether Russian law (and presumably other CIS legal systems) is within or outside the Romano-Germanic legal family. Some comparatists consider this to be so, others do not. Many see Russian law as falling within the category of “transitional” legal systems whose ultimate destination, for comparative law classification purposes, remains as undetermined as it is uncharted<sup>23</sup>. Some recognize that Russia and other CIS countries may become “hybrid” legal systems<sup>24</sup>. Glenn

<sup>18</sup> K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Weir T transl, 3d ed, 1998). Even in the second English edition (1992) the authors had cautioned: “Today, however, the very existence of a socialist legal family is seriously in question” (p. 297).

<sup>19</sup> See: D Barry and G Ginsburgs and P Maggs, *Soviet Law After Stalin (1977-1979)* 3 vols. The specific legal component(s) in a “totalitarian” State and its legal system could not be satisfactorily isolated and identified. In particular, it has been difficult to identify uniquely totalitarian elements of law and legal systems which cannot be otherwise described (authoritarian, dictatorial, and so on). Although examples of “totalitarian” legal systems cited in the literature happen to be associated with a particular ideology, the presence or absence of an ideology does not appear to be decisive. The “seeds of totalitarianism” have been traced as far back to China in 210 to 258 bc. See: В Лафитский, *Сравнительное правоведение в образах права, т II* (2010-2011) 394.

<sup>20</sup> See: H Berman, ‘What Makes Socialist Law Socialist?’ (1971) 5 *Problems of Communism* XX 24-30.

<sup>21</sup> Hazard (n 13).

<sup>22</sup> For recent examples, see: В Чиркин, *Основы сравнительного правоведения* (2014); В Власов и Г Власова и С Денисенко, *Сравнительное правоведение* (2014).

<sup>23</sup> See the Uzbek jurist, Saidov (n 5); Ю Тихомиров, *Курс сравнительного правоведения* (1996); М Марченко, *Сравнительное правоведение* (2001); id, *Правовые системы мира* (2001).

<sup>24</sup> P de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (3d ed, 2007) 193.

saw “force” as the overriding characteristic of Soviet law and gave but the most cursory attention to Russia at all<sup>25</sup>.

Before proceeding further, a brief comment on terminology. The term “Soviet law” here is usually being used in multiple senses to refer to the law in force within the Union of Soviet Socialist Republics from 1917 to 1991 (and thereafter as it still may be in force in the post-Soviet States), including the years from 1917 to 1922 before the USSR was formally created. From approximately 1936 onwards the term “socialist law” emerged to act as a characterization of a level of societal development that the USSR and eventually some other countries achieved even though no country was ever named “socialist”, although that word was sometimes incorporated into the name of the country (e. g., Czechoslovak Socialist Republic; nonetheless, the law was still Czechoslovak law, and the extent to which that law was “socialist” was an attribute of content rather than a consequence of statehood). Similarly, the appellation “socialist legal system” is used without the country concerned necessarily having been regarded ideologically as achieving a fully-fledged “socialism” in the Marxist-Leninist meaning and constituting, for example, a “people’s democracy” or a “people’s democratic republic”).

Although comparatists share different views with regard to what the distinguishing indicia of a socialist legal system were/are, the following would figure in the discussion<sup>26</sup>:

- 1) private ownership of the means of production leads to the exploitation of man by man and should be replaced by socialist, State, and social forms of ownership, usually achieved by the nationalization of private property and State predominance in the economy;
- 2) capitalist anarchy in production and distribution relations is replaced by State economic planning and centralized distribution; five-year and one-year economic plans are issued in the form of a law;
- 3) antagonistic class elements are eliminated or isolated through various means of legal discrimination (deprivation of some civil rights, class justice);
- 4) the laboring masses comprise the people and those who use hired labor for their personal enrichment do not fall within the concept of the “people”;
- 5) class struggle is the driving force of historical change, and class enemies may take the form of exploiters or enemies of the people;
- 6) members of the working proletariat are accorded certain advantages in comparison with the peasantry and intelligentsia, at least in principle;

<sup>25</sup> Glenn (n 3); the second edition was collectively reviewed in *The Journal of Comparative Law*, I (2006) 100-176 (Russia, reviewed by W Butler, pp. 142-146). Russian, Ukrainian, and Kazakh law students have enjoyed access to several editions of David since 1967 in the Russian language, as well as to Zweigert and Kötz.

<sup>26</sup> These are abstracted and conflated from a number of works by, principally but not exclusively, Soviet and post-Soviet comparatists, but set out in my own formulations. All are legitimately the subject of discussion and would generate disagreements or reformulations in the hands of any general comparatist.

7) the Communist Party or leading party under another name plays the role of vanguard in the State and enjoys a monopoly of political power;

8) social (that is, non-State) organizations must be under Party direction; religious organizations may be tolerated, but are not encouraged, and experience various levels of persecution;

9) Marxism-Leninism operates as the official State and Party ideology, in some countries complemented by the doctrinal writings of indigenous leaders;

10) drawing upon the experience of the Paris Commune in the early 1870s, the foundation of the State system is the “soviets”, or councils, which acted as agencies of State power (as distinct from agencies of State administration);

11) the separation of powers is recognized, but not the principle of checks-and-balances;

12) the principle of democratic centralism within the State system means that medium-level and local soviets are subordinate to superior soviets, and the principle of dual subordination means that executive committees of soviets are subordinate to their own soviet and to their superior executive committee;

13) courts at the lowest levels are elected directly by citizens and at the higher levels by the respective soviets. The principle that judges may not be removed is not recognized in socialist legal culture;

14) the exercise of rights and freedoms is subject to the cause of achieving socialism or communism and to the leading role of the Party;

15) the distinction between public and private law is not recognized;

16) unequal forms of ownership, discouragement of personal enrichment, cooperative marketing of goods; civil marriage; duty to rescue socialist property; greater emphasis given to crimes against the State and ideological crimes; discouragement or prohibition of strikes in labor relations; and many others are features of the socialist legal tradition.

These are regarded in combination as salient features of socialist legal systems as they existed in the twentieth century. Their precise configuration may differ from one socialist legal system to another. The question with respect to Asian socialist legal systems is whether they are present and to what extent; if present, are they reinforced, counter-balanced, overshadowed, or otherwise altered by local considerations and factors within each Asian socialist legal system. Nonetheless, taken together these are among the major criteria by which one might judge what makes an Asian socialist legal system socialist.

#### *Competing Characterizations of Legal Systems in the Socialist Tradition*

But the foregoing are not the only criteria for classifying legal systems into families. We turn to others, each of which insofar as applicable is capable of offering insight into the legal life and stature of the legal system concerned.

Socialist-Totalitarian Legal System. In the post-Soviet era some jurists have reclassified the Soviet legal system as a “totalitarian” system which was not truly “socialist” and which, in their view, belongs in a distinct family of legal systems. They regarded Russia as being within this family and doubtless would consider Asian socialist legal systems to be of this type<sup>27</sup>. This classification has not been widely accepted in comparative law circles because it is, in effect, a classification based principally upon political characterizations of leaders (Stalin, Hitler, Pol Pot, and so on) rather than legal principles and institutions<sup>28</sup>.

### *Socialist Legal Systems as Technocratic Legal Systems*

The observation has been and is being made in comparative-law circles that the legal systems of western countries, including the former Soviet republics and the former Central European socialist legal systems, are becoming increasingly “technocratic”. For these purposes “technocracy” means that normative legal acts are being drafted more in the style of “technical documentation” than in the style of “legislation”. The excessive detail means the enactments lose any link with reality, reflecting, as Lafitsky expressed the position, “the illusions of their compilers”<sup>29</sup>. The more they are divorced from reality, the greater the reliance upon sentences and words that are meaningless.

In effect, a technocratic legal system moves away from setting out general principles of law in the texts of legislative acts and indulges in excessive legislative activity, “over-legislates”. Partly this trend results from the absence of a clear doctrine and principle determining the spheres of social life in which it is inappropriate for the State to intervene. Legal theorists devise concepts of the “perfect legal system” to which ideal legislation should correspond, but fail to indicate those domains of human existence which the State in the broadest sense of the word should refrain from regulating. In practice, legislation becomes increasingly fragmentary as it explodes in quantity and more easily reflects the interests of special groups.

The language and terminology of legislation is no longer comprehensible by the average citizen in a technocratic legal system. Judicial practice tends to follow legislative patterns, and as a result in a technocratic legal system the

<sup>27</sup> See, for example: С Алексеев, *Теория права* (1993); Чиркин (n 22) 315-30.

<sup>28</sup> The term originated in the Italian as “totalitario” and first appeared in its English language guise in the translation of Luigi Sturzo (1871-1959), *Italy and Fascism*, transl. Barbara Barclay Carter (1926). As a political characterization it received considerable purchase in the philosophical analysis by Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (1951), originally published at London as Arendt, *The Burden of Our Time* (1951). I. Il'in, a leading émigré Russian legal philosopher, introduced the term in his work on the essence of legal consciousness when he completed his final emendations to that work ca. 1953. The term did not appear, presumably because it did not exist, in the 1919 proofs of this work. One may reasonably assume that Il'in became aware of the term as part of its cold war currency and, indeed, may have been among the first Russian jurists to include the term in his doctrinal oeuvre. See: Ю Лисица, (ред.), И Ильин, *Сочинения в двух томах*, т 1 (1993) 107; I Il'in, *On the Essence of Legal Consciousness* (Butler W ed and Grier P, 2014).

<sup>29</sup> Ibid.

William Elliott Butler

issues confronting the courts move away from the application of legal principles towards the application of technicalities of construction that defy sound reason.

Measured by the standard of “technocracy”, the Romano-Germanic, Common Law, and former socialist legal systems form a single family. One may conjecture about the extent to which elements of technocracy were accelerated by the introduction of national economic planning within the socialist legal tradition and continue to be reflected by the introduction of “administrative regulations” and similar normative legal acts in the post-Soviet legal systems. Technology itself doubtless furthers “technocracy” by reducing the costs of publication and dissemination of the texts of normative legal acts.

The Asian socialist legal systems may well regard themselves as falling within the technocratic category and for good reason. Nonetheless, many comparatists might suggest that the Asian socialist legal systems embody a different approach to the systematization and codification of legislation than European socialist legal systems had done. Asian legislation tends to be less specific and detailed than European counterparts<sup>30</sup>, and to this extent, less, arguably, technocratic.

#### *Socialist Legal Systems as “Formalist”*

Modern legal systems may be characterized not only by the volume of normative legal acts which they adopt, but by the way in which those acts are interpreted and applied. Comparative lawyers, legal practitioners, and socio-legal specialists have noted the extent to which post-Soviet legal systems have preserved, some would say reinforced, the “extreme formalism” as a characteristic Russian pattern of thinking about what law is and how it should be understood. The origins of this phenomenon have yet to be fully explored. Whether it originated in Soviet legal experience or existed previously and merely found a congenial context in national economic planning remains to be explored, not least in comparative studies of legal systems whose historical experience differs.

The formalist approach is embodied in Article 213 of the Civil Code of Ukraine, which instructs courts when interpreting contracts: “if the literal meaning of the words and concepts, and also the terms generally-accepted in the respective sphere of relations, does not make it possible to elicit the content of individual parts of the transaction”, their content shall be established, in the event of ambiguity, by comparing the contract provisions with other provisions and the sense of the contract as a whole. Only if that approach fails may the court take into account the purpose of the contract, including preceding negotiations,

www.pravoua.com.ua

<sup>30</sup> Compare, for example, Russian constitutions of most any period and civil codes with Chinese counterparts. For that matter, Central Asian codifications have been, as a rule, less detailed than those of European socialist legal systems.



practices between the parties, customs of business turnover, and subsequent conduct of the parties. This formulation, it should be stressed, is a post-Soviet formulation, but one which departs but little from the earlier Soviet civil codes<sup>31</sup>.

The plausibility and efficacy of a Planned Economy from a legal perspective depends upon the rationality of the planning “command system” of normative legal acts implementing the Plan and disciplining the discretion of actors within the system. There can be minimal scope, if any, for human volition, lest the symmetry of Plan relations be disturbed. A literal approach to the interpretation of contracts (and of legislation and treaties) is essential. Whether the “characteristic” was created by the Soviet Planned Economy or originates in earlier Russian experience requires further investigation. Whatever the answer, there is a mental set in post-Soviet legal systems and among legal professionals that finds reflection in the general population. With reference to Russia, two observers have commented:

The manner in which law is interpreted is formalistic in the extreme; law in practice is expected to be equated with the letter of the law. In other words, the characteristic Russian vision of law does not allow space for interpretations that would give prominence not so much to what the law actually says, as to what its makers intended to bring about, with an appreciation that any given legal principle or situation should be adjusted to fit the circumstances. However, in extreme formalism, the legal space of law is restricted to the law as it is written down. It is assumed that if the law is a good law, it must be applicable to any relevant circumstances just as it is written; when the time comes to implement the law there can be no legitimate requirement for flexibility or adjustment. It follows that there is very limited provision for a judge to exercise discretion and adapt the content of the law to specific circumstances of a particular situation, as judges do in many other jurisdictions<sup>32</sup>.

In the language of socio-legal studies, this would appear to be an example of where the “law in the books” and the “law in action” coincide and the “law in the books” has an overriding impact on law in practice. Although Article 431 of the Russian Civil Code and the equivalents in other post-Soviet civil codes address the interpretation of transactions or contracts, it has been generally

<sup>31</sup> See: W Butler (ed and transl), *Civil Code of Ukraine and Law of Ukraine on Private International Law* (2011) 66; also see: Article 431, in Butler (ed and transl), *Civil Code of the Russian Federation* (2016) 245-6. In 2015 Article 431 was amended to provide that if the literal interpretation does not enable the content of the contract to be determined, the “true common will of the parties” is to be taken into account by eliciting all the respective circumstances.

<sup>32</sup> M Kurkchiyan and A Kubal (eds), *A Sociology of Justice in Russia* (2018) 268. In ca. 1999 a member of the United States Supreme Court and a senior appellate judge were sent to Russia in order to explain to Russian judges of all the court systems why and how in corporate cases it would be advisable for Russian courts to have regard to the interests of parties (for example, stockholders) who were not before the court but nonetheless might be affected by the outcome of litigation between the parties – an approach that would have required a modification of the principles set down in Article 431 of the Civil Code.

understood to extend to all interpretation, including statutory interpretation, and is an integral element of legal education in all post-Soviet law faculties.

### *Socialist Legal Systems as Transitional*

All modern legal systems experience legal change of greater or lesser moment, but few claim to be in “transition” from one developmental stage to another. As noted above, Russian legal doctrine during the Soviet era claimed to be constantly in transition towards the creation of a socialist and, ultimately, a communist society. Asian socialist legal systems presumably have not abandoned that ideological position, although it may have been sublimated to other considerations. In the post-Soviet period, Russian law has purported to be in transition while dismantling the legal norms and legacy of the Soviet era. In this sense, Russian law in the Soviet and post-Soviet periods has been avowedly “transitional” since 1917. The element of “transition” does not appear to be as salient in Asian socialist legal systems, although they would, in principle, appear to fall within the framework of being transitional not in a movement away from socialism towards a market economy but in the direction of continuing to perfect socialism and move on to what they consider to be higher levels of societal development.

The question within comparative law is: “transition” from what to what, or from where to where? Modern Russia is plainly no longer part of the socialist family of legal systems. Some comparatists believe that Russia already has returned to, or always been a part of, the Romano-Germanic family of legal systems. Although Russia is a member of the Council of Europe and in the process of doing so received elements or standards of European human rights law into the Russian legal system, and likewise has modified its legislation to accommodate membership in the World Trade Organization, that “approximation” or “harmonization” of the legal systems is far from completed<sup>33</sup>.

Russia has never officially declared an intention to become part of the Romano-Germanic family of legal systems in the non-EU sense of the word, and it remains unclear what the threshold criteria would be to qualify for classification in that family. Whatever the criteria may be, it is not simply a matter of “reversing”, or “repealing”, or “substituting” the legal changes from the Soviet era, as some comparatists have suggested<sup>34</sup>. With respect to Asian socialist legal systems, the same question would arise: is it possible, even

<sup>33</sup> Both the Council of Europe and the World Trade Organization are international organizations established by treaty and subject to the law of treaties. Within their respective parameters, however, both are developing a body of law applicable to the legal relations that arise under their respective treaties. To the extent that law is formulated, articulated, and enforced by Council of Europe and WTO institutions, it is not inappropriate within the framework of comparative legal analysis to refer to the constituents of those legal rules as members of the Council of Europe or WTO family.

<sup>34</sup> See: Glenn (n 3) 348.

conceivable, that economic and other reforms could proceed to such a stage that any one of the present Asian socialist legal systems could be regarded as falling within the Romano-Germanic legal family, or would they be expected to “transition” to something quite different from European legal models.

It is worth bearing in mind that for Asian socialist legal systems the advent of Marxism-Leninism and its legal accoutrements is a European import.

### *Socialist Legal Systems and the Romano-Germanic Family*

Those comparatists who regard the Russian legal system as an integral part of the Romano-Germanic family of legal systems have emphasized the influence of continental European legal traditions, values, and rules upon the development of Russian law, the existence of Russia within continental historical experience and legal development, the numerous similarities of Russian approaches to law and legal institutions with those of continental Europe<sup>35</sup>, and an alleged impact of the Roman law tradition upon Russian legal developments, whether received via Byzantium or through western Europe<sup>36</sup>. For those comparatists who perceived the “socialist legal tradition” to be a development within the Romano-Germanic legal tradition, *a fortiori* Russia continues to be a part of that tradition. Many modern Russian and Ukrainian comparatists describe the Russian legal system as “gravitating” towards the Romano-Germanic family<sup>37</sup>.

While some observe that ‘the legal system of Russia has no distinctions of principle’ when compared with the legal systems of continental Europe, nonetheless the ‘Russian legal system has still not become fixed in comparison with the leading legal systems of the family of continental law’<sup>38</sup>. It is, in other words, a legal system still in transition from its socialist past to its undetermined future.

While it would be a bold comparatist who placed China, Laos, North Korea, or Vietnam within the Romano-Germanic family of legal systems, there are undeniably certain features of the Romano-Germanic legal family to be found in each of those legal systems, although one may argue whether their presence is to be attributed to their pre-socialist legal experience or to the Soviet influence

<sup>35</sup> Some jurists believe that the legal systems of Russia and Ukraine, as well as the other post-Soviet legal systems, belong to the Romano-Germanic system or continental legal family without any reservations. See: Л Луць, *Сучасні правові системи світу* (2003) 111, 114.

<sup>36</sup> But for an analysis of European private law experience that distinguishes between the Eastern and Western European approaches, see E Kharitonov and O Kharitonova, ‘Classification of European Systems of Private Law’ in Butler W and Kresin O and Shemshuchenko Iu (eds), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies* (2011) 255-75. On the reception of Roman law generally in Eastern Europe, including Russia and Ukraine, and studies of the Roman legal heritage, see E Kharytonov and O Kharytonova, ‘From Comprehension of the Reception of Roman Law to a General Theory of the Interaction of Legal Systems: Raising the Issue’, in Butler and Kresin (n 16) 108-132.

<sup>37</sup> See: *Порівняльне правознавство* (2003) 46.

<sup>38</sup> See: Власов и Власова и Денисенко (n 22) 220, 221.

William Elliott Butler

on their early development<sup>39</sup>. China and Vietnam have assuredly adapted elements of Anglo-American legal experience too, and in general adapted themselves to global legal requirements laid down in the GATT and the treaty framework of the World Trade Organization.

#### *Asian Socialist Legal Systems as “Mixed” Legal Systems*

There is no such thing as, and perhaps never has been, a “pure” legal system. All legal systems are “mixed” systems; the mere fact that an individual legal system is, for the purposes of classification, thrown together with others suggests an analytical “mixture”, if nothing else. The term “mixed legal system” is used variously in doctrinal writings, sometimes to refer merely to legal systems combining elements of the “civil law” and “common law” traditions; sometimes to refer to a “third family” of legal systems having overlapping civil law and common law elements; sometimes to describe other combinations of legal traditions (religious, tribal, socialist, customary, civil, common, and so on). Although the subject of “mixed” legal systems has generated a substantial literature in recent times, Russia does not figure in these writings except for the most passing mention as a “transitional” legal system and Asian socialist legal systems would appear not yet to have been a component of this discourse<sup>40</sup>.

The history of Russian law gives more than ample evidence of the multiple influences of other legal traditions throughout Russia, but not the classic juxtaposition of “civil law” and “common law” influences. If there is to be any serious trace of “common law” influence in Russia, this is a development of the period since 1991 and the outcome of individual law reform undertakings that deliberately drew upon Anglo-American legal experience or upon “common law” elements of European legal institutions and rules. Under any definition of a “mixed legal system”, Russia would constitute one of the most complex (and interesting) examples.

The same would seem to apply to the Asian socialist legal systems. All have been exposed at some moment of their history to at least the importation of Soviet legal experience and Soviet legal models. Generations of jurists from each Asian socialist legal system were educated in the former Soviet Union. Each

<sup>39</sup> See Jerome Cohen, ‘Introduction to Part V’, in John Gillespie and Albert H Y Chen, *Legal Reforms in China and Vietnam: A Comparison of Asian Communist Regimes* (2010) 271:

<...> the Soviet model <...> continues to rule Vietnam’s legal system from the grave. Yet, although the subject has attracted too little attention, China’s experience in adapting the Soviet legal system to a Confucian/Buddhist tradition that had not been deeply affected by previous importation of Western law proved useful to Vietnam <...> Vietnam’s largely unobtrusive borrowing from China’s experience is reminiscent of China’s more visible adoption, in the early decades of the twentieth century, of aspects of the Continental legal model via Japan <...> as well as directly from Europe”.

<sup>40</sup> See: Esin Öricü, ‘What is a Mixed Legal System? Exclusion or Expansion?’ in Öricü (ed), *Mixed Legal Systems at New Frontiers* (2010) 77.

Asian socialist legal system was the recipient of substantial foreign assistance from the USSR that included legal assistance. At various times and to varying degrees, there were in essence “Soviet legal transplants” introduced into the Asian socialist legal systems, the full measure of which remains to be analyzed. In addition, each Asian socialist legal system contains elements of customary law or traditional law that operate side by side with modern legislation.

#### *Eurasianism and Asian Socialist Legal Systems*

What constitutes Asia, a question raised at the outset of the present article, and how Russia relates to what constitutes Asia, cannot be overlooked in a discussion of what makes Asian socialist legal systems socialist. After a quarter-century of introducing Western market-orientated legal reforms, for the moment at least Russia has decided not to pursue a closer association with European institutions and would appear to have resiled from any wish to become a member of the North Atlantic Treaty Organization or the European Union. There are strong indications that Russia will join or encourage efforts to disengage in some measure from the effects of decisions of the European Court for Human Rights. There has been simultaneously a revival of interest in two-related notions: Slavonic identity and Eurasianism.

#### *Family of Slavonic Legal Systems*

Russians are among the early Slavic peoples<sup>41</sup>, although Belarus and Ukraine figure marginally in most discussions, if at all<sup>42</sup>, in comparative law circles with respect to the existence of a Slavonic family of legal systems. A “native, pure, and distinctive Slavic legal system” never came to pass, as Wigmore observed, yet he devoted nearly 80 pages of his treatise on the world’s legal systems to those inhabited principally by Slavs<sup>43</sup>. The category of “Slavonic law”, as a term, poses some of the same conundrums that “comparative law” does. There is no country called “Slavonia” and therefore no positive law which purports to govern all peoples of Slavonic ethnic affinity or origin.

Instead we are dealing with an ethnos whose rulers formed sundry entities and allegedly gave expression in their positive-law enactments to Slavonic mores, values, traditions, folkways, and the like. Slavonic law, insofar as expressed in norms, is customary law, or is a body of values reflected in particular

<sup>41</sup> S Plochy, *The Origins of the Slavic Nations: Premodern Identities in Russia, Ukraine, and Belarus* (2006).

<sup>42</sup> A recent major multi-volume treatise on comparative law begins with the “legal systems of Eastern Europe” and, following introductory chapters on the history and subject-matter of comparative law, devotes chapters to the “national legal systems of the Slavonic world”: Russia, Poland, Czech Republic, Bulgaria, and Croatia. Ukraine and Belarus are not given separate treatment. See: В.Лафитский (ред.), *Сравнительное правоведение: национальные правовые системы, т 1* (ИЗиСП, КОНТРАКТ 2012) 119-527.

<sup>43</sup> J Wigmore, *Panorama of the World’s Legal Systems* (Library ed, 1936) 733-808. Others who singled out “Slavonic law” as a basis for classifying families of legal systems included Adhémar Esmein (1848-1913) and Adolf F. Schnitzer (1889-1989). See: A Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre* (2d ed, 1963).

formulations of positive State legislation in countries where the Slavonic population is predominant, or is a sub-stratum of natural law founded on the religious principles of Christian Orthodoxy. For some comparatists the concept of a family of Slavonic legal systems falls within a larger classification of the “legal community of the Christian tradition of law”, which includes Slavonic, Romano-Germanic, Common Law, Scandinavian, and Latin American legal families. Jurists of this persuasion emphasize the Christian writings that determine the “spiritual heart”, distinctive features, and, ultimately, the fates of the major legal systems of the world. The Christian roots of individual legal enactments are traced<sup>44</sup>.

Comparative research on Slavonic legal systems originated in the nineteenth century within the Eastern European countries concerned and eventually became known to western European comparatists<sup>45</sup>. The pioneer in this field was the Polish legal scholar, W. Maciejowski (1793–1883), who published a four volume history of Slavonic legislation between 1832 and 1835. The purpose of his work was to demonstrate that there existed in Europe, in addition to Roman and German law, legislation distinctive in its foundation and original in its development – Slavonic legislation<sup>46</sup>. The immediate German translation of this work made it accessible to an all-European audience.

Within the Russian Empire, Russian and Ukrainian jurists elaborated his approach. Among these was N. Ivanishev (1811–1874), who argued persuasively that Russian criminal legislation could only be understood against the background of Slavonic legislation generally. A national school of Slavonic law emerged which led to the conviction that medieval Russian law should be studied by means of comparing it with the law of other Slavonic peoples. M. Vladimirkii-Budanov (1838–1916), F. Leontovich (1833–1911), I. Sobestianskii (1856–1896), Baltazar Bogišić (1834–1908), F. Taranovskii (1875–1936), and others became active proponents and followers of the proposition that Slavonic law should be studied comparatively and distinguished from other legal traditions<sup>47</sup>.

In his Ilchester Lectures at Cambridge University in 1900, F. Zigel (1845–1921), *professor ordinarius* at Warsaw University, suggested that Slavonic law was the

<sup>44</sup> See, for example, Р Папаян, *Христианские корни современного права* (Норма 2002); Ю Зюбанов, *Христианские основы уголовного кодекса Российской Федерации* (Юстина; Проспект 2007).

<sup>45</sup> Among the western comparatists who drew attention to Slavonic law was R. M. Dareste de la Chavanne (1824–1911), who published several articles during the 1880s and collected these in *Études d'histoire de droit* (2d ed, 1908), later published in Russian as Р Дарест, *Исследования по истории права* (репринт изд, 2012). One modern comparatist believes that the reception of Byzantine legal forms and norms was facilitated the fact that ‘<...> in Byzantium itself they were drawn up under the influence of a Slavonic element’. В Синюков, *Российская правовая система: введение в общую теорию* (2-е изд, 2010) 106.

<sup>46</sup> В Мацеровськи, *История славянских законодательств* (1958) I, 3. A German translation was published at once. See: Maciejowski, *Slavische Rechtsgesichte* (transl, 1835–1839) 4 vols.

<sup>47</sup> See, generally, M Damirli, ‘Comparative-Legal Science in Ukraine: Theoretical-Methodological Traditions’ (2013) VIII Journal of Comparative Law 1–44.

law of an agricultural people and, insofar as the Slavic peoples lived according to their old customs and usages preserved only by tradition, was perhaps nearer to English and American law than to the law of continental Europe. In his view the rules of Slavonic law were more independent of Roman and canon law than in Europe. The Slavs elaborated their legal rules themselves; the undoubted substantial influence of foreign ideas was confined to ideas and did not affect the legal rules themselves<sup>48</sup>.

The fundamental approach developed by Russian, Ukrainian, and other comparatists during the nineteenth century is mostly shared by their modern colleagues who support the idea of a family of Slavonic law and legal systems. They believe that Slavonic law is where “Christian values find their fullest embodiment”<sup>49</sup>. The Slavs, they observe, are the largest and probably the most ancient ethnos in Europe, today comprising about one-third of the inhabitants there. They believe that Slavonic law is developing during recent decades at the greatest rate, increasingly exerting more influence on other Christian legal families.

Specific features of Slavonic law, including, in this view, Russian and Ukrainian law, are identified as a distinctive relationship among the State, the law, and the citizenry which emphasizes (notwithstanding historical experience to the contrary) the depersonalization of authority, a non-class and non-estate organization of society, and an unusually strong sense of collectiveness and community. Economic development, in this view, has proceeded on the basis of collective forms of economic management expressed in the peasant community, artel, agricultural cooperative, labor democracy, traditions of local self-government, and others. The individual has a special type of social status in which collectivist elements predominate in legal consciousness and a sharp line is not drawn between the individual (and individualism) and the social State.

### *Eurasianism and Asian Socialist Legal Systems*

At first glance, the notion of Slavonic legal systems would appear to preclude any interest or concern with respect to Asian legal systems, none of which are Slavonic in origin or nature. As it happens, however, doctrines of Eurasianism are indebted to many of the same intellectual forces that reinvigorated interest in Slavonic law. Since about 2011 there has emerged a pronounced Russian “pivot to the East”. Economic communities that existed as essentially “customs

<sup>48</sup> See: F Sigel, *Lectures on Slavonic Law* (1902).

<sup>49</sup> Лафитский (н 42) I, 200. But compare D Lukianov, ‘Religious Legal Systems: Features and Classifications’ in Butler and Kresin and Shemshuchenko (n 36) 304-17. Legal systems in the Christian tradition are not singled out by Lukianov. Also see, with emphasis on the religious dimension, the dissertation by М Рязанов, *Слов’янське право і слов’янська правова культура: загальнотеоретичний аспект* (2013): ‘<...> Slavic legal culture as a culture with general religious penetration in the form of Orthodoxy, the complex of religious and ethical factors that define a special (Slavic) outlook, a special world of spirituality – the Slav’s sense of justice and legal mentality; law is always synonymous with righteousness, truth, and justice’.

William Elliott Butler

unions” were reorganized and endowed with broader functions under the guise of being “Eurasian” in membership and scope. Belarus, Kazakhstan, and Russia were joined by Kyrgyzia and Armenia, with other Central Asian members in prospect. This is a legal framework that the European Union regards as inconsistent with membership in or even close association with the European Union.

The notion of Eurasia was elaborated in the early 1920s by patriotic Russian émigrés who found themselves exiled from their home country and sought to find an alternative to Bolshevism that would secure for Russia a major role in the international community as a powerful State<sup>50</sup>. Two individuals closely associated with Eurasianism were P. Savitskii (1895–1968) and Prince N. Trubetskoi (1890–1938)<sup>51</sup>, both devoted to their language, culture, and the Eastern Orthodox Church. The movement was and is not regarded as racial or ethnic, but rather as a vision of a ‘unique, economically self-sufficient continent dominated by Russia’<sup>52</sup> – the continent for these purposes being roughly that of the Russian Empire prior to 1914; that is, encompassing the Central Asian States as an integral part thereof<sup>53</sup>. In its original version the doctrine is regarded as opposed to Eurocentrism, as anti-Western in substance, and as requiring Russia to formulate and elaborate a position in the world community that does not share the full foundations of western democracy and liberty.

The gravitation towards the East, if perpetuated, cannot fail to have implications for the legal development of the Asian socialist legal systems and their Central Asian siblings.

#### *Asian Socialist Legal Systems with National Characteristics*

For all of the undoubted influence of the Soviet legal model upon the legal systems of Central Asia, China, Laos, Mongolia, North Korea, and Vietnam, those legal systems were never clones of the Soviet legal system. Adaptations of greater or lesser moment were introduced from the outset. By the 1980s, China was describing itself as a ‘socialist legal system with Chinese characteristics’<sup>54</sup> – a euphemism that asserted and rationalized departures in legal structures and

<sup>50</sup> See the essays in M Bassin and S Glebov and M Laruelle (eds), *Between Europe and Asia: The Origins, Theories, and Legacies of Russian Eurasianism* (2015).

<sup>51</sup> As part of a series of books entitled the “Eurasian Path”, founded in 2015, twenty-five collected papers of Trubetskoi were assembled without any introductory preface or annotations and on some occasions reprinted without any reference to the original source. See: Н Трубецкой, *Евразийство. Избранное* (2015).

<sup>52</sup> See: Lesley Chamberlain, ‘New Eurasians’ *Times Literary Supplement* (15 September 2015) 14.

<sup>53</sup> ‘The conception of Eurasianism was created in order to overcome the linguistic limitation of the conception of Slavic unity and to impart a more global character to it, for Eurasianism is based not on linguistic, but on continental, unity’. See: Koziubra (n 16) 237.

<sup>54</sup> See: W Butler, ‘China in the Family of Socialist Legal Systems’ (1080) 91 (July/August) *China Now* 11-4; id, ‘The Chinese Soviet Republic in the Family of Socialist Legal Systems’, in Butler (n 6) 1-6.



law reform which distinguished the Chinese (and other Asian legal systems) from the Soviet and Central European versions<sup>55</sup>.

The rationales differed from one to another, but insofar as can be determined (and this deserves closer study) their differences lay in divergent national experiences, cultures, languages, social systems, traditions rather than in elements common to Asian socialist legal systems but distinct from European socialist legal systems. Mongolia for some time was touted as a potential model for third-world countries that had not experienced an industrial revolution. The Mongolian model was "transition to socialism while bypassing capitalism"; this, however, seems never to have been a principle that was espoused by the other Asian socialist legal systems, although possibly the Chinese Soviet Republic during the early 1930s flirted with the substance of the principle.

### *Conclusions*

Classifications of legal systems into "families" or other categories are an exercise in the application of the comparative method. Each classification offers insight into what are perceived to be meaningful distinctions and similarities within and between the groups identified. However, these distinctions and similarities are not fixed, not permanent; indeed, they appear to be experiencing constant change, sometimes rapidly, sometimes gradually. Nor are they physically tangible; they are not *res*, a thing, something one can hold or inspect, or subject to chemical or physical analysis. Depending therefore upon the nature and purpose of the categorization, a legal system or parts thereof may possess characteristics or indicia that fall into multiple categories of legal systems. No scientific canon precludes an analytical framework that illuminates the multi-facetedness of a system of law and its components. Legal systems may be reasonably regarded as "members" simultaneously of several families, depending upon the criteria for identifying one or the other<sup>56</sup>. Given the pace and nature of change, these are necessarily tentative or conditional classifications whose constituency may change or which may outlive their usefulness. The "validity" turns upon the quality of insight each offers into the domain of law, not upon a preordained function or purpose within

The concept of legal families is merely an application of a broader comparative principle, that legal systems on this planet can be grouped into various categories that share distinct common features and that we find such categories instructive in better understanding the nature of law, legal institutions, legal processes, legal traditions, legal cultures – anything useful that we can learn about law. The Asian

<sup>55</sup> Leaving us with the perplexing but challenging analytical perspective: is China, for example, a socialist legal system with Chinese characteristics, or a Chinese legal system with socialist characteristics?

<sup>56</sup> Indeed, some national legal systems constitute "mini-families", being composed of multiple legal orders (Common Law, canon law, *lex mercatoria*, admiralty, civil law) which operate simultaneously within State boundaries. For some purposes these are labeled "mixed legal systems", as noted above.

William Elliott Butler

socialist legal systems are no exception. They deserve analysis in their own right, but they are not a static category. Doubtless they deserve consideration from various vantage points, each of which will be instructive in illuminating aspects of their place on the legal map of the world.

A residual issue remains from the past: whether Asian socialist legal systems can be plausibly compared with other legal systems or families within the traditional framework of comparative law. John Hazard doubted this in the 1960s:

Traditional methods of comparing legal systems fail the analyst who seeks to establish the distinguishing features of the family of Marxian socialist legal systems. The methods of finding and applying law have been the criteria of comparatists for nearly three-quarters of a century. The Anglo-American and Romanist systems have usually been distinguished by differing concepts of sources of law and by contrasting attitudes of judges, clustered around the core concept of the role of the judicial decisions in the legal process <...>. Judges by these criteria the family of Marxian socialist legal systems offers no novelty. Its method is the method of the Romanist, although to a distinguished Islamic scholar skilled in the comparison of laws, there is also an element of holy writ technique in the Marxist system.

Because the family of Marxist systems offers no novelty in attitudes taken toward sources of law or in attitudes shown by judges toward these sources, it has lost the interest of some professors of law engaged in the comparison of legal families as such<sup>57</sup>.

There is a certain ironic justice in the question addressed by this article. The Asian socialist legal systems have become the common core of the socialist legal family, whereas when as late as 1967 it was still the Soviet practice to name and rank those States that were within the socialist legal family and those without, China was not included on the list of countries “building socialism” at the time (nor was Albania)<sup>58</sup>. Mongolia, North Korea, and Vietnam were included on the List.

It should be noted, at least in passing, that there is a counter-thesis implicit in the analysis above. Reduced to its simplest, it would suggest that perhaps rather than inquiring into socialist legal systems with, say, Chinese

<sup>57</sup> Hazard (n 13) 520-1; H. J. Berman remarked in 1971: ‘It is becoming harder and harder to find any single characteristic that is common to the legal systems of the 14 countries generally called Communist’. Berman (n 20) 26.

<sup>58</sup> Ibid 520:

Neither the Chinese nor the Albanian Communists have been ranked as meeting the supreme requirements. The Moscow guardians of the socialist commonwealth have drawn a line semantically between the twelve that maintain among themselves “eternal, indestructible friendship and cooperation”, and the Albanian and Chinese peoples, who are said to exist only in a state of “friendship and cooperation” with the others. The Chinese would rank the same group in reverse order, placing Yugoslavia outside the family and the USSR in the position of a state on its way out.

characteristics, one should instead be pursuing Chinese law with socialist characteristics. The kaleidoscope would permit both lines of inquiry to be undertaken simultaneously.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Abebe S, *The Last Post-Cold War Socialist Federation: Ethnicity, Ideology and Democracy in Ethiopia* (2014) (in English).
2. Arendt H, *The Origins of Totalitarianism* (1951) (in English).
3. Butler W, *Basic Documents of the Russian Legal System* (1993) (in English).
4. —, *Russian Law and Legal Institutions* (2d ed, 2018) (in English).
5. —, *The Mongolian Legal System* (1982) (in English).
6. Cruz P, *Comparative Law in a Changing World* (3d ed, 2007) (in English).
7. Cunliffe B, *By Steppe, Desert, and Ocean: The Birth of Eurasia* (2015) (in English).
8. David R, *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative* (1950) (in French).
9. Glenn H, *Legal Traditions of the World* (5th ed, 2014) (in English).
10. Hazard, *Communists and Their Law: A Search for the Common Core of the Legal Systems of the Marxian Socialist States* (1969) (in English).
11. Plokhy S, *The Origins of the Slavic Nations: Premodern Identities in Russia, Ukraine, and Belarus* (2006) (in English).
12. Quigley J, *Soviet Legal Innovation and the Law of the Western World* (2007) (in English).
13. Schlesinger Rudolf Berthold, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* (1968) (in English).
14. Sigel F, *Lectures on Slavonic Law* (1902) (in English).
15. Alekseev S, *Teorija prava* [Theory of Law] (1993) (in Russian).
16. Chirkin V, *Osnovy sravnitel'nogo pravovedenija* [Foundations of Comparative Law] (2014) (in Russian).
17. Luts L, *Suchasni pravovi systemy svitu* [Contemporary Legal Systems of the World] (2003) (in Ukrainian).
18. Maciejowski W, *Istorija slavjanskih zakonodateľstv* [History of Slavonic Legislation] (1958) (in Russian).
19. Marchenko M, *Sravnitel'noe pravovedenie* [Comparative Law] (2001) (in Russian).
20. Papian R, *Hristianskie korni sovremennogo prava* [Christian Roots of Contemporary Law] (2002) (in Russian).
21. Riazanov M, *Slov'ianske pravo i slov'ianska pravova kultura: zahalnoteoretychnyi aspekt* [Slavonic Law and Slavonic Legal Culture: Fundamental Theoretical Aspect] (2013) (in Ukrainian).
22. Siniukov V, *Rossijskaja pravovaja sistema: vvedenie v obshhuju teoriju* [Russian Legal System: Introduction to General Theory] (2d ed, 2010) (in Russian).
23. Ziubanov Iu, *Hristianskie osnovy ugolovnogo kodeksa Rossijskoj Federacii* [Christian Foundations of the Criminal Code of the Russian Federation] (2007) (in Russian).

#### *Edited and translated books*

24. 'The Chinese Soviet Republic in the Family of Socialist Legal Systems' in Butler W (ed), *The Legal System of the Chinese Soviet Republic* (1983) (in English).

25. Barry D and Ginsburgs G and Maggs P, *Soviet Law After Stalin (1977-1979)* 3 vols (in English).
26. Bassin M and Glebov S and Laruelle M (eds), *Between Europe and Asia: The Origins, Theories, and Legacies of Russian Eurasianism* (2015) (in English).
27. Butler W (ed and transl), *Civil Code of the Russian Federation* (2016) (in English).
28. Butler W (ed and transl), *Civil Code of Ukraine and Law of Ukraine on Private International Law* (2011) (in English).
29. Butler W (ed), *The Legal System of the Chinese Soviet Republic* (1983) (in English).
30. Cohen J, 'Introduction to Part V', in Gillespie J and Chen A H. Y., *Legal Reforms in China and Vietnam: A Comparison of Asian Communist Regimes* (2010) (in English).
31. Hazard J, Butler W and Maggs P, *The Soviet Legal System* (3d ed, 1977) (in English).
32. Il'in, *On the Essence of Legal Consciousness* (ed W Butler and P Grier) (2014) (in English).
33. Kharitonov E and Kharitonova O, 'Classification of European Systems of Private Law' in Butler W and Kresin O and Shemshuchenko Iu (eds), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies* (2011) (in English).
34. Kharytonov E and Kharytonova O, 'From Comprehension of the Reception of Roman Law to a General Theory of the Interaction of Legal Systems: Raising the Issue' in Butler W and Kresin O (eds), *The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches* (2015) (in English).
35. Koziubra M, 'The Legal System of Ukraine: Quest for Identity' in Butler W and Kresin O (eds), *The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches* (2015) (in English).
36. Kurkchiyan M and Kubal A (eds), *A Sociology of Justice in Russia* (2018) (in English).
37. Luigi Sturzo (1871-1959), *Italy and Fascism* (Barclay Carter B trans, 1926) (in English).
38. Lukianov D, 'Religious Legal Systems: Features and Classifications' in Butler W and Kresin O and Shemshuchenko Iu (eds), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies* (2011) (in English).
39. Maciejowski, *Slavische Rechtsgesichte* (transl, 1835-1839) 4 vols (in German).
40. Özücü Esin, 'What is a Mixed Legal System? Exclusion or Expansion?' in Özücü (ed), *Mixed Legal Systems at New Frontiers* (2010) (in English).
41. *Russian Public Law* (3d ed, 2013) (in English).
42. Saidov A, *Comparative Law* (Butler W transl, 2000) (in English).
43. *Shaping a Market-Economy Legal System: A Report of the EC/IS Joint Task Force on Law Reform in the Independent States* (1993) (in English).
44. Tatsyi V and Petryshyn O (ed), *Ukrainian Legal Doctrine* (Butler W English version transl and ed, 2015) (in English).
45. Wigmore J, *Panorama of the World's Legal Systems* (Library ed, 1936) (in English).
46. Zweigert K and Kötz H, *An Introduction to Comparative Law* (Weir T transl, 3d ed, 1998) (in English).
47. Lafitskii V (ed), *Sravnitel'noe pravovedenie: nacional'nye pravovye sistemy [Comparative Law: National Legal Systems]* (2012) (in Russian).
48. Lafitskii V, *Sravnitel'noe pravovedenie v obrazah prava [Comparative Jurisprudence in the Images of Law]* (2010-2011) (in Russian).
49. Lisitsa Iu (ed), *I Il'in, Sochinenija v dvuh tomah [I Il'in Works in Two Volumes]* (1993) (in Russian).
50. *Porivnialne pravoznavstvo [Comparative Jurisprudence]* (2003) (in Ukrainian).
51. *Pravovye sistemy mira [Legal Systems of the World]* (2001) (in Russian).
52. Tikhomirov Iu, *Kurs sravnitel'nogo pravovedenija [Cours of Comparative Law]* (1996) (in Russian).
53. Trubetskoi N, *Evracijstvo. Izbrannoe [Eurasianism. Selected Works]* (2015) (in Russian).
54. Vlasov V, *Vlasova G and Denisenko S, Sravnitel'noe pravovedenie [Comparative Law]* (2014) (in Russian).

*Journal articles*

55. Berman H, 'What Makes Socialist Law Socialist?' (1971) 5 Problems of Communism, XX 24-30 (in English).
56. Butler W, 'China in the Family of Socialist Legal Systems' (1980) 91 (July/August) China Now 11-4 (in English).
57. Chamberlain L, 'New Eurasians' Times Literary Supplement (15 September 2015) 14 (in English).
58. Damirli M, 'Comparative-Legal Science in Ukraine: Theoretical-Methodological Traditions' (2013) VIII Journal of Comparative Law 1-44 (in English).
59. Ehrenzweig, 'Communists and Their Law' (1969, 1970) LVIII California Law Review 1007 (in English).
60. Newton S, 'The Constitutional Systems of the Independent Central Asian States: A Contextual Analysis (2017)' (2018) XIII Journal of Comparative Law 223-32 (in English).

Вільям Елліотт Батлер

### ЩО РОБИТЬ СОЦІАЛІСТИЧНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ СОЦІАЛІСТИЧНИМИ?

АНОТАЦІЯ. У цій статті автор переглядає основи традиційних класифікацій правових систем у порівняльному правознавстві і робить наголос на доцільності калейдоскопічного сприйняття правових класифікацій та відповідних змін, починаючи з періоду революцій 1917 р. і дотепер, з приділенням особливої уваги довгостроковому впливу на азіатські правові системи. Можна стверджувати, що Китай, Монголія, В'єтнам і Лаос разом із Кубою та Ефіопією є останніми системами соціалістичної правової традиції – їх небагато, але за чисельністю населення вони є досить великими. Пропонуються різні підходи до класифікації правових систем. При цьому жоден із них не розглядається як взаємовиключний, тобто окрема національна правова система може демонструвати характеристики декількох правових сімей.

У статті наведено змістовний перелік можливих характеристик соціалістичних правових систем, а також розгорнуте перерахування можливих категорій сімей правових систем: соціалістичних/тоталітарних, технократичних, формалістичних, транзитивних, романо-германських, змішаних, слов'янських, євразійських тощо.

Стосовно азіатських соціалістичних правових систем, автор ставить питання про те, чи буде більш правильним у контексті опису й аналітики характеризувати, наприклад, Китай як "соціалістичну правову систему з китайськими характеристиками" або як "китайську правову систему з соціалістичними характеристиками". У будь-якому разі запитання залишається: на підставі яких чинників Китай можна характеризувати одним або іншим чином? Якою б не була відповідь у певний момент часу, калейдоскопічне сприйняття правових змін і тенденцій спрямоване не так на пошук вічних істин, як на постійне коригування й переоцінку балансу чинників, які формують правову систему, і розроблення відповідних додаткових критеріїв, які допомагають виявити сили, що діють у правовому розвитку.

Ключові слова: соціалістична правова система; тоталітарна, технократична, формалістична, транзитивна, романо-германська, змішана, слов'янська, євразійська правові системи; Китай; Монголія; В'єтнам, Лаос; Ефіопія; Куба; класифікації правових систем; правова сім'я.



## Дмитро Лук'янов

доктор юридичних наук, доцент,  
член-кореспондент НАПрН України,  
завідувач кафедри міжнародного приватного права  
та порівняльного правознавства  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
(м. Харків, Україна)  
lukianov1975@gmail.com

УДК 340.5

### ПРАВОВА СИСТЕМА: ПОНЯТТЯ ТА РІЗНОМАНІТНІСТЬ У СУЧАСНОМУ СВІТІ\*

**АНОТАЦІЯ.** Нині існує необхідність проведення порівняльно-правового дослідження правових систем сучасного світу з метою виявлення їх спільних рис та відмінностей, а також визначення явищ, які не мають якостей правової системи. Важливим загальнотеоретичним питанням є вироблення єдиної термінології для позначення різних правових систем.

Метою статті є аналіз різноманітних правових систем світу, виявлення їх особливостей, відмежування від позаправових явищ, а також вироблення відповідного термінологічного позначення.

Правову систему автор визначає як сформовану під впливом об'єктивних закономірностей розвитку певної соціальної спільноти сукупність всіх її правових явищ, які перебувають у стійких зв'язках між собою та з іншими соціальними системами, що забезпечує її цілісність і правонаступність. Розглядаються ознаки та структура правової системи, розуміння яких дає змогу аналізувати різні об'єкти на наявність необхідних елементів та досліджувати їхні особливості. Найбільш поширеною правовою системою світу є національні правові системи, які утворюються у межах кожної держави. На 2018 р. таких систем нараховується 194. У межах національних систем можуть утворюватися субнаціональні правові системи, які найчастіше існують у федеративних країнах. Проте є випадки формування таких систем у межах країн з унітарним державним устроєм (Данія, Китай, Велика Британія тощо), які мають регіони з особливим автономними правами. Правові системи, що виходять за межі певної держави, позначаються як наднаціональні. Вони, зі свого боку, поділяються на міжнародні та релігійні.

У статті висвітлюється одна з найбільш нагальних проблем сучасності – існування державоподібних утворень, які претендують на визнання власної державності та відповідної правової системи. Аналіз їхніх особливостей та структури дає можливість дійти висновку, що не всі вони фактично створюють державність та правову систему. Автор розрізняє квазінаціональні правові системи, що реаль-

\* Стаття є продовженням досліджень автора: *Релігійні правові системи в сучасному світі* (Право 2015); *Релігійно-правові системи світу: порівняльно-правове дослідження* (дис д-ра юрид наук, Нац юрид ун-т ім Ярослава Мудрого 2016).

но функціонують у невизнаних державах, та псевдоправові, що лише імітують зовнішні ознаки правової системи.

Таким чином, на правовій карті сучасного світу необхідно розрізнити достатньо складну сукупність правових систем, які мають різне походження, особливості та значення. Національні правові системи у сучасному світі є найбільш розвинутими системами права, які фактично утворюють каркас світового правопорядку. Будь-які інші правові системи можуть ефективно діяти лише у співпраці з національним правом. Крім національних необхідно розрізнити субнаціональні та наднаціональні правові системи. Останні можуть поділятися на міжнародні (утворені групами держав) та релігійні (утворені відповідними релігійними громадами). Правові системи невизнаних держав світу позначаються як квазінаціональні. Від правових систем світу необхідно відмежовувати явища, які лише намагаються імітувати державу і право, але фактично мають псевдодержавний та псевдоправовий характер.

Ключові слова: правова система; правова карта світу; національна правова система; наднаціональна правова система; субнаціональна та квазінаціональна правова система; псевдодержава; псевдоправова система.

Термін “правова система” є одним із найбільш вживаних у юриспруденції. Водночас у сучасному світі цим поняттям позначаються досить різноманітні явища. Науковці, державні діячі та юристи-практики, коли характеризують певну правову організацію, часто описують її за допомогою юридичної конструкції “правова система”. Таким чином описуються правові системи різних держав світу, певних міжнародних організацій, релігійних спільнот, інших політико-правових суб’єктів. Звідси випливає запитання – чи можуть всі вони позначатись як правові системи? Чи є явище правової системи настільки різноманітним? Отже, це поняття потребує проведення дослідження, визначення характерних ознак і структури, класифікації та аналізу особливостей кожного виду систем. Важливим загальнотеоретичним питанням є вироблення єдиної термінології для позначення різних правових систем.

Актуальність дослідження підвищується також у зв’язку зі значними політико-правовими змінами, що відбуваються у багатьох державах світу – вимагання більших прав або повне від’єднання певних територій, утворення нових держав і міжнародних об’єднань, активізацією найбільших релігійних громад світу тощо. Все це призводить до значних конфліктів, врегулювання та вирішення яких можливе лише з урахуванням правового характеру цих відносин.

Таким чином, існує необхідність проведення порівняльно-правового дослідження правових систем сучасного світу з метою виявлення їх спільних рис та відмінностей, а також визначення явищ, які не мають якостей правової системи.

Дмитро Лук'янов

Вагомий внесок у розробку загальної теорії систем і використання системного методу в юридичній науці зробили як вітчизняні, так і зарубіжні науковці. Серед них слід відзначити наукові розробки С. Алексєєва, В. Бабкіна, Ж.-Л. Бержеля, Р. Давида, В. Журавського, О. Зайчука, А. Зайця, Ж. Карбоньє, М. Козюбри, А. Колодія, В. Копейчикова, О. Копиленка, Г. Кьотца, Р. Леже, Л. Луць, М. Марченка, Н. Оніщенко, В. Опришка, П. Рабіновича, А. Саїдова, Ю. Тихомирова, Ю. Шемшученка, К. Цвайгерта та ін.

Особливої уваги заслуговує фундаментальна п'ятитомна праця “Правова система України: історія, стан та перспективи”, перший том якої, за редакцією М. Цвіка й О. Петришина, присвячена методологічним та історико-теоретичним проблемам розвитку вітчизняної правової системи<sup>1</sup>, яка здобула Державну премію України в галузі науки і техніки за 2011 р.

Зауважимо, що у вітчизняній науці поняття правової системи почало активно досліджуватися порівняно нещодавно. Серед науковців, які присвятили цьому питанню окремі монографічні дослідження, необхідно назвати В. Журавського, О. Зайчука, Л. Луць, С. Максимова, Н. Оніщенко, О. Скакун та ін.

Однак, незважаючи на увагу, яка приділяється розкриттю змісту поняття “правова система”, а також на широке його використання в різноманітних наукових текстах, низка питань досі залишається без відповідей. Наприклад, які саме ознаки вказують на системність відповідної реальності і які риси дають змогу говорити про її правовий характер? Підсистемою якої більш глобальної системи є правова система – держави чи суспільства? Чи завжди існування правової системи перебуває в необхідному зв'язку з державою чи все ж таки її функціонування може виходити за межі такої політико-територіальної організації?

У порівняльному правознавстві домінуючим є підхід щодо класифікації (типологізації) правових систем на правові сім'ї. Визнаючи його велике значення для дослідження правових систем, необхідно визнати, що він не може бути єдиним у методології компаративістики. За його допомогою неможливо проаналізувати сутність та організацію різних видів правових систем, які існують на сучасній правовій карті світу.

Метою дослідження є аналіз різноманітних правових систем світу, виявлення їх особливостей, відмежування від позаправових явищ, а також вироблення відповідного термінологічного позначення.

Звернення юридичної науки до теоретичної конструкції “правова система” стало закономірним результатом накопиченого досвіду дослі-

<sup>1</sup> М. Цвік та О. Петришин (ред.), *Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України* (Право 2008).



дження різних аспектів формування і реалізації права, виникнення необхідності охопити в єдиній узгодженій характеристиці всі взаємопов'язані правові явища, що дає змогу системно розкрити їх внутрішні й зовнішні відносини. Основою методології такої теорії є застосування системного підходу до аналізу правових явищ, за допомогою якого певний об'єкт розглядається як багатоаспектне явище, що складається з різноманітних елементів, зв'язки між якими утворюють відносно стійку структуру та забезпечують його цілісність.

У ХХ ст. системний підхід почав активно застосовуватися провідними науковцями світу в багатьох напрямках наукових досліджень (у біології – Л. фон Берталанфі, у кібернетиці – Н. Вейнером, у соціології – Т. Парсонсом тощо). Суспільні науки також стали приділяти увагу системним дослідженням. На відміну від інших видів систем, “соціальна система” являє собою інтеракції індивідів, в якій кожен учасник є одночасно і діючою особою (яка має певні цілі, ідеї, установки тощо), й об'єктом, на який орієнтовані інші діючі особи і вона сама.

Усі соціальні системи являють собою частину суспільства. Суспільство, зі свого боку, є мультисистемою, що включає в себе економічну, політичну, правову, культурну та інші підсистеми. Отже, правова система не може існувати поза соціумом й існує лише в суспільстві. Помилковим є розгляд правової системи лише як частини державної організації, навіть незважаючи на всі важливі завдання та функції, що остання виконує стосовно підтримки функціонування правової системи. Право справді потребує спеціальної інституції, яка здійснювала б загальний контроль за дотриманням існуючих правил. Ефективне вирішення цього завдання стає можливим за допомогою нейтральної (неупередженої) і кваліфікованої особи – спільної публічної влади. Відповідно до західної традиції виконання цієї функції покладається на державу як представника всього суспільства, що має для цього необхідні організаційні, матеріальні та інтелектуальні ресурси; у незахідних правових системах ця функція може ефективно виконуватися не лише державою, а й іншими спільнотами<sup>2</sup>. Це спонукає вчених говорити про правову систему як таку, що об'єктивно склалася і є історично обумовленою сукупністю взаємопов'язаних правових явищ та інститутів не тільки конкретної держави (або точніше – об'єднаного в державу суспільства), а й інших утворень у сучасному світі.

Більшість дослідників поділяють думку, що *правова система* поєднує усі правові явища певного суспільства. На наше переконання, правова

<sup>2</sup> С. Погребняк, ‘Основоположні принципи права’ (дис д-ра юрид наук, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого 2009) 36.

Дмитро Лук'янов

система може бути визначена як сформована під впливом об'єктивних закономірностей розвитку певної соціальної спільноти сукупність всіх її правових явищ, які перебувають у стійких зв'язках між собою та з іншими соціальними системами, що забезпечує її цілісність і правонаступність.

Теорія систем дає змогу виокремити такі характеристики правової системи:

1. Правова система є складною соціальною системою, хоча й залежною у своєму походженні й розвитку, але певною мірою автономною від суспільства. Як підкреслює С. Максимов, право є позаприродним явищем, яке знайти у природі неможливо<sup>3</sup>. Правова система існує поряд з іншими системами, відмінними за змістом, сутністю, характером зв'язків між елементами, за ступенем інтегрованості елементів і структур.

2. Правова система складається з різномірних елементів. Деякі з них характеризуються як статичні, деякі – як динамічні. Головним елементом будь-якої правової системи є система права, навколо якої формуються всі інші елементи. Через це можна стверджувати, що право існує, розвивається та функціонує завдяки правовій системі.

3. Зв'язки між елементами правової системи мають не випадковий, закономірний характер, що забезпечує утворення певної структури з відповідним підпорядкуванням, однак не виключає певного ступеня ентропії.

4. Правова система характеризується цілісністю. Це явище – не тільки сукупність певних елементів та їхніх рис. Унаслідок утворення нового цілісного явища у нього з'являються якісно нові риси, не притаманні його складникам, наприклад, здатність забезпечувати правопорядок. Усі елементи правової реальності пронизані єдиним началом, особливим правовим етосом (способом мислення і діяльності), логічна побудова якого передбачає такі рефлектуючі один одного елементи, як суб'єкт права (з притаманною йому “здатністю визнання”) у взаємодії з іншими суб'єктами, система правових цінностей, інтегральним вираженням якої є справедливість, і належна модель поведінки, яка передбачає єдність прав та обов'язків<sup>4</sup>.

5. Є онтологічно відкритою, тобто перебуває у постійному взаємному обміні з навколишнім середовищем. Розглядаючи фактори, які впливають на формування та розвиток права, стає зрозумілим, що це:

<sup>3</sup> С. Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Право 2002) 151.

<sup>4</sup> С. Максимов, ‘Что есть право?’ (2013) 1 Правоведение 238-45.

<...> мають бути такі системні фактори, які забезпечують існування самого життя впродовж вже декількох мільярдів років. А право є відображенням цих системних факторів, правилами, сформульованими у головах людей, їх розумом, який обумовлений все тими ж системними факторами<sup>5</sup>.

У цьому сенсі згадується характеристика Л. Фрідмена, який переконує читача в тому, що не минає жодного дня, навіть години, без взаємодії людини з правом у найбільш широкому розумінні слова<sup>6</sup>. Слід також враховувати, що правова система як система відкрита (така, що взаємодіє з середовищем й обмінюється з ним інформацією) і реактивна (така, чиє функціонування визначається переважно зовнішніми факторами<sup>7</sup>) зумовлює, що ці механізми за походженням мають як внутрішньоприватне (традиційне значення джерел права, їх взаємне співвідношення), так і передусім позаправове походження (мораль, релігія, політика, економіка тощо). Вони (механізми) постійно творять сучасне право, визначають його зміст і майбутнє.

6. Основною операцією, яка визначає особливість цієї системи й забезпечує її цілісність і динамічність, є комунікація між її суб'єктами. У зв'язку з цим особливого значення набуває так званий правовий дискурс, до якого залучені, більшою або меншою мірою, всі суб'єкти права. З цього приводу японські дослідники зазначають, що правова система має динамічний характер, вона підтримується й спонукається до руху правовою практикою не тільки юристів, а й усіх людей, які залучені до правового процесу. Вона розглядається як форум для того, щоб люди з різними думками й інтересами координували свої дії, дотримуючись загальних публічних критеріїв і справедливої процедури, а також застосовуючи самостійні перемовини і розумні диспути<sup>8</sup>.

7. Наявність інституціональних виявів, завдяки чому забезпечується стабільність відносин у часі й просторі. Правова система має відносно сталий характер у часі. Риси, яких вона набуває у процесі історичного розвитку, формуються протягом тривалого часу, мають сталий характер і не можуть бути змінені у стислий строк. Правові системи зберігають свою сутність та основні риси навіть у разі зміни державних форм організації суспільства (розпад держави, втрата незалежності, об'єднання або роз'єднання), тобто демонструють правонаступність.

8. Не є уніфікованою; на відміну від держави у правовій системі немає єдиного центру влади, який представляє всіх інших учасників від-

<sup>5</sup> Д Дедов, *Системные факторы права* (Стартап 2013) 12.

<sup>6</sup> Л Фридман, *Введение в американское право* (Прогресс 1992) 7-8.

<sup>7</sup> И Прангишвили, *Системный подход и общесистемные закономерности* (СИНТЕГ 2000) 53-4.

<sup>8</sup> Цунэо Инако, *Современное право Японии* (Прогресс 1981) 132-3.

Дмитро Лук'янов

носин, здійснює динамічне управління системою з поширенням владних повноважень такого центру на всі цілі, яких прагне досягти така система.

9. Являє собою символічну систему; людська свідомість має здатність розрізнити два види реальності: перша – реальність повсякденного життя, друга – реальність символічна. Людина сприймає та осмислює реальність, зокрема й за допомогою символів, що створені іншими людьми. Правова система є системою, що складається з юридичних понять і зв'язків між ними, у яких в абстрагованій формі відображено певні аспекти реального світу. Юридичні поняття відображають юридичне значення фактів реального світу, зв'язки між юридичними поняттями – юридичну значущість зв'язків між такими фактами.

10. Завжди асоціюється з певним простором, але цей простір не обов'язково означає певну фіксовану територію і контролюється державою. Визначальним стає усвідомлення суб'єктами відповідної соціальної системи своєї належності до неї, своєї ідентичності. Якщо правова система формується і функціонує в межах певної держави, у такому разі використовують назву “національна правова система”. Але в деяких випадках правова система може виходити за межі держави й охоплювати соціальні системи різних країн (саме так виникли релігійні правові системи – мусульманська, канонічна, індуська, іудейська та міжнародно-правові системи, наприклад, європейське право).

11. Перебуває в залежності від світосприйняття конкретного суспільства, його правової культури, належності до відповідної правової традиції, від цінностей, яке це суспільство сповідує, від того, яка модель реальності є для такого суспільства переважаючою. Цінності, що лежать в основі правової системи, зумовлюють весь її характер, особливості функціонування, мають релігійну природу й саме вони легітимізують публічну владу, загальнообов'язкові норми і правила, що діють в суспільстві, критерії належності тих чи інших індивідів до відповідного суспільства.

Узагальнення різних наукових позицій дає можливість виокремити у структурі правової системи суспільства такі її підсистеми:

1) інституційна складова – суб'єкти права (індивідуальні та колективні), що утворюють правову систему;

2) нормативна складова – правові норми і принципи права, які врегульовують відносини між суб'єктами права, система визнаних у суспільстві джерел права;

3) ідеологічна складова – праворозуміння людини (їх груп або всього суспільства), їх правосвідомість і правова культура, правова наука та

правова традиція певного суспільства (до цієї групи належить також система збереження наукових знань та підготовки юристів);

4) функціональна складова – правотворчість, правореалізація, правозастосування, правовідносини, судова та інша юридична практика. Через них фактично здійснюється юридичне життя правової системи, формуються, змінюються та реалізуються права й обов'язки суб'єктів права, передбачені принципами, та норми права;

5) результативна складова – відображає результат дії права, ступінь його соціальної затребуваності та відповідності інтересам суспільства, стан правопорядку суспільства<sup>9</sup>.

Розуміння сутності та структури правової системи дає змогу аналізувати різні об'єкти на наявність необхідних елементів та досліджувати їх особливості.

Незважаючи на значні зусилля у вивченні правових систем сучасності, чимало аспектів їх сутності, видів, закономірностей функціонування та взаємодії залишаються досі малодослідженими. Серед них – питання про види світових правових систем, критерії їх розмежування та особливості. У зв'язку з цим не можна не згадати вислів Р. Род'єра, що вже став хрестоматійним: 'Класифікацій існує майже стільки ж, скільки й компаративістів'<sup>10</sup>.

Американський компаративіст К. Осаке дійшов цілком справедливого висновку, що порівняльне правознавство вирізняє три напрями порівняння: інститути, цілі й рівні<sup>11</sup>. Якщо взяти цю тезу за задану систему координат, то слід зазначити, що нашою метою є характеристика правових систем у межах останнього з названих напрямів порівняння, тобто в основу порівняння покладено такий критерій, як рівень правової системи.

Найбільш поширеним, але неправильним, є підхід, коли всі правові системи визначаються як національні, а через їх сукупність характеризується вся правова карта сучасного світу. Членами Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) на 2018 р. є 193 країни (лише Ватикан, внаслідок свого особливого статусу, із загальноновизнаних держав не є членом ООН), кожна з яких має власну національну правову систему<sup>12</sup>. Юрисдикція національної правової системи поширюється на відповідну територію держави (всіх суб'єктів, що перебувають у її межах) та громадян цієї держави, навіть якщо вони перебувають за її межами. Саме національні правові системи тісніше всього пов'язані з відповідною держав-

<sup>9</sup> М Цвік та О Петришин (ред), *Загальна теорія держави і права* (Право 2009) 562.

<sup>10</sup> R Rodière, *Introduction au droit compare* (Precis Dalloz 1979) 27.

<sup>11</sup> Кристофер Осаке, *Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части* (Дело 2002) 21.

<sup>12</sup> 'Члены Организации Объединенных Наций (ООН)' <<http://www.un.org/ru/members>> (дата звернення: 10.12.2018).

Дмитро Лук'янов

ністю, через що у їхній назві найчастіше вказується на найменування держави – українська правова система, правова система США тощо.

Кожна національна правова система – явище конкретно-історичне, що формувалася під впливом різноманітних соціальних, політичних та економічних процесів певного суспільства й відбиває специфіку культури, релігії, моралі, традицій та мислення народу. Набір цих факторів та їх вплив на формування різних правових систем є неоднаковим, що обумовлює їхню різноманітність у світі.

Необхідно визнати, що національні правові системи у сучасному світі є найбільш розвинутими системами права, які фактично утворюють каркас світового правопорядку. Будь-які інші правові системи можуть ефективно діяти лише у співпраці з національним правом та відповідною державою. Через таке велике значення вони є основним об'єктом дослідження більшості науковців.

Однак сьогодні в юридичній науці і практиці загально визнаним є факт, що в окремих державах одночасно може існувати кілька правових систем, які водночас мають ознаки самостійної правової системи, або ж можуть існувати правові системи, які охоплюють набагато більший правовий простір, без прив'язки до території певної держави. Так, В. Оксамитний розширює перелік правових систем завдяки іншим державно-організованим спільнотам, таким як: внутрішньодержавні утворення, залежні території, державоподібні утворення (невизнані держави), міждержавні об'єднання<sup>13</sup>. Ми повністю поділяємо такий підхід, хоча він потребує певного уточнення, розширення та відповідного термінологічного визначення правових систем.

Як зазначалося вище, правова система може існувати не тільки на рівні держави. Особливо гостро питання про статус таких правових утворень стоїть у федеративних державах. Ускладнення національної правової системи, формування в її межах автономних регіональних правових систем, як правило, є наслідком складних історичних процесів становлення та розвитку відповідної федеративної держави. У такому разі існування регіональної правової системи, що відрізняється специфікою як нормативної основи (законодавства), так і особливостями правозастосовної практики та правової ідеології, є однією з неминучих поступок, що роблять можливим як створення федеративної держави, так і збереження державної єдності загалом<sup>14</sup>.

www.pravoua.com.ua

<sup>13</sup> В. Оксамитний, *Правовые системы современного мира: проблема идентификации: открытая лекция* (Логос 2008) 3.

<sup>14</sup> О. Личичан, 'К вопросу о правовых системах субъектов Канадской Федерации' (2011) 2 Академический юридический журнал 37.

Так, американські дослідники стверджують, що в США фактично існує 51 система права – 50 систем окремих штатів та одна федеральна<sup>15</sup>. Десята поправка до Конституції США закріплює принцип розподілення повноважень між штатами та федеральним урядом: ‘Повноваження, що не передано цією Конституцією Сполученим Штатам і не заборонено нею окремим штатам, належать відповідно штатам або народів’<sup>16</sup>. На підставі цієї норми кожен штат вважається самостійним та незалежним у питаннях власного життя, створення власної правової системи, видання законодавчих актів із будь-яких питань, за винятками, які передбачені в конституціях США та штату. Це положення призвело до того, що багато сфер правового регулювання віднесено до повноважень штатів – цивільне, сімейне, договірне, торговельне, кримінальне право, судоустрій, судовий процес тощо. Федеральне законодавство відіграє вирішальну роль у регулюванні питань економіки, фінансів, оборони, трудових відносин, охорони природи, митних правил, авторських прав та ін.

Незважаючи на те, що США відносять до сім’ї загального права, окремі штати через подібну правову автономію наслідують іншу правову традицію. Так, правову систему штату Луїзіана іноді визначають як ‘острів цивільного права в морі загального права’<sup>17</sup>. Історично це пов’язано з тим, що англійські колоністи привезли до колоній загальне право Англії, перші 13 штатів прийняли загальне право, інші штати пішли за їх прикладом, вступаючи до Союзу. Однак Луїзіана, яка була колонією Франції, застосовувала цивільне право та зберегла цю особливість навіть після переходу під юрисдикцію США. Сьогодні Луїзіана – територія кодифікованого права, яка поєднує риси як романо-германського, так і загального права.

Це дало підстави окремим ученим говорити про можливість поділу національних правових систем за критерієм їх однорідності – на моноядерні та поліядерні. Перші побудовані на основі єдиного стилю правового мислення, а другі, навпаки, беруть за основу два і більше стилі правового мислення. Як найбільш яскравий приклад правових систем із поліядерною структурною організацією називають правову систему Канади, до якої входить правова система провінції Квебек, і правову систему США зі штатом Луїзіана<sup>18</sup>.

Згідно з преамбулою Конституційного акта 1867 р. Квебек є одним із співзасновників федерації разом із трьома англійськими суб’єктами – Онтаріо, Новою Шотландією і Нью-Брансуїком. Квебек на конституцій-

<sup>15</sup> Уильям Бернам, *Правовая система США* (Новая юстиция 2006) 45.

<sup>16</sup> ‘The Constitution of the United States’ <<http://constitutionus.com>> (accessed: 10.12.2018).

<sup>17</sup> Joachim Zekoll, ‘The Louisiana Private-Law System: The Best of Both Worlds’ (1995) 10 EUR. & CIV. L. F. 1, 2.

<sup>18</sup> Е. Оспанов, ‘Защита правовой системы в условиях кризиса: теоретический аспект’ (дис канд юрид наук, Южно-Уральский государственный университет 2014) 10.

Дмитро Лук'янов

ному рівні первісно був наділений засновниками федерації спеціальним статусом, який повною мірою не збігався із прийнятим у моделі симетричної федеративної держави принципом рівних прав їх суб'єктів. Цей висновок підтверджується тим, що ще до прийняття Конституційного акта (1866 р.) Квебек як попередню умову його вступу до майбутньої федерації виборів у метрополії право імплементувати Цивільний кодекс Франції 1804 р. Замість симетричного устрою федеративної держави Конституційний акт 1867 р. фіксує компромісний варіант “приховано асиметричного федералізму”. З метою юридично повноцінного визнання спеціального статусу Квебеку у другій половині ХХ ст. двічі здійснювалися спроби прийняти великомасштабні поправки до Конституційного акта. До тексту Конституції пропонувалося внести: 1) визначення Квебеку як унікального співтовариства з винятковими правами на захист французької мови й культури; 2) визначення Канади як країни, що включає самобутнє франкомовне співтовариство з унікальною правовою традицією, що існує переважно у Квебеку, але не тільки в ньому, й англкомовне співтовариство, яке існує, головним чином, поза Квебеком, але також і в Квебеку. Фактично проекти поправок були рівнозначними правовим актам про перетворення федерації в асиметричну і національно-територіальну. Однак їх не було ратифіковано<sup>19</sup>.

Утім, подібні правові системи не слід вважати прерогативою держав з федеративним устроєм. Так, наприклад, загальновизнаним фактом є наявність правової системи Фарерських островів, що є самокерованою територією у складі Данії, щодо якої діє принцип обов'язковості підтвердження юридичної сили нормативних правових актів Данії парламентом Фарерських островів<sup>20</sup>. Відповідно до закону 1948 р. “Про місце самоврядування Фарер” вони визнані автономним регіоном Данії, який має широкі правові повноваження. 29 липня 2005 р. набув чинності новий закон, що значно розширює самоврядні повноваження Фарер<sup>21</sup>.

У межах правової системи Китаю виокремлюють правові системи Сянган (колишня Британська колонія Гонконг), Аомень (колишня Португальська колонія Макао) і Тайваню<sup>22</sup>. В основі взаємовідносин КНР та зазначених суб'єктів покладена розроблена Ден Ґяопіном концепція “одна держава – дві системи”. Відповідно до цієї концепції проведено розмежування повноважень центрального уряду та місцевих органів

www.pravoua.com.ua

<sup>19</sup> С Данилов, ‘Правовое регулирование “специального статуса” субъекта федерации: дифференциация права на примере статуса Квебека’ (2012) 2 Право. Журнал Высшей школы экономики 99-108.

<sup>20</sup> Рене Давид и Камилла Жоффе-Спинози, *Основные правовые системы современности* (Международные отношения 1999) 21.

<sup>21</sup> ‘The Faroe Islands Home Rule Arrangement’ <[http://www.stm.dk/\\_a\\_2956.html](http://www.stm.dk/_a_2956.html)> (accessed: 10.12.2018).

<sup>22</sup> Т Каткова, *Субнациональные правовые системы современного Китая. Сравнительное правоведство: сучасний стан та перспективи розвитку* (Фенікс 2013) 107-9.



влади, внаслідок якої останні мають широку правову автономію у питаннях регулювання внутрішніх відносин.

Схожа ситуація існує у Великій Британії, у межах якої виокремлюють субнаціональні правові системи Англії та Уельсу, Північної Ірландії, які засновані на загальному праві, та Шотландії, яка зберегла право на самостійність відповідно до угоди про об'єднання 1706 р. і має змішаний характер загального та романо-германського права.

Резюмуючи, пропонуємо правові системи, які існують у межах певної національної правової системи, називати *субнаціональними* (від лат. *sub* – під...). Суб – перша частина складних слів, яка надає їм значення: а) розташований поблизу, нижче або під чим-небудь; б) підпорядкований, підлеглий; в) неосновний, другорядний; менший<sup>23</sup>.

Ознаками субнаціональної правової системи є:

- 1) створення й існування у межах національної правової системи;
- 2) несамотійне значення і функціонування тільки в контакті з національною системою, складником якої вона є;
- 3) підпорядкований щодо національної системи характер;
- 4) певний ступінь автономності в регулюванні суспільних відносин щодо національного рівня правового регулювання;
- 5) можливість побудови на інакших, ніж національна система, типах права.

Продовжуючи ідею поділу правових систем за просторовою підставою, О. Мельничук дійшла висновку про необхідність виокремлення міської правової системи, під якою вона розуміє:

<...> зумовлену особливостями та закономірностями розвитку конкретного міста ціннісно-нормативну цілісність юридичних феноменів та процесів, які інституціоналізуються у правовому житті городян та використовуються жителями міста та муніципальними органами для досягнення приватних і публічних цілей та забезпечення сталого розвитку міської системи<sup>24</sup>.

Крім національних і субнаціональних, які функціонують у їх межах, існують також правові системи, дія яких виходить за межі території однієї держави. З огляду на таку їх специфіку вони можуть бути позначені як *наднаціональні правові системи*.

Одними з їх підвидів є *міжнародні правові системи* (або міждержавні), які утворюються окремими державами згідно з укладеними міжнародними угодами. Так, Л. Луць визначає, що міждержавна правова систе-

<sup>23</sup> Словник української мови <<http://sum.in.ua/p/9/814/1>> (дата звернення: 10.12.2018).

<sup>24</sup> О. Мельничук, *Міська правова система: теоретичні та нормативні засади* (Фенікс 2015) 165-6.

Дмитро Лук'янов

ма – це цілісна структурно впорядкована за допомогою міжнародно-правових норм та інших правових засобів стійка взаємодія суб'єктів міжнародного права, що забезпечує досягнення міжнародного правопорядку як необхідної передумови функціонування світової системи в цілому та регіональних систем зокрема<sup>25</sup>. Виникає запитання – міжнародні чи міждержавні правові системи? Вчена переконана, що правові системи можуть бути лише міждержавними, бо їх елементами є насамперед такі суб'єкти міжнародного права, як держави, а похідними від них – міждержавні організації<sup>26</sup>. Проте така позиція зазнає трансформації внаслідок суттєвої зміни суб'єктів міжнародного права. Так, Європейський Союз (далі – ЄС) не можна вважати лише міжнародною організацією, його політико-правовий статус вийшов далеко за межі такої конструкції і все частіше визначається як особлива наднаціональна організація влади<sup>27</sup>, яка має власну правосуб'єктність. Тому, на нашу думку, більш точним є застосування терміна “міжнародні правові системи”. Для правової системи ЄС характерні особлива структура джерел права, процедура правотворчості, практика правозастосування, власні інститути забезпечення та захисту норм права, зокрема, через здійснення правосуддя.

Міжнародні системи мають такі ознаки:

- 1) утворення декількома державами на підставі наявної міжнародної правоздатності;
- 2) поширення дії на соціальні системи держав-учасниць;
- 3) створення на підставі установчого договору, який визначає основні параметри правової системи;
- 4) функціонування у межах системи наднаціональних органів, які можуть наділятися компетенцією правотворчості, правозастосування, правосуддя;
- 5) у нормативну основу системи можуть входити також нові джерела права, прийняті наднаціональними органами;
- 6) наявність субординаційних зв'язків із національними системами держав-учасниць та інших держав.

За сферою функціонування розрізняють універсальну правову систему ООН та регіональні (європейські, американські, африканські тощо) правові системи, які, зі свого боку, можуть бути класифіковані за суб'єктами. Так, в європейській правовій системі необхідно розрізнити правові системи ЄС та Ради Європи.

<sup>25</sup> Л. Луць, ‘Європейські міждержавні правові системи: загальнотеоретична характеристика’ (дис д-ра юрид наук, Львівській національний університет імені Івана Франка 2004) 145.

<sup>26</sup> Там само 274-5.

<sup>27</sup> Х. Якименко, ‘Європейський Союз: правова природа об'єднання’ (автореф дис канд юрид наук, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого 2009) 15.

Окремим правовим феноменом на правовій карті світу є існування *релігійних правових систем*, які також відносяться до наднаціональних систем і мають чималу специфіку, що значною мірою залишається малодослідженою у вітчизняній правовій науці. Приємними винятками є декілька фахових досліджень українських науковців, які присвячено окремим релігійним правовим системам<sup>28</sup>.

Узагальнення особливостей релігійних правових систем дало можливість виокремити такі їх спільні ознаки:

- 1) нерозривний зв'язок із релігією (кожна правова система, що входить до цієї правової сім'ї, є частиною певної релігії – ісламу, індуїзму, іудаїзму, християнства);
- 2) ставлення до права як до результату божественного одкровення, а не результату раціональної діяльності суспільства;
- 3) персональний характер дії права (засноване на релігії право поширює свою дію не на певну територію, а на конкретну релігійну громаду, тобто діє індивідуально; це одна з принципових відмінностей релігійних систем права від національних, що поширюють свою дію за територіальною ознакою на всіх осіб у межах кордонів держави й екстериторіальною – на своїх громадян за межами держави. Релігійні правові системи поширюють свою дію на осіб, які сповідують певну релігію, незалежно від того, на якій території вони мешкають);
- 4) визнання соціальної цінності права та його необхідності для справедливого врегулювання суспільних відносин;
- 5) невизнання принципу формальної рівності прав людини<sup>29</sup>.

До реалій сучасного світу належать ситуації, за яких низка утворень з елементами державності, що оспорують свою належність до “материнських країн”, претендують на створення власних держав і такими себе вважають. Серед сучасних державоподібних утворень, що не входять до ООН, але претендують на офіційний державний статус, виокремлюють: частково визнані держави, які фактично контролюють свою територію; частково визнані держави, які контролюють частину своєї території; невизнані держави, які фактично контролюють свою територію.

Такі державоподібні структури мають деякі атрибути державної влади та правової системи, зокрема й законодавчо-представницькі, правозастосовні та судові установи. Нерідко їх правові системи якісно відрі-

<sup>28</sup> Бехруз Хашматулла, *Исламские традиции права* (Юридична література 2006); М Лубська, *Мусульманське право: сутність, джерела, структура* (Академвидав 2009); М Дамирли, *Сравнительное исламское право: введение в теорию и методологию* (Феникс 2017); Л Лазор и В Лазор и И Шамшина, *Каноническое право* (Виртуальная реальность 2010); М Гартман, *Генезис еврейської правової системи* (Гражда 2017).

<sup>29</sup> Дмитро Лук'янов, *Релігійні правові системи в сучасному світі* (Право 2015).

Дмитро Лук'янов

няються від держав, до складу яких вони формально повинні входити, і цей розрив продовжує посилюватися<sup>30</sup>. Прикладом формування подібної системи є правова система Палестинської національної адміністрації (яка перейменувалася з 2013 р., нині – держава Палестина). Державність палестинського народу вже декілька десятиліть перебуває у процесі формування. Сьогодні функціонує парламент, президент та уряд, судові та правоохоронні органи. Прийнято Основний закон, яким проголошено іслам офіційною релігією, формується законодавча база, яка має відповідати приписам шаріату. Резолюцією від 29 листопада 2012 р. Генеральна Асамблея ООН надала Палестині статус держави-спостерігача, яка не є її членом<sup>31</sup>. Більше половини держав світу визнали державний статус Палестини. Міністром закордонних справ Палестини анонсовано звернення на початку 2019 р. до Ради безпеки ООН з заявою про визнання повноправним членом ООН.

Якщо розглянути приклад нашого сусіда – Придністровську Молдавську Республіку (далі – ПМР), можна побачити фактичне функціонування державної та правової системи протягом майже 30 років. Територія, на яку поширюється влада ПМР, становить понад 4 тис. км<sup>2</sup>. На цій території мешкає близько 0,5 млн осіб. Загальна чисельність збройних сил – близько 5 тис. осіб. Шляхом загальних виборів обирається парламент (43 депутата), президент та уряд, функціонує судова система, зокрема Верховний та Конституційний суди, протягом цього часу прийнято Конституцію, декілька сотень законів та близько 20 кодексів. Проте міжнародного визнання свого статусу ПМР не має.

Таким чином, частина державоподібних утворень фактично мають риси держави, за винятком визнання з боку міжнародної співдружності. На нашу думку, існування правової системи не може залежати від політичного за своєю природою акту – визнання або невизнання з боку інших держав. Всі соціальні системи, в яких фактично побудована державність, мають власні правові системи. Проте відсутність міжнародного визнання викликає низку правових проблем, а саме: невизнання правого характеру нормативних та індивідуальних актів за межами держави, неможливість увійти до наднаціональних систем і використовувати їх регулювання та захист, навіть виїхати за кордон із паспортом такої держави є неможливим. Враховуючи все більшу роль міжнародного співробітництва у сучасному глобалізованому світі, це суттєво впливає на розвиток таких систем.

www.pravoua.com.ua

<sup>30</sup> В Оксамитний, 'Сучасні правові системи у компаративістському вимірі' (2012) 3-4 Порівняльне правознавство 392-407.

<sup>31</sup> 'Государства, не являющиеся членами ООН' <<http://www.un.org/ru/sections/member-states/non-member-states/index.html>> (дата звернення: 12.12.2018).

Як правильно позначати такі правові системи та відмежовувати їх від національних? Пропонуємо позначати такі правові системи поняттям “квазінаціональні”. Термін “квазі” має латинське походження та перекладається, як “ніби” або “майже”. Наприклад, в економічній науці використовується поняття “квазігроші”, під якими розуміються кошти в безготівковій формі, регіональні гроші або деякі документи, які можуть бути легко конвертовані в гроші, наприклад грошові чеки<sup>32</sup>.

Проте в сучасному світі існує проблема правого визначення статусу утворень, які лише імітують державність та існування правової системи. Одним із найбільш відомих випадків є заснування у 1967 р. Князівства Сіландія (*Principality of Sealand*), яке протягом вже понад 50 років намагається створити видимість існування державності (прийнята Конституція та державні символи, надруковані кошти та марки, видаються посвідчення громадянства тощо). Але існує багато аргументів, щоб вважати такі дії чимось на зразок зловживання правом або шахрайством. Князівство засновано на штучній платформі серед Північного моря площею 0,004 км<sup>2</sup>. На платформі не має постійних жителів, а тому немає відповідних суспільних відносин. Відразу на першій сторінці офіційного сайту пропонуються послуги з продажу різноманітних документів князівства, наприклад, за 500 фунтів стерлінгів будь-яка особа може придбати навіть титул герцога<sup>33</sup>. Показовим є те, що оплата за ці “послуги” не приймається у власній валюті – лише у британських фунтах.

Позначати такі утворення, як віртуальні, як це інколи робиться у літературі, не зовсім коректно, адже вони реально існують у світі. Точніше, на нашу думку, говорити про їх *псевдодержавний* та *псевдоправовий* характер.

Висновки. Таким чином, на правовій карті сучасного світу необхідно розрізнати достатньо складну сукупність правових систем, які мають різне походження, особливості та значення. Національні правові системи у сучасному світі є найбільш розвинутими системами права, які фактично утворюють каркас світового правопорядку. Будь-які інші правові системи можуть ефективно діяти лише у співпраці з національним правом. Крім національних необхідно розрізнати субнаціональні та наднаціональні правові системи. Останні, зі свого боку, можуть поділятися на міжнародні (утворені групами держав) та релігійні (утворені відповідними релігійними громадами). Правові системи невизнаних держав світу позначаються як квазінаціональні. Від правових систем необхідно відмежовувати явища, які лише намагаються імітувати державу й право, але фактично мають псевдодержавний і псевдоправовий характер.

<sup>32</sup> ‘Квазиденьги (discovered)’ <<http://discovered.com.ua/glossary/kvazidengi>> (дата звернення: 12.12.2018).

<sup>33</sup> ‘Principality of Sealand’ <<https://www.sealandgov.org/shop>> (accessed: 14.12.2018).

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Rodire R, *Introduction au droit compare [Introduction to comparative law]* (Precis Dalloz 1979) (in French).
2. Bekhruz H, *Islamskie tradicii prava [Islamic Tradition of Law]* (Yurydychna literatura 2006) (in Russian).
3. Bernam U, *Pravovaya sistema SSHA [USA Legal System]* (Novaya yusticiya 2006) (in Russian).
4. Cuneo I, *Sovremennoe pravo Yaponii [Japan's Modern Law]* (Progress 1981) (in Russian).
5. Damirli M, *Sravnitel'noe islamskoe pravo: vvedenie v teoriyu i metodologiyu [Comparative Islamic Law: an Introduction to Theory and Methodology]* (Feniks 2017) (in Russian).
6. David R i, Zhoffre-Spinozi K, *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti [The Main Legal Systems of Our Time]* (Mezhdunarodnye otnosheniya 1999) (in Russian).
7. Dedov D, *Sistemnye faktory prava [Systemic Legal Factors]* (Startap 2013) (in Russian).
8. Fridmehn L, *Vvedenie v amerikanskoe pravo [Introduction to American Law]* (Progress 1992) (in Russian).
9. Hartman M, *Henezys yevreiskoi pravovoi systemy [The Genesis of the Jewish Legal System]* (Grazhda 2017) (in Ukrainian).
10. Lazor L i Lazor V i Shamshina I, *Kanonicheskoe pravo [Canon Law]* (Virtual'naya real'nost' 2010) (in Russian).
11. Lubska M, *Musulmanske pravo: sutnist, dzherela, struktura [Muslim Law: Essence, Sources, Structure]* (Akademydav 2009) (in Ukrainian).
12. Lukianov D, *Relihiini pravovi systemy v suchasnomu sviti [Religious Legal Systems in the Modern World]* (Pravo 2015) (in Ukrainian).
13. Maksimov S, *Pravovaya real'nost': opyt filosofskogo osmysleniya [Legal Reality: the Experience of Philosophical Reflection]* (Pravo 2002) (in Russian).
14. Melnychuk O, *Miska pravova systema: teoretychni ta normatyvni zasady [City Legal System: Theoretical and Normative Principles]* (Feniks 2015) (in Ukrainian).
15. Oksamytnyj V, *Pravovye sistemy sovremennogo mira: problema identifikacii: otkrytaya lekciya [Legal Systems of the Modern World: the Problem of Identification: Open Lecture]* (Logos 2008) (in Russian).
16. Osakve K, *Sravnitel'noe pravovedenie v skhemah: Obshchaya i Osobennaya chaste [Comparative Law in Schemes: Common and Special Parts]* (Delo 2002) (in Russian).
17. Prangishvili I, *Sistemnyj podhod i obshchesistemnye zakonomernosti [System Approach and System-Wide Laws]* (SINTEG 2000) (in Russian).

#### *Edited books*

18. Tsvik M ta Petryshyn O (red), *Metodolohichni ta istoryko-teoretychni problemy formuvannia i rozvytku pravovoi systemy Ukrainy [Methodological and Theoretical Problems Associated with the Form of Human Rights Systems of Ukraine]* (Pravo 2008) (in Ukrainian).
19. Tsvik M ta Petryshyn O (red), *Zahalna teoriia derzhavy i prava [General Theory of State and Law]* (Pravo 2009) (in Ukrainian).

#### *Dictionaries*

20. *Slovyk ukrainskoi movy* <<http://sum.in.ua/p/9/814/1>> (accessed: 10.12.2018) (in Ukrainian).

*Journal articles*

21. Zekoll J, 'The Louisiana Private-Law System: The Best of Both Worlds' (1995) 10 EUR. & CIV. L. F. 1, 2 (in English).
22. Lichichan P, 'K voprosu o pravovyh sistemah sub'ektov Kanadskoj Federacii' ['On the Issue of Legal Systems Subjects Canadian Federation'] (2011) 2 Akademicheskij yuridicheskij zhurnal 37(in Russian).
23. Maksimov S, 'Chto est' pravo?' ['What is Right?'] (2013) 1 Pravovedenie 238-45 (in Russian).
24. Oksamytnyi V, 'Suchasni pravovi systemy u komparatyvistskomu vymiri' ['Modern Legal Systems in the Comparative Dimension'] (2012) 3-4 Porivnialne pravoznavstvo 392-407 (in Ukrainian).

*Conference papers*

25. Katkova T, 'Subnacional'nye pravovye siseimy sovremennogo Kitaya' ['Subnational Legal Systems of Modern China'] v *Porivnyal'ne pravoznavstvo: suchasnij stan ta perspektivi rozvitku* (Feniks 2013) 107-9 (in Russian).

*Thesis*

26. Yakymenko H, 'Yevropeyskiy Soiuz: pravova pryroda obiednannia' ['European Union: the Legal Nature of the Association'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Natsionalna yurydychna akademiia Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho 2009) (in Ukrainian).

*Dissertations*

27. Lukianov D, 'Relihiino-pravovi systemy svitu: porivnialno-pravove doslidzhennia' ['Religious and Legal Systems of the World: Comparative Legal Study'] (dys d-ra yuryd nauk, Nats yuryd un-t im Yaroslava Mudroho, 2016) (in Ukrainian).
28. Luts L, 'Yevropeyski mizhderzhavni pravovi systemy: zahalnoteoretychna kharakterystyka' ['European Interstate Legal Systems: General Theoretical Characteristics'] (dys d-ra yuryd nauk, Lvivskii natsionalnyi universytet imeni Ivana Franka 2004) (in Ukrainian).
29. Ospanov E, 'Zashchita pravovoj sistemy v usloviyah krizisa: teoreticheskij aspekt' ['Legal System Protection under Crisis: a Theoretical Aspect'] (dis kand yurid nauk, Yuzhno-Ural'skij gosudarstvennyj universitet 2014) (in Russian).
30. Pohrebniak S, 'Osnovopolozhni pryntsypy prava' ['Fundamental Principles of Law'] (dys d-ra yuryd nauk, Natsionalna yurydychna akademiia Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho 2009) (in Ukrainian).

*Websites*

31. 'Principality of Sealand' <<https://www.sealandgov.org/shop>> (accessed: 14.12.2018) (in English).
32. 'The Faroe Islands Home Rule Arrangement' <[www.stm.dk/\\_a\\_2956.html](http://www.stm.dk/_a_2956.html)> (accessed: 10.12.2018) (in English).
33. 'Chleny Organizacii Ob'edinennyh Nacij' ['Members of the United Nations'] <<http://www.un.org/ru/members>> (accessed: 10.12.2018) (in Russian).
34. 'Gosudarstva, ne yavlyayushchiesya chlenami OON' ['Non-Member States'] <<http://www.un.org/ru/sections/member-states/non-member-states/index.html>> (accessed: 12.12.2018) (in Russian).
35. 'Kvaziden'gi' ['Quasi-money'] <<http://discovered.com.ua/glossary/kvazidengi>> (accessed: 12.12.2018) (in Russian).

Dmytro Lukianov

LEGAL SYSTEM:  
THE CONCEPT AND DIVERSITY IN THE MODERN WORLD\*

ABSTRACT. Currently there is a need for a comparative legal study of the legal systems existing in today's world with the aim of identifying their common features and differences, and also determining the phenomena which do not have the properties of a legal system. An important general theoretical issue is working out of common terminology to refer to different legal systems.

The purpose of the article is to analyze various legal systems of the world, identify their specific features, and to mark them off from non-legal phenomena, and also to develop appropriate terminology denoting this.

The author defines a legal system as an aggregate of all its legal phenomena which are sustainably interconnected with each other and with other social systems thus ensuring a legal system's integrity and legal succession; this aggregate is formed under the influence of objective regularities present in the development of a certain social community. The article focuses on the legal system's features and structure which understanding allows to analyze various objects for the presence of necessary elements and explore their specific properties. On the global scale, the most widespread type of a legal system is national legal systems formed within the boundaries of each State. As of 2018, there were 194 such systems. Within national systems, sub-national legal systems can be established, and they are most common in federal countries. However, there are cases when such systems are formed within the framework of countries with a unitary state structure (Denmark, China, UK, etc.), which have regions with special autonomous rights. Legal systems which go beyond a certain State are referred to as supranational. For their part, they are divided into international and religious ones.

The article addresses one of the most pressing issues of our time – the existence of state-like entities which claim to be recognized as having own statehood and a respective legal system. An analysis of their specific features and structure leads to the conclusion that not all of them actually form statehood and a legal system. The author distinguishes between quasi-national legal systems which actually function in unrecognized States and pseudo-legal ones which merely imitate the external characteristics of a legal system.

Thus, a rather complex set of legal systems which have different origins, characteristics and significance, should be distinguished on the legal map of the modern world. In today's world, national legal systems are the most developed systems of law which actually form the framework of the global legal order. Any other legal systems can be effective only in cooperation with national law. In addition to national, we should also distinguish between subnational and supranational legal systems. The latter can be divided into international (formed by groups of States) and religious (formed by respective religious communities). Legal systems of unrecognized States of the world are referred to as quasi-national. Phenomena which merely try to imitate the State and law but actually have a pseudo-state and pseudo-legal character should not be confused with legal systems of the world.

KEYWORDS: legal system; legal map of the world; national legal system, supranational legal system; sub-national and quasi-national legal system; pseudo-state; pseudo-legal system.

\* The article continues author's researches: *Religious Legal Systems of the modern world* (Pravo 2015); 'Religious Legal Systems of the world: comparative law research' (doctoral dissertation, Yaroslav Mudryi National Law University 2016).





### Євген Харитонов

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач кафедри цивільного права  
Національного університету  
“Одеська юридична академія”  
(м. Одеса, Україна)  
zharuton@gmail.com

### Олена Харитонова

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач кафедри права інтелектуальної власності  
та корпоративного права  
Національного університету  
“Одеська юридична академія”  
(м. Одеса, Україна)  
lh2512@gmail.com



УДК 340.116-027.19:(340:316.732)

## ЛАБІЛЬНІСТЬ ПРАВОВИХ СИСТЕМ ЯК ЧИННИК ПРАВОВОЇ АКУЛЬТУРАЦІЇ\*

АНОТАЦІЯ. Проблеми впливу одних правових систем на інші, їхньої взаємодії здавна привертала увагу правознавців. Однак досі низка питань залишається без відповіді. Розбіжності існують навіть стосовно розуміння суті самого процесу, визначення об'єкта впливу, що зумовлює доцільність продовження досліджень у цій галузі.

Метою статті є з'ясування сфери, механізму, суб'єкта (об'єкта) взаємодії правових систем, форм, чинників (умов) останньої.

За допомогою використання цивілізаційного методу дослідження юридичних феноменів, аналізу їх під культурологічним кутом зору обґрунтовується теза, що, оскільки правова система є елементом культури, при стійких контактах цивілізацій відбувається також взаємодія правових систем, котру доцільно іменувати “правова акультурація”. При цьому “правова акультурація” розуміється як позитивні наслідки контактів правових систем. Правова акультурація може відображати взаємний або односторонній вплив правових систем. У першому випадку йдеться про “взаємодію правових систем”. У другому – про пристосування (адаптацію) однієї системи до іншої. Якщо акультурація має місце стосовно правових систем цивіліза-

\* Стаття є продовженням досліджень авторів, попередні результати яких частково були опубліковані в книзі: *Приватне право як концепт: пошук парадигми* (Фенікс 2014).

Євген Харитонов, Олена Харитонова

цій, що відійшли в минуле, то йдеться про рецепцію права; якщо має місце запозичення із правових систем, котрі співіснують у часі, то залежно від виду акультурації може йтися про “правову адаптацію” або про “взаємодію” (“взаємовплив”) правових систем. Правова акультурація може відбуватися у таких формах: вивчення правової системи-донатора; засвоєння її концепту, ідей, конструктів, засад, методології, термінології тощо; запозичення елементів одних правових систем в інші (“юридичні трансплантації”); запозичення методології правотворчості; запозичення методології вирішення спорів щодо права; пряме застосування норм права з правової системи-донатора тощо.

Характер взаємодії правових систем та вид її наслідків залежить від лабільності правових систем, під якою маємо на увазі їхню здатність бути об’єктом (учасниками) трансформаційних процесів, що відбуваються завдяки впливу одних систем на інші, їхньої взаємодії тощо. При цьому домінуючим є положення: якщо правовий менталітет є критерієм розділення правових систем, то так само він (врахування його національних, етнічних тощо особливостей) може бути інструментом правової акультурації. За допомогою використання цього прийому забезпечується врахування аксіологічних елементів концептів “право” і “правова система”, що дає змогу не лише коригувати праворозуміння, а й встановити можливості визначення перспектив правової акультурації та впливу на її ефективність.

Ключові слова: правові системи; правова акультурація; рецепція права; правові трансплантації; лабільність правових систем; менталітет.

Проблеми впливу одних правових систем на інші, їхньої взаємодії (гармонізації, адаптації тощо) здавна привертала увагу правознавців (М. Дювернуа, П. Кошакер Т. Момзен, С. Муромцев та ін.), надто в умовах сучасних інтеграційних процесів (В. Батлер, Х. Бехруз, А. Ватсон, С. Гринько, Р. Губань, К. Жебровська, О. Кресін, Д. Лук’янов, А. Луць, О. Підопригора, Ю. Оборотов, М. Сачин, Є. Харитонов, О. Харитонова та ін.). Однак досі низка питань залишається без відповіді. Як приклад можна згадати, що навіть стосовно того, як позначати процеси, пов’язані з запозиченнями одними правовими системами з інших, вплив одних систем на інші, їх взаємодію тощо, єдиної думки не існує. Загалом у цьому немає нічого дивного, оскільки бачення правових явищ може бути неоднаковим у різних дослідників відповідно до їх методологічних уподобань. Водночас, обговорюючи проблему, хочеться бути впевненим, що йдеться про одні й ті самі речі.

До того ж варто зауважити, що розбіжності існують навіть стосовно розуміння самого процесу, який розглядається: з одного боку, йдеться про “взаємодію правових систем”, а з другого – предметом дослідження є “рецепція права”, “реставрація права”, “правові трансплантації”, “адаптація права”, “адаптація законодавства”<sup>1</sup> тощо. Тобто як об’єкт

<sup>1</sup> E Kharytonov and O Kharytonova, ‘Reception of law and law adaptation as forms of interaction of legal systems’ (2015) 12.1 Young Scientist 151-4.

впливу при “взаємодії правових систем” і як її результат виокремлюється зазвичай лише право.

Метою дослідження є з'ясування сфери, механізму, суб'єкта (об'єкта) взаємодії правових систем, форм, чинників (умов) останньої.

Передусім маємо визначитися стосовно розуміння терміно-поняття “правова система” та його змісту.

Поміж елементів правової системи називають: 1) право як сукупність створених державою норм, що перебуває під її охороною; 2) законодавство як форма вираження цих норм (нормативні акти); 3) правові інституції, що здійснюють правову політику держави; 4) судова та інша юридична практика; 5) механізм правового регулювання; 6) правореалізаційний процес (включаючи акти застосування і тлумачення); 7) права, свободи й обов'язки громадян (право в суб'єктивному значенні); 8) система функціонуючих у суспільстві правовідносин; 9) законність і правопорядок; 10) правова ідеологія (правосвідомість, юридичні доктрини, теорії, правова культура тощо); 11) суб'єкти права (індивідуальні й колективні); 12) системні зв'язки, які забезпечують єдність, цілісність та стабільність системи; 13) інші правові явища (юридична відповідальність, правосуб'єктність, правовий статус, законні інтереси тощо), які утворюють “інфраструктуру правової системи”<sup>2</sup>.

Поряд із цими елементами до правової системи входять споріднені з нею явища: норми і принципи міжнародного права, соціальні норми, санкціоновані державою<sup>3</sup>.

При цьому має бути врахована також та обставина, що правова система – це не лише феномен, що містить у собі основні конструктивні елементи правового регулювання, а й частина соціальної системи, яка взаємодіє з економічною, політичною, моральною та іншими складовими останньої. Суть цієї взаємодії полягає у тому, що, з одного боку, суспільні відносини в сферах політики, економіки, науки, культури, освіти тощо є об'єктом регулювання та охорони правової системи, а з другого – й сама правова система формується, розвивається і функціонує під впливом цих відносин. Крім того, правова система взаємопов'язана з системою моралі, оскільки право має моральне обґрунтування, що знаходить своє вираження у свідомості людей, яка, відображуючи їхнє ставлення до права, стає правосвідомістю<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> М Цвік та О Петришин (ред), *Правова система України: історія, стан та перспективи: методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України* (Право 2008).

<sup>3</sup> В Погорілко та А Малишко, ‘Правова система – система права – система законодавства суверенної України’ (1993) 9-10 *Право України* 10-7.

<sup>4</sup> Н Оніщенко, *Правові системи: проблеми теорії* (Ін-т держави і права ім В М Корецького НАН України 2002) 14.

Отже, національна правова система існує не як окремо взятий феномен, ізольований від інших явищ суспільного життя, а є елементом системи більш високого рівня – соціальної системи, як необхідного організуючого елемента співжиття людства, на значенні якого наголошується не лише в колективістських, а й у індивідуалістських соціально-правових доктринах.

З урахуванням сказаного національна правова система може бути визначена як зумовлена об'єктивними закономірностями (зокрема, культурними, історичними та географічними особливостями) розвитку певного об'єднання людей (громади, суспільства, держави, етносу) цілісна сукупність взаємопов'язаних норм, правових інституцій та юридичних явищ (зокрема, таких як правова ідеологія, правосвідомість, правові погляди, правова культура), що постійно відтворюються та використовуються людьми у процесі співжиття у межах локальної цивілізації.

Таким чином, категорія “правова система” є ширшою ніж поняття “право”, охоплюючи і нормативну частину останнього, і низку суміжних та базових категорій.

У зв'язку з цим варто зауважити, що у розумінні права як елемента правової системи у вітчизняній юриспруденції, на нашу думку, і зараз переважає “нормативний” підхід, при якому право розуміється як сукупність загальнообов'язкових норм.

Водночас пошук чинників взаємодії правових систем як феноменів, що не лише містять у собі основні конструктивні елементи правового регулювання, а й є частиною соціальної системи, спонукає до виходу за межі позитивістського (звуженого) розуміння права і розгляду його як елемента цивілізації (культури). А вирішення цих завдань можливе за допомогою визначення права як концепту, шляхом розгляду його не тільки під “позитивістським”, а й культурологічним кутом зору, і характеристики як елемента цивілізації (культури)<sup>5</sup>.

Однак використання цивілізаційного підходу потребує з'ясування того, що мається на увазі під “цивілізацією” (культурою). Визначаючи співвідношення терміно-понять “цивілізація” та “культура”, слід мати на увазі відмінності у їх використанні різними націями Заходу. Так, на думку Н. Еліаса, для англійців і французів слово “цивілізація” виражає гордість з приводу значущості своєї нації для прогресу західного світу й усього людства. Німецькою “цивілізація” позначає щось дуже корисне, але, усе ж таки, що має цінність нібито другорядну, а саме те, що охоплює тільки зовнішній бік життя, торкається поверхневих шарів існування людини. Для самоінтерпретації, для вираження власної сутності і гордості за

<sup>5</sup> Є Харитонов та О Харитонова, *Приватне право як концепт: пошук парадигми* (Фенікс 2014) 97-101.

свої досягнення німці використовують слово “культура”. “Цивілізація” означає процес або, у кожному разі, результат процесу. Німецьке поняття “культура” у його сучасному вживанні має іншу спрямованість: воно вказує на наявні результати людської діяльності, на твори мистецтва, книги, релігійні або філософські системи, у яких відображається самобутність народу, котрий їх створив. Поняття “культура” обмежує. Поняття “цивілізація” певною мірою знімає національні відмінності; воно підкреслює спільне, загальне для усіх людей, або те, що має стати таким, на думку того, хто вживає це поняття. Німецьке поняття культури, навпаки, підкреслює національні відмінності, своєрідність груп<sup>6</sup>.

З огляду на таке розуміння співвідношення категорій “цивілізація” та “культура”, можливості (залежно від завдань дослідження, а отже, і кута зору) їхнього як ототожнення, так і розмежування, будемо далі послуговуватися розумінням терміно-поняття “цивілізація” як окресленого хронологічними межами позначення етапу в історії людства, котрий характеризується певним рівнем потреб, здібностей, знань, навичок та інтересів людини, способом виробництва, духовним і політичним устроєм суспільства.

Беручи до уваги доцільність розрізнення локальних цивілізацій, зазначимо, що пошуки критеріїв їхнього розмежування також є предметом дискусій<sup>7</sup>.

На нашу думку, критерієм цивілізації, як і основою самоідентифікації кожної спільноти людей, може слугувати ментальність, котра є ‘тим способом світосприйняття і світорозуміння, який відрізняє один етнос від другого, одну цивілізацію від іншої, культуру однієї спільноти від культури іншої спільноти і т. д.’<sup>8</sup>. Саме вона визначає особисту та колективну систему цінностей, а та, зі свого боку, становить основу формування (трансформацій) менталітету суспільства та його членів. У підсумку, система домінуючих цінностей і є підґрунтям його цивілізаційної самоідентифікації (що знаходить відображення у звичаях, традиціях, релігії чи інших світоглядних ученнях) та цивілізаційній ідентифікації його сусідами.

У такому контексті логічним виглядає припущення про вирішальне значення системи цінностей, котре ґрунтується на розумінні цивілізації як особливої форми мислення, що виокремлює у суспільстві живе,

<sup>6</sup> Э Норберт, *О процессе цивилизации. Социогенетические и психогенетические исследования, т 1: Изменения в поведении высшего слоя мирян в странах Запада* (Университетская книга 2001) 59, 61.

<sup>7</sup> С Хантингтон, *Столкновение цивилизаций* (АСТ 2006); Ю Мелков, *Проблема единства и множественности культур в условиях глобализации: научно-практична конференція “Людство на межі тисячоліть: діалог цивілізацій”* (Нац акад управління 2003) 79; Р Губань, ‘Міжнародно-правові аспекти розвитку діалогу між цивілізаціями’ (дис канд юрид наук, Ін-т держави і права ім В М Корецького 2009).

<sup>8</sup> М Попович (ред), *Проблеми теорії ментальності* (Наукова думка 2006).

органічне начало й виражає соціально-духовні складові суспільства. Цивілізація характеризується самодостатністю і домінуванням внутрішньої матеріальної та духовної детермінації над зовнішньою. Особливу роль у визначенні цивілізації відіграють відокремленість й атрибути цивілізаційної цілісності. При цьому загальнолюдські цінності, що виникають при діалозі культур, не підміняють собою цивілізаційних цінностей, а існують поряд із ними. Натомість цивілізаційні цінності є чинниками цілісності цивілізації. Домінуючою парадигмою теперішньої епохи визначають співвідношення глобальної та локальної цивілізацій, а гострота проблеми, на думку деяких науковців, зумовлюється експансією принципу універсалізму, виходом його на глобальний рівень. Відтак виникає страх перед зіткненням у подальшому культур і цивілізацій<sup>9</sup>.

Але тут маємо зробити вибір, про який згадував Р. Осборн, зазначаючи, що коли ми розглядаємо цивілізацію у суто ідейному сенсі, ніщо не заважає приписувати їй усі можливі чесноти, залишивши суперникам усі можливі вади. Однак коли ми говоримо про захист нашої цивілізації, ми маємо на увазі не так теперішній спосіб життя, як ті цінності, котрі ми із вдячністю успадкували від попередніх поколінь. Цивілізації – не просто скарбничка позитивних ідей, це сукупність створених ними історичних ефектів. Прагнення дійсно зрозуміти цивілізацію примушує нас спитати себе, чи не мають славетні й ганебні моменти історії, що є неодмінними супутниками одне одного, необхідного взаємозв'язку. Так чи інакше, пошук сенсу цивілізації має початися з розмотування клубка історії<sup>10</sup>.

Зазначена обставина враховується і при використанні нами концепту “цивілізація”. Відповідно, під таким кутом зору досліджується й поняття права як елемента культури (складника цивілізації).

Варто згадати, що у культурологічних працях при дещо спрощеному підході, зумовленому, очевидно, тим, що концепт права не був у них предметом спеціального дослідження, його місце у структурі культури нерідко визначалося лише у загальних рисах<sup>11</sup>. Хоча при цьому часом підкреслювався зв'язок права з релігією та моральністю<sup>12</sup>, однак, імовірно за все, йшлося не про структуру культури і місце у ній права, а про співвідношення та взаємодію окремих її компонентів.

Визначаючи місце права у структурі цивілізації, останню іноді розглядають як зрізану піраміду, що має п'ять “поверхів”: 1) людина (сім'я); 2) технологічний спосіб виробництва; 3) екологічний спосіб виробництва; 4) соціально-політичний устрій; 5) суспільна свідомість (духов-

<sup>9</sup> И Абросимова, ‘Методологическая роль понятия цивилизации в социально-философском исследовании’ (дисс канд философ наук, 2000).

<sup>10</sup> Р Осборн, *Цивилизация, новая история Западного мира* (АСТ; Астрель 2010) 8.

<sup>11</sup> В Дюрант, *Цезар и Христос* (КРОН-ПРЕСС 1995) 430-47.

<sup>12</sup> Е Штаерман и другие, *Культура Древнего Рима, т 1* (Наука 1982) 11-2.

ний світ). При цьому праву вони відводять місце на четвертому “поверсі” між іншими елементами соціально-політичного устрою<sup>13</sup>.

Але такий підхід спрощено зображує роль права та його значення у системі цінностей людства, зводячи його фактично до права позитивного. Тому більше приваблює позиція С. Алексєєва, котрий звертає увагу на те, що необхідність забезпечення існування та функціонування суспільства як складної динамічної системи є лише одним із напрямів нормативного регулювання, яке здійснюється правом. Тут проявляються, зокрема, його соціально-політичні властивості. Якщо оцінювати право як явище цивілізації загалом, то слід враховувати, що воно покликане бути носієм вищих принципів, засадничих цінностей цивілізації, має реалізувати історичне призначення суспільства, пов’язане зі ствердженням у ньому сили та потенції розуму, високих гуманітарних засад. Отже, слід визнати, що суть феномена права як явища, котре відображає вимоги цивілізації, не обмежується лише тим, що право нормативно об’єктивує та реалізує ці вимоги, а й воно є чинником індивідуального самовираження особи, творчості, їх акумуляції, самозростання<sup>14</sup>.

Таким чином, право не тільки, і навіть не стільки, належить до елементів соціально-політичного устрою, але, перш за все, є (має бути) складовою духовного світу людини та її світогляду, виступає результатом ментальності та елементом суспільної свідомості.

Доречно згадати позицію щодо сутності права О. Штаерман, яка, характеризуючи культуру Стародавнього Риму, звертала увагу на те, що право спочатку було нерозривно пов’язане з релігією і лише потім почало відокремлюватись, аж поки не перетворилося в один із факторів політико-філософських спекуляцій. Внаслідок цього право було для римлян структуроутворюючим елементом як світового, так і громадянського порядку. Закон богів впорядковував космос; право, рівне для усіх громадян, робило місто мініатюрним віддзеркаленням космосу<sup>15</sup>.

Вважаємо, що згадана позиція не втратила своєї актуальності і зараз. І хоча від тих часів, про які йдеться у наведеному висловлюванні, минуло понад два тисячоліття, алгоритми права нині залишаються подібними: право виникає “у переплетінні” з релігією; потім воно набирає усе більшої соціально-політичної ваги, а тому вимагає філософського та юридичного осмислення; і нарешті, стає ще й елементом суспільної та індивідуальної свідомості, стверджуючись вже не просто як наукова категорія чи поняття, а як концепт.

<sup>13</sup> Ю Яковец, *История цивилизаций* (ВлаДар 1995) 60-9.

<sup>14</sup> С Алексєєв, *Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования* (Статут 1999) 200, 219, 221, 224.

<sup>15</sup> Е Голубцов (ред), *Культура Древнего Рима* (Наука 1985).

Можна погодитися з думкою, що юридичний світогляд, правова теорія (доктрина), ідеологія мають спиратися на духовно-культурну правосвідомість. У цьому випадку право не є сукупністю юридичних норм, виданих державою, або якимось абстрактним, моральним началом. У межах духовно-культурологічної концепції право виступає не лише у вигляді юридичного явища (система нормативно-правових узагальнень, регулятор суспільних відносин, один із засобів державного примусу, нормативна основа правової системи тощо), а й як феномен правової свідомості, духу, менталітету, як елемент культури суспільства, частина духовного простору суспільства, прояв способу етнонаціонального життя.

Також змінюється розуміння сутності правосвідомості. Вона, будучи органічною частиною духовної реальності, має самостійний духовний і культурний статус серед засад соціального та правового життя. Вона є творчим і відносно самостійним феноменом юридичної сфери суспільства. Без правової свідомості існування останньої є неможливим.

Тому переосмислення позитивістського сприйняття правосвідомості з позиції її більш широкого розуміння припускає активне використання у праві таких понять, як юридичний дух, правова духовність, юридичне споглядання, правова рефлексія, правове відчуття, сенс правосвідомості, ейдос правосвідомості, правовий менталітет, абстрактна правосвідомість, юридична підсвідомість<sup>16</sup>.

Під таким кутом зору право може бути охарактеризоване як іманентно властивий цивілізації феномен, що одночасно виступає як елемент соціально-політичного устрою та елемент суспільної свідомості, є складовою духовного світу людини та її світогляду, відображаючи уявлення окремих індивідів та суспільства загалом про статус людини, правду й кривду, справедливість, добро і зло, порушення та поновлення прав, злочин та покарання, гуманізм і жорстокість тощо<sup>17</sup>.

Оскільки правова система є елементом культури, при стійких контактах цивілізацій (культур) відбувається також взаємодія правових систем, котру, враховуючи сферу, де це відбувається, доцільно іменувати “правова акультурація”.

Слід зазначити, що стосовно визначення останньої існують різні точки зору. Так, правова акультурація характеризується як процес запозичення однією правовою системою в іншій певних правових положень (норм, правових інститутів, принципів тощо), котрі забезпечують її розвиток<sup>18</sup>. Пропонується також визначення правової (юридичної) акуль-

<sup>16</sup> Р. Байниязов, ‘Правосознание и правовой менталитет в России’ (дисс д-ра юрид наук, 2006).

<sup>17</sup> Харитонов та Харитонова (н 5) 10-20.

<sup>18</sup> К. Жебровська, ‘Правові цінності у взаємодії правових систем’ (автореф дис канд юрид наук, Національний університет “Одеська юридична академія” 2017).



турації як відносно самостійного процесу тривалої взаємодії правових систем, що припускає використання (залежно від культурно-історичних умов) різних за природою і силою впливу методів, необхідним результатом якого є зміна первісної правової культури (або окремих її елементів) одного або обох, суспільств, які контактують<sup>19</sup>.

Іноді правову акультурацію визначають як процес взаємного впливу правових систем, виокремлюючи при цьому “правове запозичення” як різновид правової акультурації, що припускає передачу і збереження юридичних елементів без жодних змін. Універсальним варіантом акультурації іноді вважають рецепцію, яка має місце при добровільному, а не нав’язаному силою сприйнятті чужої правової культури. Її родовою ознакою є односторонній характер запозичення, яке відбувається винятково з ініціативи реципієнта. Пропонується розрізнити два типи рецепції: 1) рецепування по горизонталі – сприйняття правових інститутів у межах одночасно існуючих правових систем; 2) запозичення по вертикалі, при зміні суспільно-економічної формації, що припускає широке сприйняття різноманітних юридичних явищ<sup>20</sup>.

Слід зазначити, що прихильники цієї позиції допускають змішування понять. Оскільки рецепція є сприйняттям наступними правовими системами елементів таких систем, що відійшли в минуле, рецепування “по горизонталі” неможливе за визначенням<sup>21</sup>. Натомість може йтися про, скажімо, запозичення однієї правової системи в іншій.

Оцінюючи перспективи використання категорії акультурації для формування теорії взаємодії (впливу) правових систем, можна припустити, що найбільш придатним для цього є розуміння правової акультурації як універсального поняття, що характеризує його як щеплення однієї правової системи до іншої<sup>22</sup>. Деякі автори, визначаючи правову акультурацію як будь-яке перенесення юридичних форм в інше правове середовище, розрізняють такі форми останньої, як юридична експансія (що проводиться насильно) і рецепція (добровільне сприйняття елементів іншої правової системи). При цьому юридична експансія пов’язується з правовими трансплантаціями<sup>23</sup>. У зв’язку з цим варто зазначити, що

<sup>19</sup> Е Абрамов, ‘Правовая акультурація (на прикладі Іспанії в період Римської республіки)’ (автореф дис канд юрид наук, 2005).

<sup>20</sup> С Софронова, ‘Правовое наследие и акультурація в условиях правового прогресса общества’ (автореф дис канд юрид наук, 2000).

<sup>21</sup> Є Харитонов та О Харитонова, ‘Дослідження рецепції римського права як парадигма історичної компаративістики’ в Кресін О та Ситар І (ред), *Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Збірник наукових праць* (Ліга-прес 2015) 171-88.

<sup>22</sup> Ж Карбоньє, *Юридическая социология* (Прогресс 1986) 199.

<sup>23</sup> Е Тверякова, ‘Юридическая экспансия: теоретико-историческое исследование’ (дисс канд юрид наук, 2002).

поняття “правові (юридичні) трансплантації”<sup>24</sup>, яке зазвичай використовується для позначення будь-яких запозичень з інших правових систем (хоча іноді вживається у значенні “один із видів рецепції”<sup>25</sup>). Тобто вони виглядають категорією, на нашу думку, іноді фактично тотожною поняттю “правова акультурація”, а іноді рівнозначною поняттю “рецепція”<sup>26</sup>.

Таким чином, можна дійти висновку, що наразі у теорії взаємодії правових систем відсутнє розрізнення таких категорій, як “правова акультурація”, “рецепція”, “правові (юридичні) трансплантації”, “запозичення” тощо, що зумовлює необхідність упорядкування концептів, які використовуються у цій сфері<sup>27</sup>.

Ми пропонуємо таке бачення цих явищ:

1. Найбільш широким (універсальним) є терміно-поняття “правова акультурація”, яким можуть позначатися будь-які наслідки контактів правових систем, що мають значення для їхнього розвитку. Водночасправова акультурація може відображати взаємний або односторонній вплив правових систем. У першому випадку йдеться про “взаємодію правових систем”. У другому – про пристосування (адаптацію) однієї системи до іншої (і відповідно – вплив другої на першу).

2. Якщо акультурація має місце стосовно правових систем цивілізацій, що відійшли в минуле, то йдеться про рецепцію права (відродження правових ідей, засад, рішень тощо на новому витку цивілізаційного розвитку); якщо ж має місце запозичення із правових систем, котрі співіснують у часі (запозичення “по горизонталі”), то залежно від виду акультурації може йтися або про “правову адаптацію”, або про “взаємодію”, або ж про “взаємовплив” правових систем.

3. Правова акультурація може відбуватися у різних формах: вивчення (дослідження) правової системи-донатора; засвоєння її концепту, ідей, конструктів, засад, методології, термінології тощо; запозичення елементів одних правових систем в інші (“юридичні трансплантації”); запозичення методології правотворчості; запозичення методології вирішення спорів щодо права; пряме застосування норм права з правової системи-донатора тощо<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> A Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Scottish Academic Press 1974) 106; A Watson, *Evolution of Western Private Law (Expanded Edition)* (Johns Hopkins University Press 2000).

<sup>25</sup> Watson (1974) (n 24) 106.

<sup>26</sup> A Watson, ‘Legal transplants and European private law’ (2000) 4.4 *Electronic Journal of Comparative Law* <<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>> (accessed: 01.02.2019).

<sup>27</sup> E Kharytonov and O Kharytonova, ‘From Comprehension of Reception of Roman Law to a General Theory of the Interaction of Legal Systems: Raising the Issue’ in *The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches* (Wildy, Simmonds and Hill, Publishers 2015) 108-133.

<sup>28</sup> Є Харитонов та О Харитонова, ‘Від осмислення рецепції римського права – до формування загальної теорії взаємодії правових систем’ (2014) 1 *Право України* 274-97.

При характеристиці правової акультурації слушно зверталася увага на те, що вона опосередковує наступність у нормативно-правовій сфері за умов відповідності запозичених правових положень історичним, культурним і правовим традиціям, що супроводжує становлення та розвиток правової системи. Правові новації, викликані правовою акультурацією, можуть сприйматися, ігноруватися або не сприйматися відповідною правовою системою. У цьому контексті правові цінності як продукт культурного, історичного, політичного, правового розвитку суспільства, можуть бути каталізатором правового розвитку чи, навпаки, гальмувати цей процес<sup>29</sup>.

Але, констатуючи слушність наведеної позиції, водночас маємо зауважити, що поза увагою авторки значною мірою залишилися чинники такої ситуації, оскільки посилення на самі лише правові цінності тут недостатньо.

На нашу думку, результатом міжцивілізаційних контактів з погляду взаємодії правових систем може бути два види наслідків: 1) відсутність впливу (інтересу, змін тощо); 2) реальними (позитивними) наслідками контактів правових систем є правова акультурація (взаємний або односторонній вплив правових систем). Більш типовим є другий випадок, перебіг якого образно змалював В. Батлер:

Правові системи з ідеями, запозиченими з інших правових систем, реагують на соціальні процеси, відмовляються від непридатних змін, приєднуються до планів гармонізації та уніфікації, повертаються до традиційних моральних норм і цінностей<sup>30</sup>.

Зі свого боку вид наслідків, що настають при взаємодії правових систем, залежить від лабільності останніх, під якою ми маємо на увазі їх здатність бути об'єктом (учасниками) трансформаційних процесів, що відбуваються завдяки впливу одних систем на інші, їхньої взаємодії тощо.

Оскільки категорія “лабільність правових систем” у відомих нам дослідженнях не траплялася, маємо коротко пояснити наше бачення цього концепту.

У науковому обігу термін “лабільність” вживається синонімічно рухливості (в нормі), нестійкості (при патології) і мінливості (як характеристики динаміки стану й процесів). Для оцінки широти використання цього терміна пропонуються такі приклади його вживання, як згадки

<sup>29</sup> Жебровська (н 18).

<sup>30</sup> В Тацій та інші, *Загальнотеоретична та історична юриспруденція. Правова Доктрина України* (Право 2013) 458.

про лабільність настрою температури тіла, психіки і фізіології. Важливою у контексті нашої розвідки є згадка про те, що цей термін може бути застосований до всіх процесів, що мають у своїх показниках швидкість, сталість, ритм, амплітуду й інші динамічні характеристики<sup>31</sup>.

Хоча термін “лабільність” застосовується для характеристики емоційних, психічних, інтелектуальних стану і процесів, традиційно найчастіше він використовується у сфері фізіології. У зв'язку з цим можна очікувати заперечень проти застосування його у юриспруденції, культурології, історії, соціології тощо. Усвідомлюючи зазначені ризики, відразу запропонуємо наші контраргументи. Для цього навіть немає необхідності вдаватися до “органічних” теорій суспільства та соціальних систем. Натомість згадаємо про досить поширену практику застосування природничої термінології, конструктів і концептів при дослідженнях соціальних процесів, зокрема, у галузі права. Варто зауважити, що позначення “правові (юридичні) трансплантації” досить давно уведено в науковий обіг відомим компаративістом А. Ватсоном<sup>32</sup>. Цей термін зазвичай використовується ним для позначення будь-яких запозичень з інших правових систем, але іноді вживається у значенні ‘один із видів рецепції’<sup>33</sup>. Крім того, деякі автори, визначаючи правову акультурацію як перенесення юридичних форм в інше правове середовище, розрізняють юридичну експансію, котра проводиться насильно, і рецепцію, котру характеризують як добровільне сприйняття елементів іншої правової системи. При цьому юридична експансія пов'язується ними з правовими трансплантаціями<sup>34</sup>. Таким чином, терміно-поняття “правові трансплантації”, як зазначалося вище, розуміється і як різновид категорії “правова акультурація”, і як тотожне поняттю “рецепція”.

Отже, хоча позначення “трансплантація” традиційно має природничо-технічне забарвлення (щоб пересвідчитися у цьому, достатньо зазирнути у будь-яку пошукову систему), це не перешкоджає достатньо широкому його вживанню у юриспруденції, зокрема, у компаративістських наукових розвідках, де таке слововживання дає змогу більш повно охарактеризувати форми взаємодії правових систем. На нашу думку, аналогічна мотивація цілком придатна й для обґрунтування спроб віднайти універсальне позначення стану правової системи, котра зазнає впливу інших правових систем або сама впливає на інші правові системи<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Лабільність – інтелектуальна, емоційна, психічна <<http://wlife.pp.ua/labilnist-intelektualna-emocijna-psixichna.html>> (дата звернення: 01.02.2019).

<sup>32</sup> Watson (1974) (n 24) 106; Watson (2000) (n 24).

<sup>33</sup> Watson (1974) (n 24) 106.

<sup>34</sup> Тверякова (n 23).

<sup>35</sup> Є Харитонов та О Харитонова, ‘Рецепції римського права та інші феномени лабільності правових систем’ в Харитонов Є (ред), *Римське приватне право: здобутки європейські та глобальні: матеріали міжнародного колоквиуму* (Фенікс 2018) 4-8.

Повертаючись до характеристики терміно-поняття “лабільність правових систем” як синоніма характеристики їхньої здатності до динаміки стану і процесів (рухливості, здатності сприймати досягнення інших правових систем, зазнавати відповідних змін унаслідок впливу інших систем і впливати на них), вважаємо за необхідне наголосити, що воно є корелятом зазначених вище феноменів “менталітет” і “ментальність”.

У філософії ментальність розуміється як спосіб мислення, спільна духовна налаштованість і спосіб поведінки людини, групи, котрі більшою частиною пов’язані з певними ціннісними акцентами у ставленні до дійсності. Тією мірою, якою кожен індивід у групі характеризується однаковим менталітетом, можна говорити про соціальний менталітет<sup>36</sup>.

Феномен менталітету розглядається як чинник впливу на розвиток соціуму і, певною мірою, на соціально-історичний процес, а специфіку такого впливу вбачають у тому, що менталітет як соціально-політичний та етнокультурний феномен пов’язаний з економікою, політикою і культурою. Натомість ментальність оцінюється як явище, що має властиві їй характеристики у вигляді джерел (думки, погляди тощо), властивостей і функцій, котрі визначають походження, стан, фактори впливу, а також міру й ступінь оцінки соціальних процесів<sup>37</sup>.

Менталітет можна розглядати і як такий, що властивий спільноті, а тому поширюється на тих, хто до неї належить, але так само і як такий, що складає суму якостей індивідів, що входять до спільноти<sup>38</sup>. Нам другий підхід здається більш виправданим, оскільки логічно припустити, що сукупність особистостей утворює спільноту, а не навпаки, отже, сукупність індивідуальних свідомостей та підсвідомостей (ментальностей) може утворити колективний менталітет (хоча останній перебуває з ними у реординаційному зв’язку).

Маємо враховувати, що коли менталітет слугує основою формування і критерієм розрізнення цивілізацій, то правовий менталітет є підґрунтям розуміння концепту права, а відтак і критерієм розділення правових систем. Це зумовлено тим, що на тлі правової системи правовий менталітет виступає як основоположна матриця, яка визначає правовий “колот” національної правової дійсності<sup>39</sup>.

Але якщо правовий менталітет є критерієм розділення правових систем, то так само він (точніше, врахування його національних, етнічних

<sup>36</sup> Г Шишкофф (ред), *Філософський словарь* (Республіка 2003).

<sup>37</sup> И Супаров, ‘Социальные динамика, структура и модели менталитета: концептуальное обоснование’ (дисс канд философ наук, 2007).

<sup>38</sup> О Стражний, *Український Менталітет. Ілюзії – міфи – реальність* (Дух і літера 2017) 5; Г Смітюх та В Стрілецький, ‘Український менталітет’ <<http://www.myslenedrevo.com.ua/uk/Publ/SacralUkraine/Mentality.html>> (дата звернення: 01.02.2019).

<sup>39</sup> В Павловська-Кравчук, ‘Поняття та сутність правового менталітету: методологія дослідження’ [2010] 4(63) Вісник Академії правових наук України 257-65.

тощо особливостей) має бути інструментом їхньої взаємодії (правової акультурації). Таке посилення методологічного характеру забезпечує врахування аксіологічних елементів концептів “право” та “правова система”, що дає змогу не лише коригувати праворозуміння (навіть у межах позитивістського підходу), а й встановити можливість визначення перспектив правової акультурації та впливу на її ефективність.

Вплив ментальності на лабільність правових систем зумовлений тим, що вона є підґрунтям правоментальності й у такій ролі виступає чинником, що сприяє або перешкоджає правовій акультурації.

Цікаво тут порівняти взаємодію правових систем із баченням процесів, які відбувається в економічній сфері. Н. Можайкіна, аналізуючи економічну ментальність, досить переконливо доводить, що остання може бути не тільки фактором економічного прогресу, а й істотним гальмом на шляху розвитку країни, як це відбувається у нас. На її думку, суттєвий відбиток на розвиток нашої цивілізації наклало прийняття християнства у його православному різновиді, що культивувало традиціоналізм економічної культури: людина не схильна заробити більше, вона просто хоче жити так, як звикла. Використовуючи тезу М. Вебера, згідно з якою за ускладнення традиціоналісти не змінюють устрій життя, а скорочують потреби<sup>40</sup>, та результати сучасних досліджень, вона звертає увагу на те, що всередині християнства чітко простежується певна ієрархія: якщо протестантизм найбільш сприятливий для розвитку капіталістичних відносин, то католицизм зменшує їх крайності, а православ'я перешкоджає капіталізму. Конфуціанська економічна культура як світогляд, що підкоряє особистість інтересам колективу (держави, громади, клану, сім'ї), стала поки що єдиною реальною альтернативою господарській культурі “західного” капіталізму<sup>41</sup>.

Висновки. Якщо екстраполювати викладені висновки на сферу взаємодії правових систем, то можна дійти невтішного висновку щодо вкрай низької лабільності вітчизняної правової системи.

Проте, на нашу думку, така екстраполяція була б невиправданою, оскільки в наведених розмірковуваннях не враховуються усі можливі в суспільстві взаємодії систем та їхній характер. Зокрема, не будемо перебільшувати значення економічної влади, від чого застерігав К. Поппер<sup>42</sup>, а наголосимо на значенні влади державної і політичної системи. Як слушно наголошувалося дослідниками категорії “національна ментальність”, важливе значення має та обставина, що вплив державних інсти-

<sup>40</sup> М Вебер, *Протестантская этика и дух капитализма. Избранные произведения* (Прогресс 1990) 81-8.

<sup>41</sup> Н Можайкіна, ‘Вплив глобалізації на формування трудової ментальності в Україні’ (2018) 22 *Економіка та управління підприємствами* 466.

<sup>42</sup> К Поппер, *Відкрите суспільство та його вороги, т 2* (Основи 1994) 139-42.

туцій на національно-політичний менталітет має обопільний характер, тобто як менталітет впливає на національну політичну систему, так і остання впливає на менталітет. Роль політичної системи у формуванні менталітету того чи іншого народу дуже велика, адже залежно від її типу представник нації включається у певні соціальні відносини, що відбивається на його свідомості<sup>43</sup>.

Таким чином, лабільність правової системи не є зашкарублим поняттям, а піддається інституційному впливу відповідно до викликів часу й мети, яку ставить перед собою суспільство. Звісно, зміни лабільності не можуть бути швидким процесом, але аналіз його перебігу є предметом вже інших досліджень.

## REFERENCES

### Bibliography

#### Authored books

1. Watson A, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Scottish Academic Press 1974) (in English).
2. Watson A, *Evolution of Western Private Law (Expanded Edition)* (Johns Hopkins University Press 2000) (in English).
3. Alekseev S, *Pravo: azbuka – teoriya – filosofija: opyt kompleksnogo issledovaniya [Law: ABC – Theory – Philosophy: a Comprehensive Research Experience]* (Statut 1999) (in Russian).
4. Diurant V, *Tsezar y Khrystos [Caesar and Christ]* (KRON–PRESS 1995) (in Russian).
5. Iakovets Yu, *Ystoryia Tsyvylyzatsyi [History of Civilization]* (VlaDar 1995) (in Russian).
6. Karbone Zh, *Yurydycheskaia sotsyolohyia [Sociology of Law]* (Prohress 1986) (in Russian).
7. Khantynhton S, *Stolknovenye tsyvylyzatsyi [A Clash of Civilizations]* (AST 2006) (in Russian).
8. Norbert Je, *O processe civilizacii. Sociogeneticheskie i psihogeneticheskie issledovaniya [On the Process of Civilization. Sociogenetic and Psychogenetic Studies], t 1: Izmeneniya v povedenii vysshego sloja mirjan v stranah Zapada [Changes in the Behavior of Laity's Upper Layer in the West]* (Universitetskaja kniga 2001) (in Russian).
9. Kharytonov Ye ta Kharytonova O, *Pryvatne pravo yak kontsept: poshuk paradyhmy [Private Law as a Concept: Searching for a Paradigm]* (Feniks 2014) (in Ukrainian).
10. Onishchenko N, *Pravovi systemy: problemy teorii [Legal Systems: Issues of Theory]* (In-terzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy 2002) (in Ukrainian).
11. Osborn R, *Tsyvylyzatsyia, novaia ystoryia zapadnoho myra [Civilization, the New History of the Western World]* (AST; Astrel 2010) (in Russian).
12. Popper K, *Vidkryte suspilstvo ta yoho vorohy [Open Society and Its Enemies], t 2* (Osnovy 1994) (in Ukrainian).
13. Shtaerman i drugie, *Kultura Drevneho Ryma [The Culture of Ancient Rome], t 1* (Nauka 1982) (in Russian).

<sup>43</sup> І Поліщук, 'Поняття "національна ментальність"' [2017] 2(33) Вісник національного університету "Юридична академія України імені Ярослава Мудрого" 111.

14. Strazhnyi O, *Ukrainskyi mentalitet – iliuzii – mify – realnist [Ukrainian Mentality. illusions – myths – reality]* (Dug i Litera 2017) (in Ukrainian).
15. Veber M, *Protestantskaja jetika i duh kapitalizma. Izbrannye proizvedenija [Protestant Ethics and the Spirit of Capitalism. Selected Works]* (Progress 1990) (in Russian).

*Edited books*

16. Holubtsova E (red), *Kultura Drevneho Ryma [The Culture of Ancient Rome]* (Nauka 1985) (in Russian).
17. Kharytonov Ye ta Kharytonova O, 'Doslidzhennia retseptsii rymskoho prava yak paradyhma istorychnoi komparatyvistyky' ['Research of the Reception of Roman Law as a Paradigm of Historical Comparative Studies'] v Kresin O ta Sytar I (red), *Istoriia porivnialnoho pravoznavstva yak sfera naukovykh doslidzhen [History of Comparative Jurisprudence as a Field of Scientific Research: Collected Scientific Papers]* (Liha-pres 2015) (in Ukrainian).
18. – –, 'From Comprehension of Reception of Roman Law to a General Theory of the Interaction of Legal Systems: Raising the Issue' in *The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches* (Wildy, Simmonds and Hill, Publishers 2015) 108-133 (in English).
19. – –, 'Retseptsii rymskoho prava ta inshi fenomeni labilnosti pravovykh system' ['Receptions of Roman Law and Other Phenomena of Lability of Legal Systems'] v Khartanov Ye (red), *Rymske pryvatne pravo: zbutky yevropeiski ta hlobalni: materialy mizhnarodnoho kolokviumu [Roman Private Law: European and Global Achievements: Materials of the International Colloquium]* (Feniks 2018) (in Ukrainian).
20. Melkov Yu, 'Problema edynstva y mnozhestvennosti kultur v uslovyakh hlobalyzatsyy' [On the Unity and Plurality of Cultures in the Context of Globalization] v naukovopraktychna konferentsiia "Liudstvo na mezhi tysiacholit: dialoh tsyvilizatsii" [Scientific and Practical Conference "Humanity at the Turn of Millenniums: Dialogue of Civilizations"] (Nats akad upravlinnia 2003) (in Ukrainian).
21. Popovych M (red), *Problemy teorii mentalnosti [Issues of the Mentality Theory]* (Naukova Dumka 2006) (in Ukrainian).
22. Shyshkoff H (red), *Fylosofskyi slovar [Philosophical Dictionary]* (Respublyka 2003) (in Russian).
23. Tatsii V ta inshi, *Zahalnoteoretychna ta istorychna yurysprudentsiia. Pravova doktryna Ukrainy [General Theoretical and Historical Jurisprudence. Legal Doctrine of Ukraine]* (Pravo 2013) (in Ukrainian).
24. Tsvik M ta Petryshyn O (red), *Pravova systema Ukrainy: istoriia, stan ta perspektyvy: Metodolohichni ta istoryko-teoretychni problemy formuvannia i rozvytku pravovoi systemy Ukrainy [Legal System of Ukraine: History, State and Prospects: Methodological, Historical and Theoretical Issues of Establishment and Development of the Legal System of Ukraine]* (Pravo 2008) (in Ukrainian).

*Journal articles*

25. Kharytonov E and Kharytonova O, 'Reception of law and law adaptation as forms of interaction of legal systems' (2015) 12.1 Young Scientist 151-4 (in English).
26. Kharytonov Ye ta Kharytonova O, 'Vid osmyslennia retseptsii rymskoho prava – do formuvannia zahalnoi teorii vzaiemodii pravovykh system' ['From the Comprehension of the Reception of Roman Law – to the Formulation of the General Theory of Legal Systems' Interaction'] (2014) 1 Pravo Ukrainy 274-97 (in Ukrainian).



27. Mozhaikina N, 'Vplyv hlobalizatsii na formuvannia trudovoi mentalnosti v Ukraini' ['The Impact of Globalization on the Establishment of Labor Mentality in Ukraine'] (2018) 22 Ekonomika ta Upravlinnia Pidpriemstvamy 466 (in Ukrainian).
28. Pavlovska-Kravchuk V, 'Poniattia ta sutnist pravovoho mentalitetu: metodolohiia doslidzhennia' ['The Concept and Essence of Legal Mentality: Research Methodology'] [2010] 4(63) Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 257-65 (in Ukrainian).
29. Pohorilko V ta Malyshko A, 'Pravova systema – systema prava – systema zakonodavstva suverennoi Ukrainy' ['Legal System – System of Law – System of Legislation of Sovereign Ukraine'] (1993) 9-10 Pravo Ukrainy 10-7 (in Ukrainian).
30. Polishchuk I, 'Poniattia "natsionalna mentalnist"' ['The Concept of 'National Mentality'] [2017] 2(33) Visnyk Natsionalnoho Universytetu "Iurydychna Akademiia Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho" 111 (in Ukrainian).

*Thesis*

31. Abramov A, 'Pravovaia akkulturatsiia (na prymere Yspanyy v peryod Rymaskoi Respublyky)' ['Legal Acculturation (on the Example of Spain in the Times of the Roman Republic)'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2005) (in Russian).
32. Sofronova S, 'Pravovoe nasledye y akkulturatsiia v usloviakh pravovoho prohressa obshchestva' ['Legal Heritage and Acculturation under Conditions of Legal Progress of Society'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2000) (in Russian).
33. Zhebrowska K, 'Pravovi tsinnosti u vzaiemodii pravovykh system' ['Legal Values in the Interaction of Legal Systems'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Natsionalnyi Universytet "Odeska Yurydychna Akademiia" 2017) (in Ukrainian).

*Dissertations*

34. Abrosymova Y, 'Metodolohycheskaia rol poniatiia tsyvylyzatsyy v sotsyalno-fylosofskom yssledovanii' ['Methodological Role of the Concept of Civilization in a Social and Philosophical Research'] (dys kand fylosof nauk, 2000) (in Russian).
35. Bainyazov R, 'Pravoznanye y pravovoi mentalitet v Rossyy' ['Legal Consciousness and Legal Mentality in Russia'] (dys d-ra yuryd nauk, 2006) (in Russian).
36. Huban R, 'Mizhnarodno-pravovi aspekty rozvytku dialohu mizh tsyvilizatsiiami' ['Aspects of International Law in the Development of Dialogues between Civilizations'] (dys kand yuryd nauk, In-t derzhavy i prava im V M Koretskoho 2009) (in Ukrainian).
37. Suparov I, 'Social'nye dinamika, struktura i modeli mentaliteta: konceptual'noe obosnovanie' ['Social Dynamics, Structure and Models of Mentality: Conceptual Justification'] (dys kand filosof nauk, 2007) (in Russian).
38. Tverjakova E, 'Juridicheskaja jeksplansija: teoretiko-istoricheskoe issledovanie' ['Legal Expansion: Theoretical and Historical Research'] (dys kand jurid nauk, 2002) (in Russian).

*Websites*

39. Watson A, 'Legal transplants and european private law' <<http://www.ejcl.org/44/art44-2.html?iframe=true&width=100%&height=100%>> (accessed: 01.02.2019) (in English).
40. 'Labilnist – Intelktualna, Emotsiina, Psykhichna' <<http://wlife.pp.ua/labilnist-intelktualna-emocijna-psykhichna.html>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
41. Smitiukh H ta Striletskyi V, 'Ukrainskyi Mentalitet' ['Ukrainian Mentality'] <<http://www.myslenedrevo.com.ua/uk/Publ/SacralUkraine/Mentality.html>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).

Evgen Kharytonov  
Olena Kharytonova

### LABILITY OF LEGAL SYSTEMS AS A FACTOR OF LEGAL ACCULTURATION\*

ABSTRACT. Issues associated with the influence of legal systems on each other and their interaction have been in the focus of legal scholars' attention for a long time. However, there are still no answers to certain issues. Discrepancies arise even about understanding of the essence of the process and defining the object of influence, thus giving rise to the need to continue research in this area.

The purpose of the article is to explore the scope, mechanism, subject (object) of the interaction, as well as the forms and factors (conditions) of the latter.

Using the civilization method for researching legal phenomena and analyzing them from the cultural perspective, the authors argue that since a legal system is a part of culture, in the course of steady contacts of civilizations there is also an interaction of legal systems which should be reasonably called "legal acculturation". At the same time, "legal acculturation" is understood as positive consequences of contacts between legal systems. Legal acculturation may reflect a mutual or unilateral influence of legal systems. In the first instance, we are talking about the "interaction of legal systems". In the second one – about adaptation (accommodation) of one system to another one. When acculturation occurs with regard to legal systems of civilizations which remained in the past, it is a case of reception of law; if there is a borrowing from legal systems which coexist in time, depending on the type of acculturation it can be a case of "legal adaptation" or "interaction" ("mutual influence") of legal systems. Legal acculturation can take place in the following forms: study of the legal system-donor; assimilation of its concept, ideas, constructs, foundations, methodology, terminology, etc; borrowing of elements of some legal systems into other ones ("legal transplantations"); borrowing of the lawmaking methodology; borrowing of the methodology for resolving disputes relating to law; direct application of the rules of law from the legal system-donor etc.

The nature of legal systems' interaction and the type of its consequences depends on the lability of legal systems, by which we mean their ability to be the object (participants) of transformation processes occurring due to the influence of some systems on other ones, their interaction etc. In such a case the following provision should be regarded as dominant: if legal mentality is the criterion for separation of legal systems, in the same manner it (with due regard for its national, ethnic and other characteristics) can be a tool of legal acculturation. The use of this technique allows taking into account the axiological elements of the concepts of "law" and "legal system", thus making it possible not only to correct the understanding of law, but also to ensure the possibility of determining the prospects of legal acculturation and the impact on its efficiency.

KEYWORDS: legal systems; legal acculturation; reception of law; legal transplantations; lability of legal systems; mentality.

\* The article continues authors' research, the preliminary results of which were partially published in the authors' book: *Private law as a concept: looking for paradigm* (Feniks 2014).

### III. Аспекти застосування порівняльно-правової методології

DOI: 10.33498/opus-2019-03-195



Наталія Оніщенко

доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
заслужений юрист України,  
завідувач відділу теорії держави і права  
Інституту держави і права  
імені В. М. Корецького НАН України  
(м. Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-002-1671-2139>  
nataliyaonischenko@gmail.com

УДК 340.1

#### ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ: ПРАГМАТИЧНИЙ КОНТЕКСТ

АНОТАЦІЯ. Порівняльно-правові дослідження зайняли відповідну нішу у вітчизняному доктринальному вивченні, узагальненнях та апробаціях. Утім, особливої уваги представників правової науки і юридичної практики в сучасних умовах потребують прагматичні функції порівняльного правознавства. Певну цікавість у цьому контексті становлять порівняльні практики оптимізації прийняття нормативно-правових актів, а також особливості нормопроектувальної діяльності. Однак нині ці аспекти порівняльно-правових напрацювань недостатньо окреслені змістовно.

Метою статті є аналіз порівняльно-правових досліджень у контексті реалізації їх прагматичних завдань і функцій. Віддаючи належне доктринальним напрацюванням у сфері порівняльного правознавства, видається необхідним зацентувати увагу на практичній значущості порівняльно-правових досліджень як необхідної умови сучасного правового розвитку. Прагматичні функції порівняльного правознавства (функція сприяння законотворчості, функція забезпечення належного тлумачення законодавства, функція сприяння правозастосовній практиці, інтеграційна функція, функція правової аналітики) заслуговують на спеціальну увагу й вивчення під різними кутами зору, хоча сьогодні у пріоритеті, на нашу думку, саме порівняльне “законознавство” та підзаконна нормотворчість, тобто напрями в сфері ефективності законодавства й нормопроектувальної діяльності.

Увага акцентована на положенні, що напрям наукових узагальнень “порівняльне правознавство” і метод порівняння, що застосовується у галузевих дисциплінах, не є “опонуючими категоріями”.

Зроблено висновок, що серед прагматичних функцій порівняльно-пошукових досліджень функція правової аналітики займає особливе місце, оскільки багато прорахунків у сучасних умовах пов’язані саме з відсутністю аналітичних напрацю-

© Наталія Оніщенко, 2019

Наталія Оніщенко

вань, прогностичних висновків, методик “попереднього оцінювання”, наслідків тих чи інших процесів у сфері законотворення, нормопроектування, юридичної техніки (контекст вивчення зарубіжного досвіду).

Обґрунтовується необхідність вивчення законодавчого процесу в різних країнах, оскільки останній характеризується певними особливостями, що зумовлені, перш за все, історичними умовами розвитку конкретної держави, структурою парламентів, певними традиціями та звичаями, специфікою конституційно-правового регулювання.

Підкреслена нагальність не тільки вивчення особливостей зарубіжних нормопроектувальних систем (Бельгії, Нідерландів, Латвії, Канади тощо), а й розповсюдження цього досвіду у вітчизняних наукових центрах та закладах вищої освіти з метою напрацювання власних аналогових взірців щодо удосконалення нормопроектувальної діяльності.

Ключові слова: нормопроектувальна діяльність; порівняльно-правові дослідження; порівняльно-правові практики; прагматичні функції порівняльного правознавства; оптимізація прийняття нормативно-правових актів.

Кожного разу, коли йдеться про нові напрями знань або підходи до вивчення певних соціальних явищ, критерії групування чи класифікацій щодо відповідних типологій, виникає закономірне запитання: чи є в них нагальна необхідність, викликана розвитком суспільних відносин, чи це – не більше, ніж “модний бренд” (на жаль, науку також не оминають щохвилинні або щосекундні уподобання), який, зрозуміло, не є ані довготривалим, ані корисним, ані своєчасним, ані таким, що оптимізує чи стимулює право – державотворчі процеси?

Відповідно до цього хотілося б зазначити, що науковий напрям – “порівняльне правознавство”, порівняльні дослідження і порівняльні практики переконливо довели право на своє визначальне місце під “сонцем юридичної науки”.

Ні в кого, принаймні сьогодні, вже не виникає потреби заперечити самостійність і необхідність цього спрямування наукових знань. Хоча, напевно, слід заперечувати потребу у цьому напрямі як окремого методу (методологічні пошуки), який застосовується кожною галузевою дисципліною.

Утім, із плином часу (і нам видається це переконливим) кожна теоретична площина або формат наукових пошуків повинні ставати все більш прагматичними. Такі веління часу й потреби сучасного суспільно-правового життя.

Метою дослідження є аналіз порівняльно-правових досліджень у контексті реалізації їх прагматичних завдань і функцій. Серед прагматичних функцій порівняльно-пошукових досліджень неодноразово називалися такі:

1. Функція сприяння законотворчості. Сучасна нормотворча і нормопроектувальна діяльність вимагають детальної розробки текстів нормативно-правових актів з урахуванням не тільки вітчизняного, а й загальносвітового досвіду регулювання відповідних суспільних відносин.

2. Функція забезпечення належного тлумачення законодавства. Відповідно, усвідомлення і роз'яснення стосується як національних нормативно-правових актів, так і міжнародних договорів та актів міжнародних організацій.

3. Функція сприяння правозастосовній практиці. Йдеться про відповідний взаємовплив і взаємоузгодженість сучасної правової доктрини та юридичної практики.

4. Інтеграційна функція. У цьому контексті розглядається як гармонізація та механізм взаємодії національних законодавств<sup>1</sup>.

5. Аналітична функція, або функція правової аналітики. Не слід зайвий раз доводити, що багато прорахунків у сучасних умовах пов'язані саме з відсутністю аналітичних напрацювань, прогностичних висновків, методик “попереднього оцінювання” наслідків тих чи інших процесів, особливо, коли йдеться про такі напрями соціальної дійсності, як законотворення, нормопроекування, юридична техніка тощо.

Кожна з цих функцій заслуговує на спеціальну увагу й вивчення під різними кутами зору. Проте сьогодні найбільшої уваги, на нашу думку, потребує саме порівняльне “законознавство” й підзаконна нормотворчість, тобто напрями в сфері ефективності законодавства та нормопроекувальної діяльності. У цьому контексті хотілося б розпочати з “кузні” законодавчих втілень.

Не секрет, що нормативно-правові акти, на які покладена певна суспільна надія щодо упорядкування суспільних відносин, на жаль, не спрацьовують, і пояснювати це, посилаючись тільки на складні економічні, політичні й соціальні умови, мабуть, не має сенсу. Річ у тому, що кожний акт повинен мати своїм підґрунтям серйозне й усебічне вирішення його потенційної дії, певного конструктиву, реального ефекту відповідності суспільним очікуванням тощо. Процеси переосмислення правової дійсності активно стимулюються розробленням та ухваленням цілої низки нових законів. За цих умов зростання кількості законів прямо не пов'язане з ефективністю правового регулювання, оскільки недоліки поганого законодавчого регулювання усуваються завдяки прийняттю нових “кращих” законів, а потім – “ще кращих”. У таких умовах спостерігаємо досить цікавий феномен – законодавство загалом відповідає

<sup>1</sup> О Ярмиш (заг ред), *Порівняльне правознавство: навчальний посібник* (Вид-во Харківського нац ун-ту внутр справ 2006) 296.

евростандартам, міжнародним нормам, цивілізованим формам, проте в багатьох аспектах є повністю або майже повністю безпорадним.

Слід констатувати, що правове регулювання законодавчого процесу у різних країнах характеризується певними особливостями, що зумовлено насамперед історичними умовами розвитку конкретної держави, структурою парламентів, певними традиціями та звичаями, специфікою конституційно-правового регулювання.

Для практики унормування законодавчого процесу властиві два підходи. Перший – класичний – притаманний більшості держав, у парламентах яких законодавчий процес відбувається із застосуванням процедур трьох читань і лише в окремих, визначених випадках, допускається можливість прийняття законів за процедурами двох читань (Бельгія, Іспанія, Латвія, Німеччина, Словенія).

Другий підхід – новітній – полягає у прийнятті парламентами законодавчих актів в основному за процедурами двох читань (Болгарія, Данія, Литва, Португалія, Румунія, Словаччина). У таких країнах на конституційному рівні з метою запобігання “зведення” законодавчого процесу до процедури одного читання закріплюється мінімальний стандарт, що передбачає прийняття законів із застосуванням процедур не менше, як двох читань. Такий підхід дає змогу значно “розвантажити” роботу парламенту в пленарному режимі, оскільки “левоу частку” роботи щодо опрацювання законопроектів та узгодження всіх пропозицій і поправок до них виконують парламентські комітети.

Друге читання проводиться у двох форматах. Перший, або звичайний, починається з доповіді голови профільного комітету про стан законопроекту після його доопрацювання у комітеті; у форматі загальних дебатів обговорюються пропозиції щодо внесення поправок; відбувається постатейне голосування по тексту законопроекту. Другий, або спеціальний, формат застосовується для обговорення законопроектів, пов’язаних із питаннями державних доходів, видатків і питань оподаткування та передбачає обов’язкове створення Комітету всієї Палати (*Committee of the Whole House*) із депутатів, які виявили бажання увійти до його складу. За рішенням Палати допускається застосування такого формату і для розгляду інших законопроектів у другому читанні.

У практиці унормування процедури реєстрації законопроектів у європейських парламентах можна визначити такі підходи. Формальний – суть його полягає у здійсненні реєстрації поданих суб’єктами права законодавчої ініціативи всіх без винятку законопроектів і тільки після цього парламент надає згоду на їх розгляд (Болгарія, Румунія, Чехія, Чорногорія). Неформальний – базується на принципі попереднього вирішен-

ня відповідним уповноваженим органом парламенту (Бюро, Президія, Рада, парламентський комітет) питання про прийняття до розгляду законопроектів і тільки після цього здійснюється процедура їх реєстрації. Так, у Португалії дозвіл на реєстрацію законопроектів надається Головою Асамблеї на основі висновку Бюро Асамблеї (ст. 125 Правил процедур парламенту). В Угорщині законопроект може бути зареєстрований в парламенті за умови його підтримки відповідним профільним комітетом (ст. 98 Регламенту). В Естонії рішення про реєстрацію законопроекту ухвалюється Радою парламенту (ст. 93 Правил процедур Рийгікогу).

Застосування неформального підходу оцінки законопроектів для цілей їх реєстрації значною мірою зменшить або навіть унеможливить внесення до парламенту невідповідних законопроектів, підвищить рівень відповідальності суб'єктів права законодавчої ініціативи та, безумовно, сприятиме посиленню ефективності діяльності парламенту загалом.

Що стосується організації процедур розгляду законопроектів, доцільно звернутися до парламентського досвіду таких держав, як Греція, Італія, Іспанія, Польща, Чорногорія, де комітети мають досить широкі повноваження в законодавчому процесі<sup>2</sup>.

Ще один "практичний зріз" проблеми. Одним із нагальних та найбільш проблематичних питань справедливо називають проблему якості законопроектів, що, на думку дослідників, значною мірою залежить від всебічного їх опрацювання в комітетах<sup>3</sup>.

Вченими обґрунтовується доцільність запровадження процедури узгодження поправок до законопроектів з їх ініціаторами при підготовці законопроекту до розгляду за процедурою другого читання. Така процедура дасть змогу комітетам опрацювати всі запропоновані суб'єктами права законодавчої ініціативи поправки та дійти згоди щодо них, що певною мірою сприятиме оптимізації розгляду проектів законодавчих актів у другому читанні на пленарних засіданнях Верховної Ради України<sup>4</sup>.

Підвищення якості законопроектів, на думку окремих науковців, вбачається в обов'язковому нормативному закріпленні врахування експертних висновків щодо законопроектів при їх розгляді. При цьому зміст висновків повинен бути озвученим представником комітету під час виступу.

<sup>2</sup> Див. детальніше: *Проблеми оптимізації інституційних засад законодавчої діяльності Верховної Ради України та її комітетів* (Інститут законодавства Верховної Ради України 2017) 83.

<sup>3</sup> О Сас, 'Організація роботи Верховної Ради України: питання теорії та практики' (автореф дис канд юрид наук, 2013) 11.

<sup>4</sup> З Погорелова, 'Процедура розгляду законопроектів у Верховній Раді України: проблеми теорії та практики' 35 [2015] 1(1) Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право 47.

Наталія Оніщенко

Ще один окремий ракурс нашого розгляду буде пов'язаний з вивченням особливостей нормопроектувальної діяльності. Зокрема, ракурс, пов'язаний із підзаконними нормативними актами. Аналізуючи відповідні прогалини “вітчизняного ґатунку”, хотілося б навести деякі прикладні вітчизняні та зарубіжні ілюстрації. Як відомо, Кабінет Міністрів України 13 липня 2016 р. ухвалив можливість реєстрації шлюбу за одну добу.

Новий пілотний проект реєстрації шлюбу за 24 години планувався до дії у Маріуполі, Северодонецьку, Херсоні, Києві, Одесі та Львові ще в серпні 2016 р.

Сьогодні, залежно від регіону, такою процедурою скористалися від 11 до 40 % тих, хто одружується.

Які переваги або недоліки є найбільш акцентованими щодо такої ініціативи Міністерства юстиції України?

На думку науковців, тут слід враховувати, принаймні, дві складові: 1) культурно-емоційну та 2) правову. Так, у державах англосаксонської (англо-американської) правових систем підготовчий етап передбачає отримання ліцензії – спеціального дозволу сторін на укладання шлюбу від церковних чи світських владних органів, які здійснюють таку реєстрацію.

Для цього молодята дають клятву в церкві чи складають присягу державним органам, що здійснюють реєстрацію шлюбу, в тому, що не мають будь-яких перешкод для укладання шлюбу. Подібні дозволи дійсні протягом певного строку, встановленого законом – від місяця до року.

Законодавство Нідерландів закріплює положення про те, що намір укласти шлюб повинен бути публічно оголошений не менше, ніж за два тижні до реєстрації шлюбу. У разі відмови в подальшому від реєстрації шлюбу примус другої особи одружитися чи вийти заміж не допускається. Проте “ошукана” особа може зажадати компенсації матеріальних і моральних збитків. На нашу думку, вивчення зарубіжної практики в цьому аспекті є цікавим, оскільки остання так чи інакше може впливати як на стабільність самого інституту сім'ї, так і на демографічну політику, не кажучи вже в подальшому про права та інтереси дитини. Утім, заради справедливості аналітичних висновків слід зазначити, що нині відсутні дослідження з приводу того, що саме 30-денний термін до моменту реєстрації шлюбу суттєво впливає на стабільність сімейних стосунків.

Також на особливу увагу і вивчення заслуговують приклади зарубіжного досвіду у сфері правового регулювання, нормотворчості й особливостей використання правил нормопроектувальної техніки, про що вже неодноразово писали вітчизняні вчені, застосовуючи метод порівняльного аналізу<sup>5</sup>.

www.pravoua.com.ua

<sup>5</sup> М Петришина та Т Мала, ‘Нормопроектувальна техніка як засіб формування системи дієвого та ефективного законодавства в Україні: теоретико-правовий підхід’ (2014) 3 Актуальні питання публічного та приватного права 256-63.



Так, наприклад, у Бельгії в Інституті соціального права на вимогу Уряду розробляється нормопроектувальна система під назвою “*SOLON*” для визначення якості законодавства, яка включає в себе матеріальний критерій (зміст нормативно-правових актів) та формальний критерій (структура, спосіб оформлення тощо). Більше того, така ідея не є новою, аналогічні системи вже застосовуються у Нідерландах (*LEPA, OBW*), Італії (*Lexidit, Lexeditior IRI\_AI, Arianna, Norma*). Правознавці зазначають, що існує навіть ціла наука “*legimatics*”, яка займається вивченням та дослідженням можливостей комп’ютерної техніки у сфері нормопроекування. Учені Інституту соціального права виділяють такі переваги системи “*SOLON*”:

- мінімізує помилки нормопроекування;
- допомагає створювати законопроекти швидше та у більш високопродуктивний спосіб;
- привертає увагу до необхідності врахування керівних принципів при нормопроекуванні, які не дають змогу проектувальникам норм права змінювати послідовність дій;
- відіграє важливу роль, особливо для тих експертів, які не мають спеціальної освіти.

На нашу думку, важливим є і той факт, що така система покращує саме процедуру нормопроекування.

Вчені-дослідники також зазначають, що нормотворчість у Нідерландах привертає увагу існуванням і застосуванням алгоритмів створення правових норм, які перетворюють формули в юридичні норми, що значно спрощує та прискорює процес нормотворчості, але при цьому вимагає спеціальних математичних знань і знання інформатики. Цей досвід, як нам видається, має розглядатися у вітчизняних наукових центрах та вищих закладах освіти. Про це свідчать, зокрема, напрацювання Харківського національного університету радіоелектроніки.

У Латвії традиційно дві установи відповідальні за удосконалення нормопроекувальної техніки та якості нормотворчості: Міністерство юстиції та Державна канцелярія. Крім того, є спеціальний Посібник для підготовки нормативно-правових актів, що має високу доктринальну та велику практичну цінність, адже розкриває теоретичні та практичні навички, особливості певних засобів і прийомів, а також вказівки щодо додержання правил юридичної техніки. Утім, зрозуміло, що Посібник має лише рекомендаційний характер<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Петришина та Мала (н 5) 261.

Крім того, цікавою ілюстративною прикладною базою можна вважати практику урегулювання цього питання у Казахстані, Азербайджані та інших державах.

Окрема увага в цьому контексті може бути присвячена нормопроектувальній діяльності в Канаді, де така діяльність вважається “мистецтвом, а не буденною справою”. Нею займається близько 100 осіб. Враховуючи досвід одного з нормопроектувальників – Р. Бержерона, можна виокремити низку правил нормопроектувальної діяльності:

1) фіксація ключового філософського положення про взаємовідповідність змісту та форми проекту;

2) автор правил нормопроекткування пропонує враховувати часовий (темпоральний) чинник такої діяльності, вважаючи, що недостатній час може впливати на якість розробки і саму якість нормативно-правового акта;

3) Р. Бержерон звертає увагу на важливість професійного підходу до такої діяльності (фактор професіоналізації);

4) увага обов'язково повинна зосереджуватися на можливому негативному результаті нормопроекткування (фактор негативізації нормопроекткування). Тобто, на нашу думку, йдеться про те, що сам нормативно-правовий акт не зможе не тільки сприяти кращому упорядкуванню праворегулюючих процесів, а й, навпаки – може в подальшому серйозно вплинути на їхню якість і дієвість;

5) констатується, що правила нормопроекткування не є і ніколи не будуть абсолютними (фактор деабсолютизації), оскільки вони не можуть охопити всю сукупність розробки й оформлення нормативних текстів;

6) обов'язково повинні враховуватися телеологічні домінанти нормопроекткування (телеологічний фактор)<sup>7</sup>.

Також цікавий досвід запропонувало українському Уряду Міністерство Великої Британії з міжнародного розвитку (Центр Законодавчих студій сера Вільяма Дейла при Інституті поглиблених правничих студій – Лондонський Університет). Зокрема, йдеться про Проект підтримки нормопроекткування, що включає такі стадії:

1) створення українського стилю нормотворення, який зможе запобігти існуючим неузгодженостям у законодавстві, що спричинені роботою різних груп нормотворців та різними джерелами права;

2) зменшення потреби у поточних консультаціях з іноземними радниками, нормотворча техніка яких ґрунтується на правилах нормопроекткування, притаманних юрисдикції інших країн;

<sup>7</sup> Р. Чернолуцький, ‘Правила нормопроекткування Р. К. Бержерона та їх значення для становлення й розвитку національної системи нормопроекткування в Україні’ [2015] 5/1(15) Jurnalul juridic national: teorie și practică 24.

3) надання допомоги українському Урядові у приведенні українського законодавства у відповідність до законодавства Європейського Союзу;

4) поглиблення існуючого розуміння принципів верховенства права, демократії, конституціоналізму, етики та справедливого правління і застосування їх у нормотворчому процесі;

5) боротьба з корупцією шляхом запобігання суперечностям та ліквідації прогалин у чинному законодавстві.

На нашу думку, до цих правил слід було б додати необхідність залучення як представників правової доктрини, так і представників юридичної практики. Певні спроби щодо цього неодноразово виникали в різних державних інституціях, зокрема, в Міністерстві юстиції України.

Висновки. Отже, підсумовуючи, можемо зазначити: наявність порівняльно-правових досліджень є необхідною складовою сучасного правового розвитку. Окремі аспекти цієї діяльності були проаналізовані у певних межах статейного викладу вище, зокрема, підкреслювалася необхідність посилення ролі прагматичних функцій порівняльного правознавства в контексті вивчення зарубіжного досвіду оптимізації прийняття нормативно-правових актів. Окремий вектор становить аналіз особливостей сучасної нормопроектувальної діяльності (нормопроектувальні системи Бельгії, Нідерландів, Латвії, Канади), поширення цього досвіду для вивчення у наукових центрах та вищих закладах освіти для поглибленого аналізу. Певна увага приділялася необхідності створення власного стилю нормопроекування. Утім, наголошено, що багато ракурсів практичного освоєння порівняльно-правових досліджень у сфері систематизації нормативно-правових актів, уніфікації законодавства тощо залишилися ще недостатньо вивченими та розглянутими. Зрозуміло, від удосконалення цих процесів багато в чому залежить якість законодавства і правореґулюючих процесів, а отже, не тільки проголошення прав, а й забезпечення певних можливостей людини в умовах сьогодення.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Edited books*

1. *Problemy optymizatsii Instytutsiinykh zasad zakonodavchoi diialnosti Verkhovnoi Rady Ukrainy ta yii komitetiv [Issues Pertaining to Optimization of the Institutional Bases of Legislative Activity of the Verkhovna Rada of Ukraine and its Committee]* (Instytut zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy 2017) (in Ukrainian).
2. Yarmysh O (zah red), *Porivnialne pravoznavstvo: navchalnyi posibnyk [Comparative Jurisprudence: Learning Guide]* (vyd-vo Kharkivskoho nats un-tu vnutr sprav 2006) (in Ukrainian).

Наталія Оніщенко

*Journal articles*

3. Chornolutskyi R, 'Pravyla normoproektuvannia R. K. Berzherona ta yikh znachennia dlia stanovlennia y rozvytku natsionalnoi systemy normoproektuvannia v Ukraini' ['Rule-Drafting Guidelines by R. K. Bergeron and Their Importance for the Establishment and Development of the National Rule-Drafting System in Ukraine'] [2015] 5/1(15) Jurnalul juridic national: teorie și practică 22-7 (in Ukrainian).
4. Petryshyna M ta Mala T, 'Normoproektualna tekhnika yak zasib formuvannia systemy diievoho ta efektyvnoho zakonodavstva v Ukraini: teoretyko-pravovyi pidkhid' ['Rule-Drafting Technique as a Means to Form the System of Effective and Efficient Legislation in Ukraine: Theoretical and Legal Approach'] (2014) 3 Aktualni pytannia publichnoho ta pryvatnoho prava 256-63 (in Ukrainian).
5. Pohorelova Z, 'Protsedura rozghliadu zakonoproektiv u Verkhovnii Radi Ukrainy: problemy teorii ta praktyky' ['Procedure of Draft Laws Consideration in the Verkhovna Rada of Ukraine: Issues of Theory and Practice'] 35 [2015] 1(1) Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Serii Pravo 45-8 (in Ukrainian).

*Thesis*

6. Sas O, 'Orhanizatsiia roboty Verkhovnoi Rady Ukrainy: pytannia teorii ta praktyky' ['Organization of the Functioning of the Verkhovna Rada of Ukraine: Theory and Practice'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2013) (in Ukrainian).

Nataliia Onishchenko

#### COMPARATIVE LEGAL STUDIES: A PRAGMATIC CONTEXT

ABSTRACT. Comparative legal studies have taken an appropriate niche in the national doctrinal research, generalizations and approbations. However, under modern conditions, the pragmatic functions of comparative jurisprudence call for special attention on the part of representatives of legal science and juridical practice. In this context, of particular interest are the comparative practices intended for optimization of adoption of legal acts, as well as the specific features of activities aimed at drafting various rules and provisions. However, currently these aspects of comparative law developments are not sufficiently outlined in terms of their substance.

The aim of the article is to analyze comparative legal studies in the context of implementation of their pragmatic tasks and functions. Giving due credit to the doctrinal progress in the comparative jurisprudence domain, the author deems it necessary to highlight the practical importance of comparative legal studies as an essential condition for today's legal development. The pragmatic functions of comparative jurisprudence (the function of facilitation to lawmaking, the function of ensuring proper interpretation of legislation, the function of facilitation to law administration activities, the function of integration, the function of legal analytics) deserve special attention and research from different angles, although we believe that today the priority should be seen in the comparative "knowledge of law" and subordinate rule-making, i.e., the focus on the efficiency of legislation and rule-drafting activities.

The author emphasizes that the domain of scientific generalizations "comparative jurisprudence" and the method of comparison used in branch-specific disciplines are not "opposing categories".

www.pravoua.com.ua

The author comes to the conclusion that among the pragmatic functions of comparative legal studies, the function of legal analytics is of special significance, since under modern conditions many misjudgements ensue particularly from the lack of analytical progress, prognostic conclusions, methods of “preliminary assessment”, consequences of certain processes which relate to lawmaking, rule-drafting, legal technology (the context of studying foreign experience).

The author proves the need of studying the legislative process in different countries, as the latter is characterized by certain features which are due, primarily, to the historical conditions under which a particular state has developed, and also to the structure of parliaments, certain traditions and customs, as well as the specifics of constitutional and legal regulation.

The author also emphasizes that currently it is important not only to study the specific features of foreign rule-drafting systems (in Belgium, the Netherlands, Latvia, Canada, etc.), but also to disseminate this experience to the national research centers and institutions of higher education with the aim of developing our own analog best practices regarding the improvement of rule-drafting activities.

KEYWORDS: rule-drafting activities; comparative legal studies; comparative legal practices; pragmatic functions of comparative jurisprudence; optimization of adoption of legal acts.



## Акмаль Саїдов

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, академік АН Республіки Узбекистан, директор Національного центру Республіки Узбекистан з прав людини, голова комітету з демократичних інститутів, недержавних організацій та органів самоврядування громадян Законодавчої палати Олій Мажліса Республіки Узбекистан (м. Ташкент, Республіка Узбекистан)  
info@nhrc.uz

УДК 340.5

## ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО І НАЦІОНАЛЬНА ПРАВОВА СИСТЕМА УЗБЕКИСТАНУ

**АНОТАЦІЯ.** У статті розкривається національна правова система Узбекистану, її історичні витoki та сучасний розвиток. Основу розвитку національної правової системи Узбекистану становить Конституція Республіки Узбекистан, яка виконує системотворчу роль у зміцненні державності, в реалізації державно-правової стратегії розвитку суспільства. Частиною правової системи є також сучасна система законодавства Узбекистану. Створення стабільної правової системи, що розвивається еволюційним шляхом, є пріоритетним в аспекті законодавчого закріплення нових суспільних відносин і соціальних цінностей. Інтеграція правової системи Узбекистану в міжнародний правовий простір дасть змогу використовувати позитивний міжнародний і зарубіжний юридичний досвід у розвитку правової системи держави.

Обґрунтовується, що право будь-якої країни – це невідривна частина її національного надбання, у певному сенсі – породження традицій, спадщина предків і спосіб самовираження суспільства. Воно поєднує елементи загального, особливого й одиничного і в цьому сенсі має як абстрактну, так і цілком конкретну, зокрема національну, природу. Право – явище загальнолюдської і національної культури, відображення тих чи інших цивілізацій. Правову систему будь-якої держави не можна розглядати поза зв'язком з іншими національними правовими системами та з міжнародним правом.

Автор доводить, що сучасне узбецьке право може бути віднесене до романо-германської правової сім'ї за такими основними параметрами: кодифікованість права; суворі ієрархія джерел права; принцип верховенства закону; основні принципи судової організації та судочинства.

Виокремлено найважливіші напрями створення нової законодавчої системи Узбекистану: створення правових основ державного будівництва (утвердження принципів суверенітету, демократії, народовладдя, прав людини); формування системи ринкового законодавства, що закладає основу для нових економічних відносин, і насамперед відносин власності й вільної підприємницької діяльності; створення законодавства, що забезпечує конституційні та юридичні права людини, соціальні гарантії та соціальну підтримку населення; забезпечення морального здо-

ров'я суспільства, духовного розвитку його членів, підвищення їх правової культури; розвиток правових основ, що визначають Узбекистан як рівноправного суб'єкта міжнародних відносин.

Автор доходить висновку, що сучасне законодавство Узбекистану створює правову основу перехідного періоду, процесу юридичної зміни застарілого тоталітарного суспільно-політичного ладу й економічних відносин, утвердження нових, демократичних норм і соціально-правових гарантій.

Ключові слова: Конституція Республіки Узбекистан; правова система; правотворчість; законодавство; правове регулювання; правова модернізація; міжнародне право.

Сучасний період у розвитку узбецького права починається з вересня 1991 р., коли на політичній карті світу з'явилася нова суверенна держава – Республіка Узбекистан. Це період суверенного розвитку та нового відродження узбецького права. За роки незалежності був обраний власний шлях правового оновлення і прогресу. З цією метою були вивчені досвід законотворчості багатьох країн світу і національні юридичні традиції. Багато з прийнятих законів попередньо пройшли експертизу у відомих міжнародних юридичних організаціях та у зарубіжних фахівців.

Нині склалася цілісна система державно-правового регулювання процесу демократичних перетворень і соціально-економічних реформ в Узбекистані. Вона органічно поєднує в собі всі гілки влади: законодавчу, виконавчу й судову.

Швидке зростання законодавчого масиву – характерна риса сучасної правової системи Узбекистану. За роки незалежного правового розвитку в Узбекистані прийнято 12 конституційних законів, понад 700 законів, 16 кодексів, а також інші нормативно-правові акти. Нове законодавство покликане слугувати юридичною основою для зміцнення державного суверенітету, демократизації суспільства, переходу до соціально орієнтованої ринкової економіки, розвитку економічних, торговельних, культурних та дипломатичних відносин із зарубіжними державами.

*Право будь-якої країни – це невід'ємна частина її національного надбання, у певному сенсі – породження традицій, спадщина предків і спосіб самовираження суспільства.* Взаємовплив і взаємодія різних правових культур і традицій існували завжди та всюди, будучи одним із джерел збагачення праворозуміння і духовного світу людини. Як правило, зі змішання різних правових культур народжувалися нові народи і нації, нові правові цивілізації і традиції.

Історично народи Турану (відроджене нині доісламське тюркське найменування території сучасного Узбекистану), Мавераннахра (арабська географічна назва регіону в Середній Азії між річками Амудар'я і Сирдар'я), Туркестану (російська назва регіону, введена в обіг у другій по-

ловині ХІХ ст.) у збереженні самобутності пішли шляхом розвитку своєї державності і права, релігії та культури, мови і літератури. Але Туран, Мавераннахр і Туркестан – не єдині назви, під якими Узбекистан відомий у світовій історії. Цю багату країну ремесел, землеробства, торгівлі по Великому Шовковому шляху, країну “тисячі міст” О. Македонський назвав Согдіаною.

На нинішній території Узбекистану виникла одна з найдавніших цивілізацій світу. Історія узбецького народу, національної державності й права своїм корінням сягає в глибину століть. Держави стародавнього Турану, Мавераннахру, Туркестану, що квітнули тут, залишили яскравий слід у розвитку світової культури. У традиціях узбецької держави і права нерозривно поєднуються загальнолюдські й національно-державні засади, вони розвиваються згідно з духовно-правовим потенціалом узбецької цивілізації, що налічує не менше трьох тисяч років.

*Право поєднує елементи загального, особливого й одиничного і в цьому сенсі має як абстрактну, так і цілком конкретну, зокрема національну, природу. Право – явище загальнолюдської і національної культури, відображення тих чи інших цивілізацій.*

Сучасну правову систему Узбекистану характеризує, перш за все, її приналежність до романо-германської правової сім'ї. Формалізована, доволі абстрактна законодавча норма переважає тут над іншими юридичними джерелами і має тенденцію до того, щоб замінити їх повністю. Однак, якими близькими не були б системи джерел права Узбекистану і країн Європейського континенту, вони суттєво відрізняються за низкою параметрів.

*Сучасне узбецьке право цілком може бути віднесене до романо-германської правової сім'ї за такими основними параметрами:*

По-перше, Узбекистан – країна кодифікованого права. Основне джерело права – законодавство, тобто нормативні акти, що видаються вищими органами держави. Основні галузі узбецького права кодифіковані.

По-друге, сувора ієрархія джерел права. Загалом система джерел узбецького права включає: Конституцію, конституційні закони, звичайні закони, укази та постанови Президента, постанови Кабінету Міністрів, нормативні правові акти, які видаються центральними і місцевими органами влади й управління.

*Для правової системи, заснованої на романо-германській традиції, особливо важливою є наявність “класичних” кодексів, тобто кодексів, виданих за моделлю наполеонівських кодифікацій. За роки незалежності прийнято понад 10 кодексів, зокрема й такі класичні кодекси, як Кримінальний*



(1994 р.), Кримінально-процесуальний (1994 р.), Цивільний (ч. I, 1995 р., ч. II, 1996 р.), Цивільно-процесуальний (1997 р.).

По-третє, принцип верховенства закону – найважливіший елемент ієрархічної побудови системи джерел права. При цьому особливе значення має принцип верховенства Конституції. Це означає: заборону будь-якої діяльності, зокрема й законодавчої, що суперечить Конституції; верховенство конституційних норм щодо традиційних критеріїв, засобів тлумачення і застосування закону; обов'язок всіх нормотворчих органів діяти в розвиток конституційних норм; особливий характер прийняття Конституції й ускладнений порядок конституційного перегляду; особливу охорону Конституції, інакше кажучи, наявність конституційного контролю.

По-четверте, основні принципи судової організації та судочинства. Судова влада здійснюється через Конституційний Суд і Верховний Суд, що утворюють єдину судову систему.

Утім, основні елементи романо-германської правової сім'ї почали впроваджуватися в узбецьке право з моменту колоніального завоювання Росією Середньої Азії і в період дії радянського права. Але в умовах колоніальної залежності й надцентралізованої соціалістичної планової економіки, заснованої на винятковому пануванні державної власності, демократично нерозвиненої однопартійної політичної системи, основні правові інститути при зовнішній подібності з інститутами права західних країн суттєво відрізнялися від них. Та й саме право загалом відіграло значно меншу роль у житті узбецького суспільства.

Проголошення державної незалежності, курс на ринкову економіку, рух до політичного й ідеологічного плюралізму відкрили широкі можливості для зближення узбецького права з романо-германською правовою сім'єю не лише за зовнішньою формою, а й за змістом. Це знайшло своє відображення як у сфері публічного права, де поступово утверджуються основні параметри правової держави – розподіл влади, першорядна роль інституту публічних свобод, конституційний контроль, судовий захист як універсальний спосіб захисту тощо, так і в сфері приватного права – визнання різноманіття форм власності й першорядного значення приватної власності, вільного підприємництва, інститутів ринкового права та ін.

Завдяки новим тенденціям близькість узбецького права до романо-германської правової сім'ї стає істотним чинником їх зближення. *Уніфікація в міжнародно-правовій сфері – це не єдиний, хоча й найбільш відомий спосіб зближення національних правових систем.* Для формування спільного правового простору не менше, якщо не більше, значення

має такий шлях зближення цих систем, як розширення їх спільних рис, принципів орієнтирів, схожість правових норм і, відповідно, судової практики.

Водночас узбецький законодавець не пішов шляхом післявоєнної романо-германської законодавчої традиції, тобто приватних кодифікацій. Той факт, що західний законодавець не вдався до докорінних реформ кодексів, а обмежився частковими їх виправленнями, що, зі свого боку, не могло не порушити їх внутрішньої структури, підсилює позиції тих учених, які вважають кодифікацію пройденим етапом правового розвитку і говорять про декодифікацію права. Так, слід відрізнити “класичні” кодекси Наполеона від сучасних французьких галузевих кодексів (трудового, соціального забезпечення, сільськогосподарського, лісового, гірничого тощо), що являють собою компіляцію правових актів, звичаїв і судових рішень.

Важливо відзначити, що питання про співвідношення кодифікованої та некодифікованої частин правової системи Узбекистану не повинне розглядатися за принципом “або – або”. Узбецьке право – це переважно кодифіковане право. Однак це не означає, що в ньому не може бути некодифікованих галузей. Вся справа у співвідношенні. Історично так: якщо в романо-германській правовій сім’ї переважає кодифіковане право, то в англо-американському загальному праві – некодифіковане.

Становлення національної правової системи Узбекистану підтверджує загальну закономірність правового розвитку. Йдеться про те, що *публічне право швидше змінюється у період політичних революцій, приватне право – в ході соціальних революцій*. У першому випадку особливо велика роль еліти і мислителів, які формують правоутворюючі ідеї.

Якщо після проголошення державної незалежності швидше розвивалися галузі публічного права, то нині активніше складається ринкове законодавство, що відноситься до приватного права. Відбувається кодифікація у сфері публічного права в таких галузях, як конституційне, адміністративне, кримінальне право, законодавство про судову систему, цивільне, економічне і кримінальне судочинство. Публічно-правова галузь законодавства безпосередньо виражає економічну політику держави і впливає на цивільно-правові, трудові відносини, відносини природокористування.

Правове регулювання ринкових відносин в основі своїй відноситься до сфери приватного права. Цивільний кодекс Узбекистану – основоположний кодифікаційний акт приватного права – регламентує весь спектр майнових відносин, включаючи в себе норми про підприємницьку діяльність. Підприємницьке законодавство розвивається як комплексний нор-

мативний масив з урахуванням необхідності державного регулювання, але з пріоритетом приватноправових норм.

Зі сфери класичного цивільного права в Узбекистані виділилися галузі трудового і сімейного права й відповідні галузі законодавства, прийняті Трудовий та Сімейний кодекси. Податкові та бюджетні відносини регулюються Податковим і Бюджетним кодексами.

Слід зазначити, що в сучасних умовах розширюється поєднання приватноправових і публічно-правових підходів правового регулювання у різних галузях узбецького права. Прикладом можуть слугувати природоохоронне, а також земельне, водне законодавство.

У практиці правового регулювання соціального захисту населення в Узбекистані кодифікується законодавство, що відноситься до соціальної сфери життя суспільства. Відокремилася пенсійне законодавство. До нього дотична система компенсацій і пільг, що надаються малозабезпеченим верствам населення. У зв'язку з цим можна побачити виокремлення зі складу трудового законодавства в самостійну галузь права законодавства про соціальне забезпечення.

Сильна соціальна політика в Узбекистані зумовлює розвиток соціального права. У ньому об'єднуються норми і принципи правової регламентації соціального забезпечення та інших сфер соціального захисту нужденного населення, а також спеціальне законодавство в галузі освіти, охорони здоров'я, яке дедалі більше виходить за межі адміністративного права. Вони здатні зайняти місце підгалузей соціального права. Утім, регулювання в соціальній сфері у формі соціального права, що розвивається нині в законодавстві Франції, Німеччини, Швеції та інших країн Європи, зберігає при цьому зв'язок з адміністративним правом щодо аспектів державного управління у відповідних сферах.

Таким чином, *в Узбекистані склалася характерна для романо-германської правової сім'ї система джерел права, галузей і багатогалузевого законодавства.*

Ще наприкінці 80-х років ХХ ст. стала очевидною необхідність конституційної реформи. Після проголошення державного суверенітету суспільство не могла задовольнити радянська Конституція, прийнята при старому суспільно-державному ладі (1978 р.), у межах конституційної системи колишнього СРСР. Виявилася неуспішною і спроба пристосувати стару Конституцію до нових реалій. Понад 100 змін і доповнень, внесених до її тексту, позбавили її внутрішньої логіки і породили численні суперечності.

Конституційна реформа в Узбекистані була еволюційною і безперервною. Ще в березні 1990 р. у період існування СРСР Узбекистан пер-

шим із союзних республік запровадив президентську форму правління. Це було початком реорганізації та оновлення політико-правової системи в Узбекистані. У червні 1990 р. були прийняті Декларація про суверенітет і Постанова Верховної Ради Республіки про створення Конституційної комісії для розробки нової Конституції Узбекистану. В юридичному сенсі ці акти були новими, оскільки в теорії і практиці державно-правового будівництва Узбекистану вони приймалися і проводилися вперше.

Нова Конституція 1992 р. стала “візитівкою” суверенного Узбекистану. Вона втілює в собі традиції багатовікової власної історії права і принципи світового конституційного досвіду. Якщо розглядати нову узбецьку Конституцію у зв’язку зі світовим конституційним розвитком, то можна сказати, що вона послідовно вписується в ряд конституцій “другого покоління”, прийнятих у західноєвропейських країнах після закінчення Другої світової війни.

Світовий конституційний досвід був використаний у Конституції Узбекистану через:

- 1) принципи конституційного регулювання – права людини, прихильність до норм міжнародного права, розподіл влади, стабільність Конституції;
- 2) відмова від ідеологізації, тобто Конституція не прагне нав’язати суспільству заздалегідь визначений відповідно до панівної ідеології економічний лад;
- 3) конституційні гарантії – верховенство Конституції, створення Конституційного Суду, особливий порядок зміни Основного Закону;
- 4) президентську республіку як одну з форм прямого народовладдя, адже Конституція визначає правове становище Президента як глави держави і виконавчої влади;
- 5) конституційну техніку, тобто організацію тексту в Преамбулу і за розділами, главами і статтями, а також логіку їх розташування;
- 6) юридизацію і стислість змісту, з тим щоб не створювати зайву регламентацію, що сковує реальне державне життя; цьому ж завданню відповідає зведення до мінімуму в Конституції так званих норм-відсилок на майбутні закони.

Часто стверджують, що Конституція Узбекистану 1992 р. побудована за французькою моделлю. Це твердження справедливе лише частково. Зрозуміло, вона має свої особливості й відрізняється від французької Конституції. Але якщо говорити про передбачену Конституцією Узбекистану форму правління, то тут близькість до французької моделі очевидна. Узбекистан, як і Франція, – республіка президентського типу, причому обидві вони відмінні від президентської республіки американського

зразка. Безперечна близькість узбецької Конституції до французької моделі виявляється у: процедурі обрання Президента, обсязі повноважень Президента як глави держави, в його ролі у формуванні та діяльності Уряду, в праві розпуску парламенту в порядку, передбаченому Конституцією.

На відміну від радянських Основних законів у новій Конституції Узбекистану немає засилля євроцентристського конституційного регулювання, але є розумне врахування норм громадянського суспільства, розподілу влади, стримувань і противаг влади, властивих демократичним конституціям країн Заходу. І тут же очевидний вплив духовно-правових традицій ісламу, конституційне розуміння держави як великої родини, де лідер відповідальний за спокій, гідність і добробут її членів.

Конституція Узбекистану 1992 р. – це творча єдність вітчизняних державно-правових, духовно-культурних потреб у прогресі й світового досвіду сталого конституційного саморозвитку.

Критеріями якості та ефективності Конституції Узбекистану є:

- по-перше, відповідність Конституції потребам і перспективам розвитку демократичної правової держави в Узбекистані. Тут враховано єдність потреб перехідного періоду і перспектив нарощування самостійного досвіду узбецької державності та права;
- по-друге, самостійне творче застосування світового конституційного досвіду і врахування всього багатства вітчизняних історичних та юридичних традицій в конституційній правотворчості Узбекистану;
- по-третє, високий потенціал правозастосування Конституції;
- по-четверте, провідна роль Конституції як джерела чинного права й орієнтиру конституційного і поточного законодавства;
- по-п'яте, значення Конституції в досягненні стабільності в державі і суспільстві, тобто її плюралістичні, консенсусні можливості;
- по-шосте, юридична техніка, смислова цілісність і системність Конституції, яка забезпечує її змістовну несуперечливість;
- по-сьоме, міжнародно-правовий тезаурус (спільність розуміння) основних термінів у Конституції, що полегшує її включення до загальносвітового правового простору.

Конституція Узбекистану 1992 р. – ієрархічно найважливіше джерело узбецького права. Вона слугує не лише юридичною базою прийняття нових, заснованих на ній нормативних правових актів (“зовнішня” зміна правової системи), а й критерієм для вирішення питання про конституційність чинних правових норм (зміна правової системи “зсередини”).

Юридичні властивості узбецької Конституції як центру правової системи виявляються у такому:

1. Конституційні норми є вищим матеріальним критерієм узбецького права. Все, що міститься в узбецькому праві й проявляється в ньому, має відповідати конституційним нормам.

2. Наявність у тексті Конституції вказівки на основні принципи правової системи, які сформульовані в розділі першому. Це: людина, її права і свободи як найвища цінність, народовладдя, що здійснюється безпосередньо (референдум) і через представницькі органи, правова держава, політичний та ідеологічний плюралізм, розподіл влади, свобода економічної діяльності та рівноправність форм власності, примат міжнародного права. Ніякі інші положення Конституції та галузей права не можуть суперечити цим принципам.

3. Конституційне визначення системи джерел права шляхом регулювання компетенції державних органів. Тут необхідно уточнити, що Конституція диференціювала не всі види джерел, а лише писані.

4. Самі конституційні норми є безпосередньо діючим правом. Цілі та принципи Конституції мають пряму дію, вони прямо сприймаються людьми і впливають на їхню поведінку.

Частиною правової системи є сучасна система законодавства Узбекистану. Створення стабільної правової системи, що розвивається еволюційним шляхом, є пріоритетним в аспекті законодавчого закріплення нових суспільних відносин і соціальних цінностей.

Створення нової законодавчої системи здійснюється за кількома найважливішими напрямками.

*Перший напрям* – створення правових основ державного будівництва. Розвал колишнього СРСР, здобуття державної незалежності Узбекистаном висунули в коло першочергових завдань державно-правового будівництва. Перш за все, це утвердження принципів суверенітету, демократії, народовладдя, прав людини – одним словом, створення правової держави і громадянського суспільства. Виникла необхідність формування нових інститутів державної влади та їх зміцнення.

У межах цього напрямку прийнято конституційні закони “Про основи державної незалежності Республіки Узбекистан” і “Про Олій Мажліс Республіки Узбекистан”, закони про Кабінет Міністрів Республіки Узбекистан, про суди, про Конституційний Суд, закони про вибори до Олій Мажлісу, про вибори Президента, про референдум, про Центральну виборчу комісію, про прокуратуру, про нотаріат, про державну владу на місцях, про органи самоврядування громадян та ін.

Утворений унікальний механізм самоврядування громадян, коріння якого сягає народних традицій та історично сформованих громадських відносин – махалля. Визнано, що органом самоврядування, який сприяє реалізації громадянами їх права на участь в управлінні справами держави, об'єднує їх для вирішення на своїй території соціальних і господарських завдань, є збори громадян селищ, кишлаків, махаллів.

*Другий напрям* – формування системи ринкового законодавства, що закладає основу для нових економічних відносин, і насамперед відносин власності й вільної підприємницької діяльності. Правове регулювання економічної діяльності стає основною формою державного впливу на економіку. Перехід до ринкової економіки потребував прийняття численних законів та інших нормативно-правових актів (указів Президента, постанов Уряду та відомчих актів). У них регламентуються питання власності, правове становище підприємств, порядок здійснення іноземних інвестицій, вирішуються інші питання підприємницької діяльності.

Прийнято Цивільний кодекс – хартія ринкового права. До ринкових відносяться закони про: власність, роздержавлення і приватизацію, заставу, оренду, приватизацію державного житлового фонду, підприємства, фермерські господарства, господарські товариства, банки і банківську діяльність, грошову систему, валютне регулювання, підприємництво, страхування, біржі й біржову діяльність, цінні папери і фондову біржу, аудиторську діяльність, конкуренцію та обмеження монополістичної діяльності на товарних ринках, акціонерні товариства і захист прав акціонерів, механізм функціонування ринку цінних паперів, палати товаровиробників і підприємців, Податковий кодекс, Бюджетний кодекс та ін.

Гарантуючи рівність усіх форм власності, свободу економічної діяльності, вільне переміщення товарів і капіталів, ринкове законодавство відкриває широкі можливості для вільного розвитку громадянського суспільства, формування нової, ринкової, можливо змішаної, але у будь-якому разі більш раціональної, ніж колишня, економічної структури суспільства.

*Третій напрям* – створення законодавства, що забезпечує конституційні та юридичні права людини, соціальні гарантії та соціальну підтримку населення. Прийнято закони, що регламентують і гарантують права й свободи людини, громадських об'єднань, свободу совісті та віросповідання, засобів масової інформації.

Складається система соціального законодавства. Прийняті Трудовий кодекс, Сімейний кодекс, закони про зайнятість, охорону праці, соціальний захист інвалідів, державне пенсійне забезпечення громадян, основи державної молодіжної політики, охорону здоров'я громадян, якість та

безпеку харчової продукції, додаткові пільги для жінок, які захищають інтереси найбільш вразливих верств населення в складних умовах переходу до ринку.

Не менш важливим, аніж розглянуті, є *четвертий напрям* законотворчості. Не приділяючи уваги моральному здоров'ю суспільства, духовному розвитку його членів, підвищенню їх правової культури, не вдасться успішно вирішити ті практичні завдання, які визначають перспективи розвитку Узбекистану, тобто необхідне законодавство, спрямоване на збереження національної самобутності, мови, освіти та культурної спадщини.

Закони про прапор, герб і гімн демонструють усьому світу норми гідності, гордість, історичну пам'ять і прагнення народів Узбекистану. Важливе значення для духовного відродження мають закони про державну мову і громадянство. Реалізуються закони про освіту, охорону природи, авторське право і суміжні права, запровадження почесних звань, особливо охоронювані території, вивезення та ввезення культурних цінностей. Духовно-культурне законодавство спрямоване на збереження цінностей для народу, його духу, утвердження самосвідомості, любові до життя, зміцнення патріотизму. Саме цим духом сильна будь-яка держава.

Узбекистан приєднався до основоположних документів ЮНЕСКО, таких як Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини, Конвенція про заходи, спрямовані на заборону і запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та переданню права власності на культурні цінності.

*П'ятий напрям* – створення правових основ, що визначають Узбекистан як рівноправного суб'єкта міжнародних відносин, – один із нових і практично незвіданих напрямів законотворчої діяльності. В умовах тоталітарної унітарної системи де-факто Узбекистан був позбавлений можливості прямого виходу на міжнародну арену, не мав своїх зовнішньополітичних і зовнішньоекономічних державних інститутів і, відповідно, свого законодавства.

Ратифікація Узбекистаном основних міжнародних пактів й угод відкрила нову сторінку в історії розвитку зовнішніх зв'язків країни. Основоположними в сфері зовнішньополітичної діяльності є закони про порядок призначення та відкликання голів дипломатичних представництв і про встановлення дипломатичних класів і рангів для дипломатичних працівників, про міжнародні договори, про принципи зовнішньополітичної діяльності, Консульський статут.



У зовнішньоекономічній сфері важливе значення мало прийняття законів, спрямованих на створення юридичних основ залучення іноземних інвестицій в економіку республіки, розширення зовнішньоекономічної діяльності. Закони про гарантії і заходи захисту прав іноземних інвесторів, інвестиційну діяльність, зовнішньоекономічну діяльність спрямовані на створення нормального юридичного “інвестиційного клімату” для іноземних інвесторів. Інвестиційні закони Узбекистану, як і двосторонні угоди про гарантії та захист іноземних інвестицій і багатосторонні конвенції (Вашингтонські конвенції про вирішення інвестиційних спорів 1965 р. і Сеульська конвенція про страхування інвестицій 1985 р.), містять норми публічного права, що визначають статус іноземної приватної власності, правовий режим іноземних інвестицій, гарантії іноземних інвестицій від “політичних” ризиків (націоналізація, оподаткування, експортні та імпорتنі мита, переказ капіталів і прибутків тощо), умови правового захисту законних прав та інтересів іноземних інвесторів. Конкретні приватні міжнародні інвестиційні відносини регулюються нормами цивільного законодавства, тобто приватним правом.

Отже, сучасне законодавство Узбекистану створює правову основу перехідного періоду, процесу юридичної зміни застарілого тоталітарного суспільно-політичного ладу й економічних відносин, утвердження нових, демократичних норм і соціально-правових гарантій. Зрозуміло, рівень розвиненості та якість законодавчої системи визначаються не кількістю прийнятих законів, а виконанням цих законів на всіх рівнях, адже правові норми живуть і діють лише тоді, коли вони живуть у людині й діють через неї, відображають історичні традиції, звичаї, духовно-моральні норми.

Поступово трансформується національна правова ідеологія, йде пошук найбільш дієвих форм правового регулювання, тісного ув'язування законотворчої практики й організації правозастосовного процесу з економічними і політичними реформами.

Правові цінності та ідеали сучасної демократичної держави, закріплені в Конституції Узбекистану, а також більш тісна інтеграція нашої правової системи з міжнародним правом зобов'язують використовувати позитивний міжнародний і зарубіжний юридичний досвід у формуванні єдиної системи узбецького законодавства.

*Правову систему будь-якої держави не можна розглядати поза зв'язком з іншими національними правовими системами та з міжнародним правом.* Такий “правовий трикутник” формує загальний правовий простір, у якому взаємодіють, стикаються, співіснують різні нормативні правові масиви. Причому в цьому взаємозв'язку є чимало стійкого і закономір-

ного, суперечливого і випадкового. В основі лежать загальні інтегративні процеси, зміцнюється співпраця держав в економічній, соціальній, культурній та інших сферах.

Конституція Узбекистану 1992 р., відвівши міжнародному праву важливе місце в правовій системі (ст. 17), зумовила тісний контакт Конституційного Суду Республіки Узбекистан з міжнародним правом. Йдеться про те, що згідно зі ст. 109 Конституції Узбекистану Конституційний Суд країни визначає відповідність міждержавних договорів Конституції. Загальновизнані принципи і норми міжнародного права в практиці Конституційного Суду виступають як важливі критерії конституційності оспорюваних у Суді законів та інших нормативних актів, які підпадають під його юрисдикцію.

У сучасний період, коли ведеться інтенсивна робота з удосконалення узбецького законодавства, потрібне використання методів як внутрішньодержавного, так і міжнародно-правового регулювання. Сьогодні практично будь-яка галузь законодавства пов'язана з міжнародними договорами. У конституційному праві – це конституційні основи зовнішньої політики, компетенція вищих органів державної влади в сфері міжнародних відносин, регламентація громадянства, прав і свобод особистості. У цивільному і сімейному праві, цивільному процесі – це як традиційні питання міжнародного приватного права, питання надання правової допомоги у цивільних та сімейних справах, так і особливо актуальні питання вдосконалення зовнішньоекономічних зв'язків, у кримінальному праві та кримінальному процесі – багатопланові аспекти співробітництва у боротьбі зі злочинністю, надання правової допомоги у кримінальних справах.

Вперше в історії узбецького права в Конституції Узбекистану проголошено пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права над внутрішньодержавними. Це повною мірою відповідає загальній тенденції вирішення питання про співвідношення внутрішньодержавного і міжнародного права, що відображає зростання ролі останнього в другій половині ХХ ст.

Akmal Saidov

COMPARATIVE JURISPRUDENCE  
AND THE NATIONAL LEGAL SYSTEM OF UZBEKISTAN

ABSTRACT. The article describes the national legal system of Uzbekistan, its historical origins and modern development. The development of Uzbekistan's national legal system rests upon the Constitution of the Republic of Uzbekistan which has a system-forming

role in the enhancement of statehood and the implementation of the State's legal strategy of society development. The modern system of Uzbekistan's legislation is also a part of the legal system. In terms of legislative consolidation of new social relations and social values, the priority is to create a stable legal system which develops in an evolutionary way. Integration of the legal system of Uzbekistan into the international legal space will open the possibility of using the positive international and foreign legal experience for the development of the State's legal system.

The author substantiates that law of any country is an inherent part of its national heritage, and in a certain way, a product of traditions, ancestors' heritage and the way in which society expresses itself. It combines elements of the general, the special and the individual, and in this respect has an abstract, as well as a quite specific, particularly national, nature. Law is a phenomenon of universal and national culture, a reflection of various civilizations. The legal system of any State cannot be looked at separately from other national legal systems and from international law.

The author proves that modern Uzbek law can be referred to the Romano-German legal family based on the following main parameters: codification of law; strict hierarchy of the sources of law; the rule of law principle; basic principles of organization of the judicial branch and the court procedure.

The author marks off the most important objectives in the establishment of Uzbekistan's new legislative system: laying down of legal foundations for state-building (establishment of the principles of sovereignty, democracy, the rule of the people, human rights); forming of the market legislation system which lays the basis for new economic relations, and especially the relations of ownership and free entrepreneurship; creating of the legislation assuring constitutional and legal human rights, social guarantees and social support of the population; ensuring of moral health of society, spiritual development of its members, enhancement of their legal culture; developing of the legal framework making Uzbekistan an equal actor in international relations.

The author comes to the conclusion that modern legislation of Uzbekistan creates an appropriate legal basis for the transitional period, for the process of legal change from the outdated totalitarian socio-political system and economic relations, and for the establishment of new, democratic norms and socio-legal guarantees.

KEYWORDS: the Constitution of the Republic of Uzbekistan; legal system; law-making; legislation; legal regulation; legal modernization; international law.

## François Ancel

President of the International Chamber  
of the Court of Appeal of Paris  
(Paris, France)  
chambre5-16.ca-paris@justice.fr

## Bénédicte Fauvarque-Cosson

Doctor of Law, member of Conseil d'Etat, Professor  
in Private Law (University Panthéon-Assas, Paris 2),  
Full Member (Academician) of the International  
Academy of comparative law  
(Paris, France)  
benedicte.fauvarque-cosson@conseil-etat.fr

УДК 347.44

### IS RENOVATING THE GENERAL LAW OF CONTRACTS USEFUL? THE FRENCH EXPERIENCE

**ABSTRACT.** The ordonnance of 10 February 2016 for the reform of contract law, of the general regime and of proof of obligations came into force on 1 October 2016. Further changes were made by the legislator in 2018. This reform modifies one of the most important part of the Code civil: the provisions on contracts and obligations

The reform aims at giving more accessibility and clarity to French contract law, and it undeniably has already made it more attractive internationally.

In this paper, we explain why, in an international world where contracting parties can chose the law applicable to their contract, we believe that a codified law is very important to overcome the void left by the contract and to resolve the difficulties that have arisen during its existence. Besides, it brings legal certainty, accessibility and visibility.

We also explain why we think that a modern general law of contracts is a unique opportunity to propose a base of legal provisions considered as “minimal” and to affirm a specific legal policy. If it is clear, that practitioners and judges should not conceive contract law as the expression of a contractual public order (*ordre public contractuel*), it is sometimes difficult to know to what extent contracting parties can set aside some provisions of the governing law.

Finally, we explain how, after having been for nearly two centuries the instruments of a certain legal nationalism, national codifications have become the cement of European private law. Indeed, the French contract law reform, which was built on the diversity of Europe, drew much inspiration from various European and international models. In turn, it has attracted a great deal of interest abroad, was translated into several languages and is extensively commented.

**KEYWORDS:** codification; contract law; mandatory rules; non-mandatory rules; civil law tradition; Code civil; European contract law.

The *ordonnance* of 10 February 2016 for the reform of contract law, of the general regime and of proof of obligations, which came into force on 1 October 2016 and which was ratified by the law on 20 April 2018<sup>1</sup>, constitutes an important step in the long life of the *Code civil* that governs civil law applicable in France since 1804. It does not change the *Code civil* in its entirety, but it modifies one of its most emblematic parts, the provisions on contracts and obligations that had remained almost unchanged since 1804.

The ambitions of the reform are threefold: to give more accessibility and clarity to French contract law, to strike a good equilibrium between conflicting objectives, to make French law more attractive internationally. This reform is characterised by its openness to external inspirations. This spirit of openness, which forms part of its richness, results from the academic and governmental drafts, from the confrontation of the opinions expressed during the course of many consultations – which made it possible to neutralise the extremes and to reach a certain consensus around balanced positions, – and from taking into consideration the European and international context.

The opportunity to redraft the French *Code civil* arose in the late nineteenth century and was under consideration until the beginning of the twenty-first century. The comparison with the German civil code – the BGB – which came into force on 1 January 1900, sharpened the desire for a French reform. In the twentieth century, other parts of civil law were either governed by specific legislative texts, or left to be developed by courts. These movements accentuated the isolation of the *Code civil* and widened the gulf between the Code and civil law more generally. Since 1964, and mainly under the initiative of Jean Carbonnier, the *Code civil* has undergone some reforms which mainly concerned family law<sup>2</sup>.

It is not until 2004 that, thanks to the celebrations of the bicentenary of the *Code civil*, a strong political input was given by the President of the Republic, Jacques Chirac, who proposed the challenge to rewrite “in 5 years the law of contracts and the law of sureties”<sup>3</sup>. Shortly before the bicentennial of the Civil Code, “a handful of civil lawyers who were academics” (according to Pierre Catala in his general presentation of the preliminary draft of the law of obligations and the prescription that was elaborated under its aegis) engaged in a project of modernisation of the law of obligations. Pierre Catala himself said that the impulse came from a symposium comparing French law with the Principles of European Contract Law, resulting from the work of the commission chaired by Professor Ole Lando. By that time, several academic initiatives launched by the European Commission, as well as by networks of

<sup>1</sup> H Beale and others, *Cases, Materials and Texts on Contract law* (3rd ed, Hart Publishers 2019).

<sup>2</sup> F Ancel, J Gest (coréd), *Aux sources de la réforme du droit des contrats* (Daloz 2017).

<sup>3</sup> Beale (n 1).

European scholars, brought awareness to the necessity of reforming our law of contracts, torts and prescription. Besides, the first *Doing Business* report (2004 edition, under the aegis of the World Bank) revived French pride in its codified legal system by criticising the French legal tradition<sup>4</sup>.

Is renovating the general law of contracts useful? In this paper, we will first consider the reasons for asking such a question and then, based on the specificities of the civil law tradition, we will develop two arguments for our affirmative answer: the first one relates to the usefulness of the central distinction between mandatory and non-mandatory rules, and the second to the formation – through comparative law and national codifications – of a European common legal culture.

*Reasons for raising the question of the usefulness of a recodification*

Legislations and special codes have multiplied. They bring specific answers according to the types of contracts, the quality of the parties (individuals, traders, consumers, professionals) and the nature of their contractual relationships (private, commercial or professional). Therefore, some may doubt the usefulness of a “general law of contracts”.

In addition, the law is now developed according to various circuits, some of which are beyond State control. Soft law, guides and good practices are brought by continuously increasing transnational actors: companies, professional organisations, NGOs, experts, stakeholders... Economic actors draft complex contracts, following models emanating from professional associations and large multinationals. Thus, at a time where standard-form contracts and contract terms are the main legal instruments of large firms, some may think that one could use contracts rather than legislation or case law to create the standard.

The 2016 Nobel Academy Prize for Economic Sciences was awarded to two authors, Oliver Hart and Bengt Holmström. They were awarded the prize for their work on the theory of contract which promotes the so-called “incomplete” contract theory, after having noticed the quasi impossibility of drafting the ideal contractual document, that is to say exhaustive, in light of the complexity of the legal, operational and financial issues involved. Faced with contracts that are today inherently incomplete, they consider it preferable to abandon the ideal of “completeness” of a contract and instead to privilege what they call “the best elementary contract”, which we know it cannot predict everything. In this context, we also see the point of developing mechanisms, within general contract law, that will make it possible to overcome the void left by the contract and to resolve the difficulties that have arisen during its existence<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Beale (n 1).

<sup>5</sup> Ibid.

We believe that a codified law is indeed very important to overcome the void left by the contract and to resolve the difficulties that have arisen during its existence. Besides, it brings legal certainty, accessibility and visibility. Moreover, this allows the legislator to forge a model that finds its source, not in the implicit will of the interested parties but in a set of social, economic, and historical considerations. In addition, the general law of contracts allows the parties to avoid the cost of drafting contracts. Lastly, specific law is not generally sufficient in itself, it may contain inaccuracies, or even omissions, which the general laws are capable of completing.

This issue has been specifically debated as regard the question of “change of circumstances” which led to the introduction, into the French Civil code, of a new provision (art. 1195) enabling the judge to adapt or terminate the contract in case of an unexpected change of circumstances. Some representatives of companies promoted the drafting of this text, as they expressed the difficulties encountered by the small and medium-sized enterprises to get the support of a legal department which could guarantee them the implementation of hardship clauses into their contracts during the negotiations.

Codifying or recodifying the law also creates a vibrant intellectual environment. There are now many commentaries of the new provisions of the Code civil and these considerably enrich the reflections and the practice<sup>6</sup>.

The French law of obligations has constantly been updated thanks to the creativity of French judges, scholars and also through legislative initiatives which had taken place outside the *Code civil* (in other Codes or in statutory provisions not inserted in any code). This, however, had made French law difficult to read. For all these reasons, a modernised *Code civil* was considered the best instrument to promote legal certainty and business efficiency. However, the new French common law of contracts does not make a clean slate of the past. It must find its place within a complex legal environment, which takes account, for reasons of legal certainty, of the contracts concluded previously, but also of the will of the parties and the existence of special legal regimes that it is not intended to alter. A difficult question that has arisen and will certainly give rise to some important decisions by the courts is whether the new rules are mandatory or non-mandatory, a distinction that is characteristic of the civil law tradition<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Beale (n 1).

<sup>7</sup> F Ancel (coréd), *Le nouveau droit des contrats. Guide bilingue à l'usage des praticiens* (LGDJ 2019).

*The distinction between mandatory and non-mandatory rules:  
a key feature of the civil law tradition*

The general law of contracts is an opportunity to propose a base of legal provisions considered as “minimal” and to affirm a specific legal policy. It is clear, both from the report to the President of the French Republic and from parliamentary works, that practitioners and judges are invited not to conceive contract law as the expression of a contractual public order (*ordre public contractuel*).

All that is not forbidden is allowed. The exceptions that come from public policy, however widespread they may be in fact for certain sectors, always have, in law, a characteristic of exceptions and this should be kept in mind by the judges when, as part of their mission of interpreting the law, they qualify certain provisions as mandatory.

There are several indications that, in its general spirit, the texts of the *ordonnance* of February 10, 2016, as in some cases modified by the law of ratification, remain, like the Civil Code of 1804, “suppletive” of the will of the parties. The Report to the President of the Republic deduces the non-mandatory nature of these provisions when it explains “their suppletive character is inferred directly from Article 6 of the *Code civil* and from the new Articles 1102 and 1103, unless the imperative nature of the provision concerned stated explicitly otherwise”. If some articles still contain the words “unless otherwise stated” (C. civ., Art. 1216-1, para. 2), or an equivalent precision, the Report is careful to note that this reference authorises “no contrary interpretation and does not in any way call into question the general principle of the suppletive nature of the provisions: this reminder results only from a pure didactic concern, taking into account the wishes expressed by professionals regarding certain provisions in particular (in particular on obligations)”. In this matter, doubt must benefit the suppletive nature of the provision<sup>8</sup>.

During the examination of the ratification law (2018), parliamentarians discussed the desirability of establishing a list of the mandatory provisions of contract law. This would have the advantage of avoiding excessive legal uncertainty for the parties. However, this was rejected. Some flexibility was needed. It was rightly argued that certain provisions, for example, those relating to the conditions of validity of the contract and to their sanction, are in essence of public policy without this being expressly reminded. It must also be admitted that provisions which recognise rights to third parties cannot be put aside by the parties. In addition, there are provisions such as those carrying definitions or classifications, for which a contrary stipulation would be nonsense<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Ancel (n 7).

<sup>9</sup> Beale (n 1).



*The importance of the French reform for the development  
of European private law*

A close and complex relationship has developed between French contract law and the construction of European private law.

Long awaited by civil lawyers, the project of a European contract law first had the effect of suspending the French reform, in anticipation of a European model. Then, when the prospect of a European contract code came closer, French mistrust and resistance had an accelerating effect on the internal reform. In order to really understand the French reform, it is therefore necessary to have an idea of the European context near the end of the twentieth century and of the reactions that the European contract law project, sometimes confused with that of the European Civil Code, instigated in France as well as in other Member States of the European Union, sometimes for different reasons.

There was a time when Europe mobilized lawyers in its favor. Thus, after the First World War, a draft of a French-Italian code of obligations, conceived as the prelude to a Europeanisation of law, was born.

In the same way, at the end of the Second World War, some leading French academics engaged in the elaboration of a type of European law which, in their eyes, was inseparable from the political project of European construction: 'To make Europe, our Europe – and we know the vital necessity of constructing it – wrote Henri Mazeaud – we must make a European law'. What remains then to overcome? This spirit of particularism and pride of which we are all imbued... The question is not to know which code will prevail – the Italian code, the Swiss code, the German code or the French code – the question is whether, as the drafters of the Napoleonic Code did when they unified French law, good-willed jurists want to seek in the civil institutions of all the countries of our Europe those which should be preferred. In 1953, the Henri Capitant Association voted unanimously for a proposal aimed at the elaboration of a common code of obligations in Europe<sup>10</sup>.

In 1961, in the early hours of European economic unification, Julliot de la Morandière raised this question:

Is it conceivable that a real Common Market develops without unity of legislation? And should France, instead of thinking of reforming alone the part of its code relating to obligations and contracts, take the initiative to propose, at least to the signatory countries of the Treaty of Rome, an international conference in view of the development of unique rules?<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Ancel, Gest (n 2).

<sup>11</sup> Ibid.

Later, Jean Carbonnier suggested to suspend the French project of recodification of contract law, pending a European codification that nonetheless did not arrive to finition. Thus, as early as 1945, one perceived the interest of such a unification had been perceived and the absence of a reform of contract law was largely a response to a desire to create an open market through European unification. The hope and the expectation of this unification have led the French authorities to favor the reform of some other parts of the Civil Code and in particular the law of persons and of the family<sup>12</sup>.

This French movement in favor of the unification of European contract law declined as the draft of European contract law became a priority for the European Commission, supported by the European Parliament that believed at that time that “further harmonisation in the field of civil law [was] essential in the internal market”. In 2001, the Commission issued a communication “concerning European contract law” in which it presented various options for “future European initiatives”.

The Draft Common Frame of Reference (DCFR) was entrusted to European academics under the 6th Framework Program for Research and Technological Development. The official order was that it consists of: principles, definitions, and model rules and is based on national contract law (established case law and practices), the *acquis communautaire*, relevant international instruments, in particular the United Nations Convention on the International Sale of Goods (1980). It also had to provide consumers with high-level protection. The common European private law network that won the tender brought together academics, judges and practitioners from all EU countries and even other countries. It was composed of several autonomous groups. The most important of these was the study group on the European Civil Code (Study Group for the European Civil Code), chaired by Professor Christian von Bar<sup>13</sup>.

Throughout the process, academics have played an important role in the contract law reform. From 2005 to 2016, many of them were involved with the Chancellery, along with other stakeholders, so that one cannot subscribe to the denunciation made by some of an “*ordonnance-express*”. This expertise was independent, contradictory and dynamic. The work of a joint working group of the *Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* and the *Société de législation comparée*, specially set up within the framework of the European Network of Excellence, constituted a formidable source of comparative law. This work was published by the *Société de législation comparée* in two separate volumes in 2008 (*Terminologie contractuelle commune* (2008) and *Principes contractuels communs* (Common Contractual Principles hereinafter

<sup>12</sup> Ancel and Gest (n 2).

<sup>13</sup> Ibid.

“CCP”) and it was translated into English (as regard the CCP, the translation was limited to the black letter provisions) and published by sellier European law publishers. It has inspired the Chancellery, in particular its guiding principles built on the three pillars of freedom, security and contractual fairness as well as the analysis of each article of the CCP, insofar as they had been confronted with other sources (UNIDROIT Principles; Vienna Convention on the International Sale of Goods, CESL, Catala project and also the DCFR. In the part that was not translated, the CCP explain the changes proposed to the PECL, and analyse them in the light of the two French drafts (Projet Catala and Terré) as well as in the light of the existing soft law (PECL, UNIDROIT Principles, Code Européen des Contrats). The “*principes directeurs du droit européen du contrat*” (*liberté contractuelle, sécurité contractuelle, loyauté contractuelle*) which precede the CCP have formed the basis for an introductory passage entitled “Principles” in the first volume of the DCFR (where four principles are listed: freedom, security, justice, efficiency). Perceived by the European scholars as particularly “French”, this work has had a limited influence on the final text of the DCFR. However, and much more importantly, they influenced the European Commission’s decision to set up its own group of experts and to limit its ambition to the codification of the law of contracts (a decision which was subsequently further narrowed down to sales contracts)<sup>14</sup>.

In 2011 the European Commission proposed a Common European Sales Law (CESL) for sales where one party is a consumer or an SME. It received strong support from the European Parliament but not from the European Council and in 2014 the Commission withdrew it. The Commission subsequently proposed much narrower texts, dealing only with certain aspects of the supply of digital content and the sale of goods to consumers. All these developments have had major impacts on national laws which continue to apply to both domestic and cross-border contracts in Europe<sup>15</sup>.

In 2000, the European Union adopted ‘United in Diversity’ (*In varietate concordia*) as official motto. Due to the diversity of Member States, the unity targeted is complex. Based on an understanding that difference enriches human interactions, the path to unity is shown by the comparative analysis of existing texts and models. After having been for nearly two centuries the instruments of a certain legal nationalism, national codifications become the cement of European private law. The French contract law reform was built on the diversity of Europe, drawing inspiration from certain national laws and non-state, European and international models. From 2004 to 2016, the French drafts in turn attracted a great deal of interest

<sup>14</sup> Ancel and Gest (n 2).

<sup>15</sup> Beale (n 1).

abroad, was translated into several languages and extensively commented. The 2018 modernised *Code civil*, also translated, is now part of Europe's legal heritage.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Edited books*

1. Ancel F (coréd), *Le nouveau droit des contrats. Guide bilingue à l'usage des praticiens* (LGDJ 2019) (in French).
2. Ancel F, Gest J (coréd), *Aux sources de la réforme du droit des contrats* (Daloz 2017) (in French).
3. Beale H and others, *Cases, Materials and Texts on Contract law* (3rd ed, Hart Publishers 2019) (in English).

Франсуа Ансель  
Бенедікт Фоварк-Коссон

## ЧИ ДОЦІЛЬНЕ ОНОВЛЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ ДОГОВІРНОГО ПРАВА? ДОСВІД ФРАНЦІЇ

АНОТАЦІЯ. Постановою від 10 лютого 2016 р., яка набула чинності 1 жовтня того ж року, проведено реформу договірної права, яка змінила одну з найважливіших частин Цивільного кодексу Франції, а саме норми, що регулюють договірні зобов'язальні відносини. Подальші зміни були внесені законодавцем у 2018 р.

Реформа мала на меті забезпечення більшої доступності та зрозумілості французького договірної права і, безсумнівно, зробила його більш привабливим на міжнародному рівні.

У статті висловлена позиція, згідно з якою на міжнародному рівні, де договірні сторони можуть обирати право, застосовне до договору між ними, кодифіковане право відіграє важливу роль для подолання прогалин, що не закриті договором, а також для вирішення питань, що виникли за час його існування. До того ж цим забезпечується правова визначеність, доступність і видимість.

Обґрунтовано твердження, чому, на нашу думку, сучасні загальні положення договірної права – це унікальна можливість запропонувати базу правових положень, що розглядатимуться як “мінімальні”, та закріпити конкретну правову політику. Поряд із тим, що фахівці-практики і судді не повинні розглядати договірне право як вираження договірної суспільного порядку (*ordre public contractuel*), іноді важко зрозуміти, як саме договірні сторони можуть не застосовувати деякі положення регулюючого права.

Аргументовано, яким чином національні кодифікації, які протягом майже двох століть були інструментами певного правового націоналізму, створили міцне підґрунтя європейського приватного права. Дійсно, реформа договірної права у Франції, побудована на різноманітті Європи, значною мірою спиралася на різні європейські та міжнародні моделі. Зі свого боку реформа викликала велику зацікавленість за кордоном, була перекладена на декілька мов і нині широко коментується.

Ключові слова: кодифікація; договірне право; імперативні норми; диспозитивні норми; цивільно-правова традиція; Цивільний кодекс Франції; європейське договірне право.

## ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Написання висновків до будь-якої колективної праці – доволі складне завдання. Тим паче, що йдеться не про монографію, а про тематичну добірку, загальний задум якої і підбір авторів залежали від упорядника. Отже, склад колективу не може претендувати на репрезентативність, а думки авторів – на відображення основних тенденцій в українській та зарубіжній доктринах порівняльного правознавства. І все ж спробуємо проаналізувати основні думки, висловлені у статтях актуальної теми цього номера журналу.

Насамперед зазначимо, що частина авторів безпосередньо або опосередковано означили свою прихильність до культуроцентричного бачення права і до відповідної школи в порівняльному правознавстві (або “духовно-культурологічної концепції” – Є. Харитонов та О. Харитонova). Ця школа є однією з домінуючих у юридичній компаративістиці, за змістом є радикальним контекстуалізмом, що послідовно протистоїть такому самому радикальному деконтекстуалізму, представленому, зокрема, А. Ватсоном та відображеному в діяльності міжнародних організацій, що сприяють демократизації та вестернізації незахідного світу.

На думку Є. Харитонova та О. Харитонovoї, право не так відображає соціально-політичний розвиток, як духовний світ людини, є елементом культури та суспільної свідомості. Воно, на думку В. Батлера та Ч. Варги, визначене культурою, ідеологією, іншими духовними чинниками, мова права (і навіть міжнародного права) культурно-національно обумовлена, однакові слова в різних культурах, зокрема й юридичні терміни, приховують відмінний зміст, що опирається поверховому позаконтекстному зіставленню. Тому й будь-яке запозичення в праві є справою дуже складною, має починатися з пізнання культурно-ціннісних засад регулювання суспільних відносин (В. Батлер), а абстрактне делокалізоване і деконтекстуалізоване право є утопією (Ч. Варга).

Зазначене дає змогу зрозуміти, чому для авторів опублікованих у цій підбірці статей саме національні правові системи продовжують виступати як найбільш розвинені, каркас світового правопорядку, а інші типи правових систем (субнаціональні, наднаціональні (міжнародні та релігійні), квазінаціональні) виконують субсидіарну роль у правовому розвитку (Д. Лук'янов). Водночас відзначається, що “чистих” правових систем не існує, всі національні правові системи є змішаними, а також перехідними, якщо цим словом означати їх постійну взаємодію (В. Батлер).

Вчені пропонують розглядати процес взаємодії та змішаність як зріз цього процесу як самоцінні (В. Батлер). Є. Харитонов та О. Харитонova

терміном “лабільність правових систем” поєднують здатність правопорядків водночас до трансформації та взаємодії, підкреслюючи нерозривність цих процесів.

Взаємодія стає одним із джерел плюралізму в праві поруч із уже згаданим існуванням субсидіарних правових систем, що не збігаються з кордонами держав. Д. Лук'янов наголошує, що роль таких систем більш помітна у незахідних країнах, де створення і реалізація соціорегулятивних механізмів перебуває в руках не лише держави, а й різних спільнот, передусім релігійних. В. Батлер наголошує на марності пошуку універсалій у праві – адже навіть міжнародне право є сукупністю регіональних і галузевих підсистем, набором конкуруючих правових просторів, що разом із рухом до універсалізації та глобалізації можуть набувати більш загального характеру, а можуть, відповідно, знову повертати собі регіональний і національний характер. Ф. Ансель і Б. Фоварк-Коссон роблять важливий наголос на тому, що національне право взаємодіє також з неофіційними кодифікаціями, що, на нашу думку, можуть розглядатись як зародки потенційно можливих нових наднаціональних субсидіарних правових масивів.

У статті О. Кресіна продемонстровано, що сама собою ідея особливо в праві як конкретного загального/спільного в національних правопорядках, що виступила як опозиція та водночас уточнення і розвиток ідей окремого (національного) й всезагального (універсального) в праві, має конкретний історичний початок, відображає тенденції взаємодії правопорядків та існування таких соціорегулятивних систем, що не збігаються з кордонами держав, але не передбачає поглинання національного права неіснуючими чи потенційно можливими наднаціональними правопорядками. Правова карта світу залишається національною, змінюється лише правова картина світу як осмислення станів і взаємодій правопорядків.

У контексті вчення про окреме, особливе й загальне в правовому розвитку є логічним наголос А. Саїдова на тому, що в результаті постійних взаємодій правопорядків будь-яке право є явищем одночасно національної та загальнолюдської культури, а також відображенням тієї чи іншої цивілізації й не може розумітися поза цими взаємодіями.

Також у цьому контексті зрозуміле сприйняття В. Батлером класифікації правових систем не як самоцілі, а насамперед як набору ракурсів, аналітичних призм для пізнання розвитку і взаємодії правопорядків; такі класифікації мають залишатися множинними, відображати відносність і мінливість відмінностей та подібностей окремих характеристик правопорядків, їх станів і процесів, у яких до певної міри відомим є лише

минуле, а майбутнє визначається результатом конкуренції й поєднання спадщини, тенденцій розвитку та взаємодій сучасності.

Усі автори статей, опублікованих у цій підбірці, пропонують порівняння як спосіб пізнання правової картини світу. Також частина вчених різко засуджують підпорядкування емпіричного порівняльного пізнання апріорно твореним теоретичним і філософським схемам. Можливо, найбільш яскраво таку думку висловлює В. Батлер: порівняльне право “душиться” теорією держави і права. Ч. Варга наголошує на відсутності нейтральної мови чи опорного пункту осмислення права поза конкретною культурою, а тому покладення в основу порівняння апріорних абстракцій є нелогічним.

О. Ткаченко розкриває анатомію метафізичного дискурсу в порівняльному правознавстві, пропонованого функціоналізмом як одним із домінуючих його напрямів, в апріорних презумпціях якого дійсне право єдине, воно лише вкрадене і розсічене по національних домівках. Функціоналізм прагне створити нейтральну, загальну, ефективну мову права, яка є кращим правом, що має замінити національні правопорядки. В основі такого засуджуваного автором підходу – трансляція в порівняльне правознавство з природничих наук методологічного інструментарію та філософської легітимації. О. Тихомиров більш акцентовано пов’язує цю течію з модернізмом й об’єктивістським класичним типом розвитку науки і філософствування.

Натомість частина авторів представлених статей пропонують згаданий культуроцентричний підхід до порівняльно-правових досліджень – те, що О. Тихомиров визначає як постмодерністську за своєю сутністю течію, унікалізм (який корелюється з некласичним типом наукової раціональності), представлений у світі працями Дж. Г. Меррімена, П. Гленна, П. Леграна та ін. Отже, якщо немає завчасно даної аналітичної структури та нейтральної мови, то яким чином здійснювати порівняння в праві?

Для цієї течії важливе пізнання насамперед меж свого права та його унікальних рис, його самобутності (В. Батлер). Як зазначає Ч. Варга, феномени, продукovanі культурою, традицією, ідеалами, зокрема й право, є непорівнюваними, адже незіставні в своєму історичному встановленні. Вони, зокрема, не піддаються чіткій класифікації, адже кожна класифікація передбачає ранжування, а кожна культура виростає з відмінного власного середовища і відповідає своїм умовам. Порівняння при такому розгляді зникає, поступаючись паралельному розгляду правових культур. Такий підхід, на думку Ч. Варги, заперечує ідеї експорту та експансії права, дає змогу іншому одночасно бути поясненим та залишатися собою і чужим для нас. Зіставлення з іншим набуває більшою мірою

характеру протиставлення, яке дає змогу поглибити розуміння своєї правової культури. Пізнати ж іншого при такому підході стає практично неможливо, адже його культура інтерпретується через свою культуру, тому результат зіставлення обумовлений культурою того, хто порівнює.

Водночас, на думку Ч. Варги, на основі зіставлення все ж можливе творення право-філософської абстракції універсальності – узагальненого знання про право і правове мислення, ідеали правопорядку в контексті культури та обставин, а саме зіставлення творить спільний майданчик для різних культур. І все ж основна мета зіставлення – вдосконалення нашого самопізнання, епістемологічна трансформація від моно-епістемології до відкриття мислення для сприйняття інших моделей мислення, від своє-центризму – до чужості, розуміння обмеженості й обумовленості наших правових рішень у контексті інших моделей. В. Батлер доходить на цій підставі висновку про те, що поліпшення національного права завдяки зарубіжним зразкам – сумнівне й оцінне гасло, слід не копіювати зарубіжне право, а вивчати за його допомогою право загалом. Виразом такого підходу, на думку Ч. Варги, має бути трансформація порівняльного правознавства у науку порівняльних правових культур.

Х. Бехруз, у зв'язку з ідеями цього напрямку, слушно зазначає, що відбувається підміна порівняння паралельним розглядом, що піддає сумніву саму сутність порівняльно-правового дослідження. Такий же критичний погляд на культуроцентризм більш докладно розвиває О. Ткаченко. Він зазначає, що універсальність функціоналізму і сингулярність культуралізму є змістовними антагоністами, але вони єдині за своїми філософсько-методологічними засадами, стверджуючи метафізичну самодостатність права. Якщо для функціоналізму самодостатнім є дійсне краще право, а реальні відмінні між собою правопорядки – лише полігон для втілення кращого права, то для культуралістів самодостатній цілковито унікальний національний культурний досвід, нейтральної структури опису реальності не існує, а межа між правопорядками стає нездоланною, смисли між ними не прирощуються. На думку О. Ткаченка, обидва напрями виводять інше право за межі буття свого – чуже не бере участі у бутті свого права. Хіба що другий напрям є прикладом трансляції не природничих, а гуманітарних підходів.

Вихід із цього подвійного тупика О. Тихомиров вбачає в постнекласичній парадигмі наукової раціональності, що передбачатиме діалектику, додатковість і діалогічність класики й некласики, модерну й постмодерну, об'єктивного і суб'єктивного пізнання, заперечення абсолютизації загального чи одиничного і натомість виявлення меж, обмеженості та місця кожного феномена, процесу, тенденції, інтерпретації,



а також суб'єктивності будь-якої методології. Такий підхід, на думку вченого, передбачає тріаду “одне, друге, інше”, а саме присутність як спільного та відмінного, так і якісно протилежного, можливість як інтегративного, так і контрастного порівняння. Ще одним елементом виходу з кризи порівняльно-правових досліджень О. Тихомиров вважає їх розширення на весь соціорегулятивний простір, тобто пошук права всюди. Це, безумовно, є ще більш радикальним контекстуалізмом, ніж культуроцентричний напрям, але дає змогу де-метафізувати, раціоналізувати і конкретизувати підходи останнього, поставивши в центр дослідження регулювання людської поведінки, суспільних відносин.

О. Ткаченко свій підхід до виходу з кризи формулює як шлях до порівняння як самостійного постметафізичного дискурсу. На його думку, лише правове порівняння як дискурс несамоодатності права може структурувати інтелектуальний простір, в основі якого не лежить протиставлення об'єкта (зарубіжне право) і суб'єкта (себе). На думку вченого, “зарубіжне право як таке” не може бути об'єктивно пізнане, але “зарубіжне право для нас”, його участь у розвитку нашого права може бути досліджене й концептуалізоване. Отже, власне право несамоодатне, воно може ставати іншим завдяки іншому праву, у взаємодії з ним. Окрім меж з'являється простір між правопорядками – простір взаємодії, який і є основним простором буття права і прирощення смислів. О. Ткаченко пише про “буття як ніщо суцього”; на нашу ж думку, це звільнення екзистенції від метафізичних презюмованих есенцій або принаймні можливість діалогу з ними.

Дещо подібну як до О. Тихомирова, так і до О. Ткаченка позицію займають Ф. Ансель і Б. Фоварк-Коссон, наголошуючи, що відмінності збагачують людські взаємодії, а єдність у праві європейських держав досягається через порівняння.

Низка авторів представлених статей пишуть про особливий світогляд компаративістів (В. Батлер, Х. Бехруз, О. Тихомиров, О. Ткаченко). Останні, як уже нами показано, цілеспрямовано осмислюють й узагальнюють філософські засади порівняльно-правових досліджень, що не збігаються з філософією права. Зокрема, для О. Тихомирова це філософія плюралізму правового розвитку в усіх формах, що, з одного боку, є локалізацією у межах філософії права (як філософії загального), а з другого – ширша за філософію права, адже має охоплювати також не-юридичні засади соціорегулятивного простору.

Частина авторів звертається до “вічного питання” щодо дисциплінарної чи функціональної організації порівняльно-правових досліджень. Жодний з авторів не вирішує це питання з позиції “або – або”. Як зазна-

чає Н. Оніщенко, порівняльне правознавство і метод порівняння в галузевих дисциплінах не є опонуючими категоріями. О. Тихомиров наполягає на первинності порівняльно-правових досліджень, об'єктивності їх існування й природності плюралізму форм їх організації та забезпечення.

М. Дамірлі аналізує форми організації порівняльно-правових досліджень і порівняльно-правового знання на ісламському сході, зокрема таку невідому сучасним компаративістам науку, як порівняльний фікх – як порівняльне дослідження систем ісламських теоретико-правових ідей – що був визнаний у своєму дисциплінарному статусі, має свої предмет і методологію. Власне, стаття М. Дамірлі вказує на обмеженість нашого розуміння науки загалом та історичного розвитку порівняльно-правових досліджень зокрема.

Окремо слід вказати на розуміння авторами представлених статей практичної значущості порівняльно-правових досліджень (Н. Оніщенко), що концептуалізується також як “відкритість до натхнення з-за кордону”, зокрема, для підвищення привабливості власного права в світі (Ф. Ансель, Б. Фоварк-Коссон).

Повторимося: це лише суб'єктивні підсумки досліджень невеликої групи компаративістів, але й вони виявили цілий пласт ідей, що покликані якісно трансформувати сучасне порівняльне правознавство.

*За редакцією  
координатора актуальної теми  
“Національна доктрина порівняльного правознавства”,  
доктора юридичних наук, доцента,  
старшого наукового співробітника,  
члена-кореспондента Міжнародної академії порівняльного права,  
керівника Центру порівняльного правознавства  
Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України  
Олексія Кресіна*

Вибрана бібліографія з актуальної теми  
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА  
ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА”

1. Берман Г, *Западна традиція права: епоха формування* (2-е изд, ИНФРА-М–НОРМА 1998).
2. Бехруз Х, *Исламские традиции права: монография* (Юридическая литература 2006).
3. Давид Р и Жоффре-Спинози К, *Основные правовые системы современности* (Международные отношения 1999).
4. Дамирли М, *Сравнительное правоведение, ч 1: Статус, предмет и система* (Феникс 2013).
5. Егоров А, *Основы сравнительного правоведения: учебное пособие* (ПГУ 1999).
6. Зайчук О та Оніщенко Н (ред), *Порівняльне правознавство (правові системи світу)* (Парламентське видавництво 2008).
7. Копиленко О та Зайчук О та Оніщенко Н та Журавський В та Тихомиров О, *Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): монографія* (Фенікс 2007).
8. Кресін О (кер авт кол), *Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології: монографія* (Інститут держави і права ім В М Корецького НАН України 2006).
9. Кресін О (ред), *Порівняльне правознавство: антологія української компаративістики XIX–XX століть: збірники наукових праць* (Логос 2008).
10. Кресін О (ред), *Філософія порівняльного правознавства: збірник наукових праць* (Ліга-прес 2015).
11. Кресін О, *Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення: монографія* (Логос 2011).
12. Кресін О та Ситар І (ред), *Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: збірник наукових праць* (Ліга-прес 2015).
13. Кресін О, *Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація* (Логос 2017).
14. Леже Р, *Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход* (2-е изд, Волтерс Клувер 2010).
15. Лук’янов Д, *Релігійні правові системи в сучасному світі* (Право 2015).
16. Петришин О (заг ред), *Порівняльне правознавство: підручник* (Право 2012).
17. Петришин О та Зінченко О та Лук’янов Д (уклад), *Порівняльне правознавство: хрестоматія* (Право 2016).
18. Петришин О та Зінченко О, *Правова карта сучасного світу* (Право 2018).
19. Ребет Л, *Порівняльна метода у науці права* (Логос 2017).
20. Савчин М, *Сучасні тенденції конституціоналізму в контексті глобалізації та правового плюралізму: монографія* (РІК-У 2018).
21. Саидов А, *Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник* (Юристь 2000).
22. Тихомиров А, *Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы: монография* (Знання 2005).

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 3 • 235-236

23. Ткаченко А, *Энигма функционализма: некоторые размышления относительно происхождения, содержания и перспектив функционального метода сравнительного правоведения: монография* (Науковий світ 2012).
24. Харитонов Е и Харитонов Е, *Очерки сравнительного правоведения. Традиции частного (гражданского) права в Европе* (Феникс 2013).
25. Цвайгерт К и Кетц Х, *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права* (2000).
26. Шевчук С, *Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції* (вид 3-тє, Реферат 2010).
27. Шемшученко Ю та Кресін О (ред), *Ідея порівняльного міжнародного права: pro et contra: збірник наукових праць на честь іноземного члена НАН України та НАПрН України Уільяма Елліотта Батлера* (Ліга-прес 2015).
28. Bussani M and Mattei U (ed), *The Cambridge companion to comparative law* (Cambridge University Press 2012).
29. Butler W and Kresin O (ed), *The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches* (Wildy, Simmonds & Hill, Publishers 2015).
30. Butler W and Kresin O and Shemshuchenko Iu (ed), *Foundations of comparative law: methods and typologies* (Wildy, Simmonds & Hill 2011).
31. Canivet G and Adenas M and Fairgrieve D (ed), *Comparative law before the courts* (British Institute of International 2005).
32. Cruz P, *A comparative law in a changing world* (3rd ed, Routledge-Cavendish 2006).
33. Engelbrekt A and Nergelius J (ed), *New directions in comparative law* (2010).
34. Farran S and Gallen J and Hendry J and Rautenbach C (ed), *The Diffusion of Law: The Movement of Laws and Norms Around the World* (Routledge 2015).
35. Glanet S (ed), *Comparative Legal Reasoning: Essays in Honour of Geoffrey Samuel* (Wildy, Simmonds & Hill 2018).
36. Glenn P, *Legal traditions of the world* (4th ed, Oxford University Press 2010).
37. Harding A and Orucu E (ed), *Comparative law in the 21st century* (Kluwer Academic 2002).
38. Hoecke M (ed), *Epistemology and methodology of comparative law* (Hart Publishing 2004).
39. Legrand P and Munday R (ed), *Comparative legal studies: Traditions and transitions* (Cambridge University Press 2003).
40. Markesinis B, *Comparative law in the courtroom and classroom: The story of the last thirty-five years* (2004).
41. Monateri P (ed), *Methods of comparative law* (2012).
42. Orucu E and Nelken D (ed), *Comparative law: A handbook* (Hart Publishing 2008).
43. Orucu E, *The enigma of comparative law: Variations on a theme for the Twenty-First century* (Martinus Nijhoff Publishers Leiden 2004).
44. Reimann M and Zimmermann R (eds), *The Oxford handbook of comparative law* (Oxford University Press Inc. 2008).
45. Smits J (ed), *Elgar encyclopedia of comparative law* (2nd ed, 2012).
46. Varga Cs, *Comparative legal cultures: On traditions classified, their rapprochement & transfer, and the anarchy of hyper-rationalism* (Szent István Társulat 2010).
47. Watson A, *Comparative law: Law, reality and society* (2008).



### Олександра Кологойда

доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри господарського права  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка

(м. Київ, Україна)

ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-6929-3225>

Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/G-5740-2017>

[a.kolohoida@icloud.com](mailto:a.kolohoida@icloud.com)

УДК 346.93:347.72

### ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА КРИТЕРІЇВ КОРПОРАТИВНОГО СПОРУ

АНОТАЦІЯ. Метою статті є дослідження поняття, ознак і видів корпоративних спорів, що виникають із корпоративних правовідносин, та визначення категорії правових спорів, пов'язаних із ними.

Досліджено поняття, ознаки та види корпоративних спорів, а також визначено категорії правових спорів, пов'язаних із ними. Корпоративний спір досліджено як правовий інститут, спрямований на захист прав і законних інтересів учасників корпоративних відносин, що здійснюється у межах конструкції охоронного правовідношення, де особа у визначеній законом формі реалізує своє право на захист, обираючи способи захисту, встановлені законом та (або) корпоративним договором. На підставі аналізу норм законодавства, правових позицій вищих судових інстанцій та судової практики здійснено класифікацію корпоративних спорів за предметним, змістовим і суб'єктним критеріями, розмежовано корпоративні спори з суміжними правовими спорами.

Захист прав і законних інтересів учасників корпоративних правовідносин є однією з найбільш актуальних проблем сьогодення. Активний розвиток й ускладнення корпоративних відносин зумовлюють збільшення конфліктів між їх учасниками, що обумовлює актуальність теми дослідження.

Незважаючи на значну кількість змін до корпоративного законодавства в останні роки, прийняття нових процесуальних кодексів, законів України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів”, “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності”, “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах”, яким імплементовано в національне законодавство процедури реалізації права на *squeeze-out* та *sell-out*, “Про товариства з обмеженою

Олександра Кологойда

та додатковою відповідальністю” корпоративні спори залишаються однією з найпоширеніших та найскладніших категорій спорів, що розглядаються господарськими судами.

Ключові слова: корпоративний спір; корпоративні правовідносини; корпоративне законодавство.

Незважаючи на значну кількість змін до корпоративного законодавства в останні роки, прийняття нових процесуальних кодексів, законів України від 7 квітня 2015 р. № 289-VIII “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів”<sup>1</sup>, від 6 жовтня 2016 р. № 1666-VIII “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності”<sup>2</sup>, від 23 березня 2017 р. № 1983-VIII “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах”<sup>3</sup>, яким імплементовано в національне законодавство процедури реалізації права на *squeeze-out* та *sell-out*, від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”<sup>4</sup> корпоративні спори залишаються однією з найпоширеніших та найскладніших категорій спорів, що розглядаються господарськими судами.

Окремі питання захисту корпоративних прав та вирішення корпоративних спорів досліджували у своїх працях В. Балуха, О. Беляневич, О. Бігняк, О. Вінник, Н. Глузь, Ю. Жорнокуй, О. Кологойда, В. Кравчук, І. Лукач, А. Мякий, Н. Сліпенчук, А. Сороченко, О. Щербина та ін.

Метою дослідження є вивчення поняття, ознак і видів корпоративних спорів, що виникають із корпоративних правовідносин, та визначення категорії правових спорів, пов’язаних із ними.

Термін “корпоративний спір” є усталеним у правозастосовній та судовій практиці, водночас як зміст цього поняття, так і межі його застосування чітко не визначені ні в законодавстві, ні в правовій доктрині.

З огляду на зміст пп. 3 ч. 1 ст. 20 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) корпоративними спорами є:

<sup>1</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів: Закон України від 7 квітня 2015 р. № 289-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/289-19>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>2</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності: Закон України від 6 жовтня 2016 р. № 1666-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1666-19>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>3</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах: Закон України від 23 березня 2017 р. № 1983-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1983-19>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>4</sup> Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>> (дата звернення: 07.02.2019).

<...> справи у спорах, що виникають з корпоративних відносин, в тому числі спори між юридичною особою та її учасниками (засновниками, акціонерами, членами), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності такої юридичної особи, крім трудових спорів<sup>5</sup>.

Включення законодавцем спорів із корпоративних відносин до підвідомчості господарських судів (ч. 1 ст. 12 ГПК України в редакції до 15 грудня 2017 р.) Законом України ід 15 грудня 2006 р. № 483-V “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів”<sup>6</sup> повинно було б “поставити крапку” у багаторічній дискусії з питань підвідомчості корпоративних спорів. Однак складність корпоративних прав як об'єкта захисту досі спричиняє суперечки щодо віднесення спору до корпоративного, визначення складу сторін такого спору та повноважень судів різних юрисдикцій щодо їх розгляду<sup>7</sup>, належності обраного позивачем способу захисту, підстав та порядку поєднання кількох способів захисту (позовних вимог) у позові. Як слушно зазначає О. Бігняк, визначення підвідомчості корпоративного спору залежить саме від розуміння поняття корпоративного спору, що є важливим не тільки для правової доктрини, а й для правозастосовної практики<sup>8</sup>. Відсутність визначення поняття “корпоративний спір” та чіткої класифікації спорів, що належать до корпоративних, обумовлює невизначеність юрисдикції окремих категорій спорів, що виникають із корпоративних відносин, предметом яких є корпоративні права або права на частку (акцію, пай), що посвідчують корпоративні права. Як наслідок маємо скасування судових рішень, припинення провадження у справах на рівні касаційної інстанції після кількох років розгляду спору в судах загальної або господарсько-правової юрисдикції, передачу справ на вирішення іншого суду внаслідок порушення правил підсудності тощо.

Під корпоративними відносинами маються на увазі відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав.

А. Сороченко розширює законодавче визначення корпоративних відносин, під якими розуміє відносини, що виникають, змінюються

<sup>5</sup> Господарський процесуальний кодекс України: в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>6</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів: Закон України від 15 грудня 2006 р. № 483-V <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/483-16>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>7</sup> Н. Сліпенчук, ‘Щодо підвідомчості корпоративних спорів’ (*Закон і бізнес*) <[https://zib.com.ua/ua/print/80763-schodo\\_pidvidomchosti\\_korporativnih\\_sporiv.html](https://zib.com.ua/ua/print/80763-schodo_pidvidomchosti_korporativnih_sporiv.html)> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>8</sup> О. Бігняк, ‘Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні’ (дис д-ра юрид наук, 2018) 288.

Олександра Кологойда

та припиняються внаслідок набуття, реалізації та припинення суб'єктами таких відносин корпоративних прав і обов'язків після створення та в процесі функціонування, припинення корпорацій, управління ними<sup>9</sup>. Однак така позиція не дає змоги включити до корпоративних відносин, що виникають між засновниками в процесі створення господарського товариства. О. Вінник визначає корпоративні відносини як 'відносини, які виникають у процесі створення, функціонування та припинення господарських товариств <...>'<sup>10</sup>. Корпоративні правовідносини на стадії створення товариства складаються між засновниками; після його державної реєстрації – між учасниками (акціонерами), учасниками (акціонерами) і товариством, органами товариства й учасниками (акціонерами)<sup>11</sup>.

Відповідно до частин 1, 3 ст. 167 Господарського кодексу України (далі – ГК України)<sup>12</sup> корпоративними правами є права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) цієї організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

Згідно з п. 8 ч. 1 ст. 2 Закону України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI "Про акціонерні товариства":

Корпоративні права – сукупність майнових і немайнових прав акціонера – власника акцій товариства, які впливають з права власності на акції, що включають право на участь в управлінні акціонерним товариством, отримання дивідендів та активів акціонерного товариства у разі його ліквідації відповідно до закону, а також інші права та правомочності, передбачені законом чи статутними документами<sup>13</sup>.

Н. Кузнецова визначає корпоративними спори, предметом яких є вигоди учасників корпоративних відносин, тобто відносин, пов'язаних зі здійсненням управління корпоративним утворенням або веденням його

<sup>9</sup> А Сороченко, 'Корпоративні права та обов'язки: господарсько-правовий аспект' (автореф дис канд юрид наук, 2015) 7.

<sup>10</sup> О Вінник, 'Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах' (автореф дис д-ра юрид наук, Київ нац ун-т ім Тараса Шевченка 2004) 20.

<sup>11</sup> І Спасибо-Фатєєва та інші, *Корпоративне управління: монографія* (Право 2007) 500.

<sup>12</sup> Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>13</sup> Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>> (дата звернення: 07.02.2019).



справ, про захист їх корпоративних прав способами, передбаченими законом<sup>14</sup>.

О. Квасніцька визначає корпоративний спір як спір, що виникає з приводу матеріальних правовідносин між юридично рівними учасниками корпоративних відносин щодо набуття, здійснення та припинення їх корпоративних прав та інтересів<sup>15</sup>. На думку О. Ковалишина, ознаками корпоративного спору є: приватноправовий характер відносин та юридична рівність сторін спору, оскільки учасниками спору є учасники господарського товариства та саме господарське товариство; припущення про існування корпоративних відносин та припущення про стан порушення суб'єктивного корпоративного права; предметом є захист порушеного чи оспорюваного права або охоронюваного законом інтересу; практична цінність та мета встановлення істинності (законності, правомірності) чи хибності суджень учасників про стан прав і обов'язків у правовідносинах<sup>16</sup>.

Беручи до уваги визначення корпоративних прав у ст. 167 ГК України, суб'єктами корпоративних відносин визнаються юридична особа та її учасники. Такий підхід поширений і у спеціальній літературі<sup>17</sup>.

Суди при визначенні юрисдикції справ цієї категорії за суб'єктивним складом зважають на те, що відповідно до ст. 84 Цивільного кодексу України<sup>18</sup>, ч. 5 ст. 63, частин 1, 3 ст. 167 ГК України, Закону України від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII «Про господарські товариства»<sup>19</sup>, Закону України «Про акціонерні товариства», Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», статей 1, 19 і частин 1, 6 ст. 20 Закону України від 19 червня 2003 р. № 973-IV «Про фермерське господарство»<sup>20</sup>, статей 6, 8, 19 та 21 Закону України від 10 липня 2003 р.

<sup>14</sup> Н Кузнєцова, 'Поняття, ознаки і класифікація корпоративних спорів' Правовий тижень <<http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=133>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>15</sup> О Квасніцька, *Господарське процесуальне право: навчально-методичний посібник* (Фенікс 2013) 16.

<sup>16</sup> О Ковалишин, 'Корпоративний спір: характерні особливості та класифікація' (2009) 21 Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України 113-7.

<sup>17</sup> А Каминка, *Акціонерные компании: юридическое исследование, т 1* (1902) 19; Кузнєцова (н 14); Д Ломакин, *Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах* (Статут 2008) 279-80; Р Майданик, 'Неимущественные оборотоспособные правоотношения как предмет гражданского права Украины' в Майданик Р (ред), *Альманах цивилистики: сборник статей*, вып 1 (Правова єдність 2008) 47; О Щербина, 'Правове становище акціонерів за законодавством України' (автореф дис канд юрид наук; Київ нац ун-т ім Тараса Шевченка 2000) 8; Жорнокуй Ю, 'Цивільно-правова природа корпоративних конфліктів в акціонерних товариствах' (дис д-ра юрид наук, Нац юрид ун-т ім Ярослава Мудрого 2016) 99.

<sup>18</sup> Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>19</sup> Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>20</sup> Про фермерське господарство: Закон України від 19 червня 2003 р. № 973-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973-15>> (дата звернення: 07.02.2019).

Олександра Кологойда

№ 1087-IV “Про кооперацію”<sup>21</sup> корпоративні відносини виникають, зокрема, у господарських товариствах, виробничих кооперативах, фермерських господарствах, приватних підприємствах, заснованих на власності двох або більше осіб. Водночас правовідносини між членами громадської організації та самою організацією не мають характеру корпоративних, у зв’язку із чим спори, що виникають із таких правовідносин, не відносяться до юрисдикції господарських судів (постанова Великої Палати Верховного Суду від 30 травня 2018 р. у справі № 916/978/17<sup>22</sup>).

Однак в останні роки з’явилося чимало досліджень, автори яких обґрунтовують розширення кола учасників корпоративних відносин. До кола суб’єктів корпоративних відносин крім основних – акціонерне товариство та акціонери починають включати також органи товариства (О. Вінник<sup>23</sup>, В Долинська<sup>24</sup>, О. Кібенко<sup>25</sup>, Н. Козлова<sup>26</sup>, І. Спасибо-Фатеєва<sup>27</sup>; філії та представництва (І. Саракун<sup>28</sup>), посадових осіб, зокрема, голову та членів виконавчого органу (О. Молотніков<sup>29</sup>)).

О. Бігняк пропонує відмовитися від запропонованого ГК України підходу до визначення корпоративних відносин через поняття “корпоративні права”. На думку вченого, особливості корпоративного спору проявляються в об’єкті спору – корпоративні права, формалізованому суб’єктивному складі, поєднанні загального корпоративного інтересу (в особі юридичної особи) і приватного корпоративного інтересу (в особі окремого учасника), оскільки корпоративні права суб’єкта набуваються завдяки членству й управлінню юридичною особою, у виключних способах захисту, що становлять матеріально-правову вимогу; спеціальних нормах, що регулюють вирішення корпоративних спорів; множинності осіб, що виходить за межі корпоративних відносин; складності формалізованого процесу<sup>30</sup>.

І. Лукач обґрунтовує, що корпоративні відносини можуть виникати не тільки в процесі виникнення, зміни та припинення корпоративних прав, а й корпоративного управління. Це дає вченій підставу включати

<sup>21</sup> Про кооперацію: Закон України від 10 липня 2003 р. № 1087-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1087-15>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>22</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 30 травня 2018 р. у справі № 916/978/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74506061>> (дата звернення: 04.02.2019).

<sup>23</sup> Вінник (н 10) 223.

<sup>24</sup> В Долинская, *Акционерное право: основные положения и тенденции* (Волтерс Клувер 2006) 82.

<sup>25</sup> Е Кібенко, *Корпоративное право Украины: учебное пособие* (Эспада 2001) 43.

<sup>26</sup> Н Козлова, *Правосубъектность юридического лица* (Статут 2005) 114.

<sup>27</sup> И Спасибо-Фатеєва, *Акционерные общества: корпоративные правоотношения* (Право 1998) 24-5.

<sup>28</sup> І Саракун, ‘Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект)’ (дис канд юрид наук, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України 2007) 34.

<sup>29</sup> А Молотніков, *Ответственность в акционерных обществах* (Волтерс Клувер 2006) 7.

<sup>30</sup> Бігняк (н 8) 293, 304.

до суб'єктів корпоративних відносин органи управління, посадових осіб органів управління, кредиторів тощо<sup>31</sup>.

Загалом підтримуючи думку щодо включення до корпоративних відносин відносини корпоративного управління як права учасника/акціонера на участь в управлінні корпорацією (безпосередньо або через обраних до органів управління осіб), вважаємо, що включення до суб'єктів корпоративних відносин органів управління, кредиторів та інших осіб, не наділених корпоративними правами, є помилковим.

Підтримуємо позицію В. Долинської та Ю. Жорнокуя, які зазначають, що фізична особа, яка входить до складу органів акціонерного товариства (далі – АТ), є самостійним суб'єктом права та суб'єктом корпоративного управління у внутрішніх (внутрішнокорпоративних) відносинах<sup>32</sup> та проявляють власну волю, тоді як у зовнішніх відносинах між АТ та третіми особами вони розглядаються як його складові, які виражають назовні його волю. Це не означає самостійності органу АТ як окремого суб'єкта<sup>33</sup>.

Зазначений підхід поширений і у судовій практиці. Справами у спорах, що виникають із корпоративних відносин (корпоративними спорами), є справи у спорах між учасником господарського товариства та господарським товариством, пов'язані з діяльністю юридичної особи, правами й обов'язками учасників товариства, визначеними ст. 167 ГК України, реалізацією та захистом корпоративних прав, носіями яких (прав) є учасники цих товариств (постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 липня 2018 р. у справі № 917/1345/17<sup>34</sup>). Корпоративним визнаються всі спори щодо створення, діяльності, управління та припинення юридичної особи – суб'єкта господарювання, якщо стороною у справі є учасник (засновник, акціонер, член) такої юридичної особи, тобто застосовується виключно суб'єктний критерій (постанова Великої Палати Верховного Суду від 30 жовтня 2018 р. у справі № 905/2445/17<sup>35</sup>).

Відповідно до п. 3.2 постанови Пленуму Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) від 24 жовтня 2011 р. № 10 “Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам”:

<sup>31</sup> І Лукач, ‘Господарсько-правове регулювання корпоративних відносин в Україні: теоретичні проблеми’ (автореф дис д-ра юрид наук, Київ нац ун-т ім Тараса Шевченка 2016) 4, 14.

<sup>32</sup> В Долинская, ‘Органы юридического лица: проблемы доктрины и современного законодательства (на примере акционерного общества)’ (2014) 11 Законы России: опыт, анализ, практика 66.

<sup>33</sup> Жорнокуй (н 17) 7.

<sup>34</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 липня 2018 р. у справі № 917/1345/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75215615>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>35</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 30 жовтня 2018 р. у справі № 905/2445/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77969229>> (дата звернення: 07.02.2019).

Справи, що виникають з корпоративних відносин, – це справи зі спорів між юридичними особами та їх учасниками (засновниками, акціонерами, членами), у тому числі учасниками, які вибули, а також між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності такої особи. Предметом відповідних позовів можуть бути вимоги про визнання недійсними: актів органів управління юридичної особи; її установчих документів; правочинів, укладених юридичною особою, якщо позивач обґрунтує свої вимоги порушенням його корпоративних прав або інтересів, тощо<sup>36</sup>.

Таким чином, у судовій практиці визначено кілька критеріїв корпоративного спору:

1) зміст – корпоративні відносини, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням юридичної особи – суб'єкта господарювання, набуттям, здійсненням та припиненням корпоративних прав;

2) сторонами у справі є юридична особа (корпорація) та її учасник (засновник, акціонер, член), зокрема й учасник, який вибув (носій корпоративних прав);

3) підстава позову та предмет доказування – порушення, невизнання або оспорювання корпоративного права. У корпоративних спорах позивач – учасник (засновник, акціонер, член) юридичної особи обґрунтовує позовні вимоги порушенням його корпоративних прав;

4) предмет позову – визнання недійсними рішень органів управління юридичної особи, установчих документів, змін до установчих документів юридичної особи, стягнення грошової суми (дивідендів, несплачених внесків), розірвання договору, визнання недійсним договору, переведення прав та обов'язків покупця, зобов'язання вчинити дії тощо.

*Отже, корпоративні спори виникають між юридичною особою (господарським товариством, виробничим кооперативом, фермерським господарством, приватним підприємством, заснованим на власності двох або більше осіб) та її учасником (засновником, акціонером, членом), зокрема й учасником, який вибув, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, а також із набуттям, здійсненням або припиненням корпоративних прав.*

<sup>36</sup> Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 р. № 10 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0010600-11>> (дата звернення: 07.02.2019).

*Класифікації корпоративних спорів*

Беручи до уваги предмет спору, його суб'єктний склад та підстави, до корпоративних спорів слід віднести:

1. Спори за позовом учасника (засновника, акціонера, члена) юридичної особи, зокрема й учасника, який вибув, до юридичної особи про оскарження дій/бездіяльності, актів (рішень) суб'єктів господарювання та їх органів, прийнятих до виходу учасника, якщо відповідні вимоги обґрунтовуються порушенням його корпоративних прав на момент прийняття такого рішення (наприклад, про визнання недійсним рішення загальних зборів, оформленого протоколом загальних зборів, про оскарження дій/бездіяльності щодо реалізації права на отримання інформації тощо).

2. Спори за позовом учасника, який вибув зі складу юридичної особи, щодо визначення та стягнення належної йому до сплати вартості частки майна юридичної особи, спори про виключення учасника з товариства з обмеженою відповідальністю, про визнання недійсними рішень про виключення його зі складу юридичної особи, якщо відповідні вимоги обґрунтовуються порушенням його корпоративних прав (наприклад, постанова ВГСУ від 3 листопада 2015 р. у справі № 924/980/14<sup>37</sup>, постанова ВГСУ від 21 березня 2017 р. у справі № 924/1807/15<sup>38</sup>, постанова Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 18 листопада 2014 р. у справі № 3-182гс14<sup>39</sup>).

Відповідно до п. 28 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 р. № 13 “Про практику розгляду судами корпоративних спорів”<sup>40</sup> моментом виходу учасника з товариства є дата подачі ним заяви про вихід відповідній посадовій особі товариства або вручення заяви цим особам органами зв'язку. У підпункті 4.14 п. 4 постанови Пленуму ВГСУ від 25 лютого 2016 р. № 4 “Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин” (далі – постанова Пленуму ВГСУ № 4) визначено:

<...> вартість майна та розмір частини прибутку товариства, що належать до виплати учаснику, який вийшов, обчислюються на дату волевизначення

<sup>37</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 3 листопада 2015 р. у справі № 924/980/14 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53394928>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>38</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 21 березня 2017 р. у справі № 924/1807/15 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65508532>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>39</sup> Постанова Верховного Суду України від 18 листопада 2014 р. у справі № 3-182гс14 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41735946>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>40</sup> Про практику розгляду судами корпоративних спорів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>> (дата звернення: 07.02.2019).

явлення учасника вийти з товариства, тобто на дату подання учасником заяви про вихід з товариства<sup>41</sup>.

У випадку неврегульованості в установчих документах, вартість частини майна товариства, що підлягає виплаті, повинна відповідати вартості чистих активів товариства, що визначається в порядку, встановленому законодавством, пропорційно його частці в статутному капіталі товариства на підставі балансу, складеного на дату виходу (виключення). Вартість частки майна товариства, належної до сплати учаснику, який виходить (виключається) із товариства, має визначатися з розрахунку вартості всього майна, що належить товариству, зокрема й основних засобів, нематеріальних активів, оборотних активів, майна неvirобничого призначення тощо з урахуванням майнових зобов'язань товариства (п. 30 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 р. № 13 “Про практику розгляду судами корпоративних спорів”).

3. Спори за позовами учасників юридичної особи про визнання недійсними установчих документів або їх частин, змін до них, а також спори щодо обрання, звільнення, відкликання, поновлення на посаді тощо керівників чи інших посадових осіб.

4. Спори про ліквідацію, реорганізацію юридичної особи чи скасування її державної реєстрації за позовами учасників (засновників, акціонерів, членів) до цієї юридичної особи.

5. Спори за позовами акціонерів приватних акціонерних товариств про переведення на них прав та обов'язків покупця акцій у зв'язку з порушенням їх переважного права на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства.

6. Спори за позовами акціонерів публічних акціонерних товариств та акціонерів – власників привілейованих акцій про переведення на них прав і обов'язків покупця акцій у зв'язку з порушенням їх переважного права на придбання акцій додаткової емісії, що розповсюджуються шляхом приватного розміщення.

7. Спори за позовом учасника товариства з обмеженою або з додатковою відповідальністю про переведення прав та обов'язків покупця у зв'язку з порушенням його переважного права на купівлю частки (її частини) у статутному капіталі товариства.

8. Спори між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи та юридичною особою щодо права власності на майно, передане юридичній особі як вклад до статутного (складеного) капіталу.

<sup>41</sup> Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25 лютого 2016 р. № 4 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16>> (дата звернення: 07.02.2019).

9. Спори про зобов'язання товариства вчинити дії щодо включення спадкоємця до учасників товариства, пов'язані з неможливістю реалізації спадкоємцем набутих корпоративних прав через перешкоджання його вступу до товариства.

10. Спори про стягнення дивідендів (п. 8 ч. 1 ст. 2, статті 25, 26, 30 Закону України “Про акціонерні товариства”, статті 6, 6<sup>1</sup> Закону України 23 лютого 2006 р. № 3480-IV “Про цінні папери та фондовий ринок”<sup>42</sup>, ст. 26 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”). Відповідно до правового висновку Верховного Суду корпоративним за правової природою є спір, предметом якого є стягнення з акціонерного товариства на користь його акціонера дивідендів за акціями, що успадковані, оскільки предметом спору є не спадкові відносини, а реалізація спадкоємцем корпоративного права на отримання дивідендів (постанова Великої Палати Верховного Суду у справі від 11 вересня 2018 р. № 910/18015/17<sup>43</sup>). Справи, які виникають між товариством з обмеженою відповідальністю та його учасниками стосовно набуття коштів товариства цими учасниками як дивідендів або стосовно збереження таких коштів без достатніх правових підстав, мають корпоративний характер (постанова Великої Палати Верховного Суду у справі від 3 липня 2018 р. № 917/1345/17<sup>44</sup>).

11. Спори, пов'язані з укладанням, виконанням, припиненням корпоративних договорів.

12. Справи у спорах, що виникають із правочинів щодо акцій, часток, паїв, інших корпоративних прав в юридичній особі є окремою категорією спорів, віднесених до юрисдикції господарських судів (п. 4 ч. 1 ст. 20 ГПК України), що викликає практичні проблеми у юрисдикції зазначеної категорії спорів.

Відповідно до постанови ВСУ від 5 квітня 2017 р. у справі № 6-381цс17<sup>45</sup> корпоративні відносини виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав. Зі змісту заявлених позовних вимог вбачається, що предметом судового спору є визнання недійсним договору дарування частки в статутному капіталі товариства, вимог щодо вирішення питань, пов'язаних зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ) “Віктор-Д”, позивачкою не заявлено. Отже, спір не є корпоративним. Анало-

<sup>42</sup> Про цінні папери та фондовий ринок: Закону України від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>43</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 вересня 2018 р. у справі № 910/18015/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76649426>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>44</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 липня 2018 р. у справі № 917/1345/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75215615>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>45</sup> Постанови Верховного Суду України від 5 квітня 2017 р. у справі № 6-381цс17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65942812>> (дата звернення: 07.02.2019).

Олександра Кологойда

гічна правова позиція висловлена у постанові ВСУ від 31 травня 2017 р. у справі № 6-703цс17<sup>46</sup>.

Водночас відповідно до правового висновку ВСУ, викладеного у постанові від 14 вересня 2016 р. у справі № 522/27392/13-ц, справа щодо розірвання договору купівлі-продажу частки в статутному капіталі підприємства підвідомча господарському суду, оскільки спір виник із корпоративних відносин між учасниками підприємства щодо управління ним.

Велика Палата Верховного Суду у постанові від 23 травня 2018 р. у справі № 911/3494/16<sup>47</sup> про розірвання договору купівлі-продажу частки в статутному капіталі приватного підприємства дійшла висновку, що оскільки з переходом до відповідача прав і обов'язків щодо частки в статутному капіталі приватного підприємства "МП "Вікторія" на підставі укладеного з позивачем договору купівлі-продажу до нього перейшли відповідні права й обов'язки стосовно участі спільно з позивачем у діяльності та управлінні цього підприємства, то й відносини, які виникли між сторонами оспорюваного договору, за своєю правовою природою є корпоративними відносинами щодо володіння, користування й розпорядження належними сторонам корпоративними правами у цьому приватному підприємстві.

13. Спори щодо визнання права власності на акції, на частку участі в товариствах чи права на пай, спори щодо укладення, розірвання, зміни, виконання, а також визнання недійсними договорів купівлі-продажу акцій, щодо інших правочинів з акціями, крім спорів, пов'язаних із порушенням переважного права акціонерів на придбання акцій відповідно до п. 1.7 постанови Пленуму ВГСУ № 4 не належать до корпоративних спорів. Однак аналіз зазначеної вище категорії спорів свідчить, що позиція Верховного Суду змінюється і такі спори також визнаються корпоративними, якщо позивач обґрунтовує позовні вимоги порушенням його корпоративного права.

Різновидом таких спорів є спори, пов'язані з викупом, обов'язковим викупом (статті 65<sup>1</sup>, 65<sup>3</sup>, 68 Закону України "Про акціонерні товариства") та обов'язковим продажем акцій (стаття 65<sup>2</sup> Закону України "Про акціонерні товариства") (зокрема, про визнання недійсною публічної безвідкличної вимоги про придбання акцій в усіх власників акцій, про стягнення грошової суми компенсації ринкової вартості викуплених акцій). Зазначені спори є аналогічними до корпоративних спорів про припинен-

www.pravoua.com.ua

<sup>46</sup> Постанова Верховного суду України від 31 травня 2017 р. у справі № 6-703цс17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>47</sup> Постанова Великої палати Верховного Суду від 23 травня 2018 р. у справі № 911/3494/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74218783>> (дата звернення: 07.02.2019).



ня корпоративних прав внаслідок виключення учасника з товариства, однак підставою припинення корпоративних відносин при викупі акцій є пряма норма закону, а не порушення акціонером корпоративного права або обов'язку. Складність у класифікації зазначеної категорії спорів полягає також у тому, що позивач обґрунтовує позовні вимоги не порушенням його корпоративного права, а порушенням права власності на акції, а саме права акціонера (учасника) на одержання в результаті продажу (викупу) належних йому акцій (часток) справедливої компенсації їх ринкової вартості (вартості частки майна в товаристві). Правовим наслідком викупу, обов'язкового викупу та обов'язкового продажу акцій є припинення корпоративних відносин внаслідок припинення права власності на акцію. Враховуючи особливий суб'єктний склад зазначених спорів, а також предмет та підстави позову, зазначену категорію спорів слід також віднести до спорів із корпоративних відносин (корпоративних спорів).

14. Спори між учасниками юридичної особи або спори учасників юридичної особи з цією юридичною особою щодо скасування запису в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (далі – ЄДР). Правовий висновок щодо віднесення зазначеної категорії спорів до корпоративних спорів зробила Велика Палата Верховного Суду у постанові від 4 вересня 2018 р. у справі № 904/5857/17<sup>48</sup>. Суд вказав, що вимога про визнання неправомірними дій державного реєстратора з внесення в ЄДР відомостей, щодо достовірності яких виник корпоративний спір, має похідний характер від корпоративного спору та залежить від наявності самого порушеного права, яке підлягає захисту в ефективний спосіб, зокрема, шляхом корегування відомостей ЄДР та відображенні в ЄДР відповідних дійсних відомостей. Якщо суд встановить, що суб'єкт державної реєстрації вчинив запис в ЄДР за зверненням належного заявника, на підставі всіх необхідних для реєстрації документів відповідно до закону та відсутності встановлених законом підстав для відмови в державній реєстрації, це не є перешкодою для скасування в судовому порядку недостовірного запису в ЄДР, наявність якого порушує корпоративні права чи законні інтереси позивача.

15. Про визнання недійсними значного правочину, правочину, щодо вчинення якого є заінтересованість, правочину, укладеного з перевищенням повноважень, наданих статутом товариства, якщо позивач обґрунтує свої вимоги порушенням його корпоративних прав або інтересів.

<sup>48</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 р. у справі 904/5857/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76536465>> (дата звернення: 07.02.2019).

Олександра Кологойда

Так, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 28 серпня 2018 р. у справі № 902/458/16<sup>49</sup> зазначено, що якщо учасник (акціонер) господарського товариства обґрунтовує позовні вимоги про визнання недійсним договору про відчуження майна цього товариства порушенням останнім у ході статутної діяльності корпоративних прав такого учасника (акціонера), то цей спір підвідомчий господарським судам незалежно від того, чи є іншим відповідачем у справі як сторона оспорюваного договору фізична особа. Оскільки позивач має частку у статутному фонді приватного акціонерного товариства “Автоелектроапаратура”, посилається на порушення права управління товариством унаслідок відчуження за значним правочином без рішення загальних зборів майна цього товариства, отже, обґрунтовує позовні вимоги порушенням його корпоративних прав, спір є підвідомчим господарським судам.

16. Спори, що виникають між товариством та його учасником на підставі ч. 4 ст. 146 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) про відшкодування витрат товариства, пов’язаних із проведенням на вимогу учасника аудиторської перевірки річної фінансової звітності товариства<sup>50</sup>. Відповідно до правової позиції Великої Палати Верховного Суду, викладеної у постанові від 16 травня 2018 р. у справі № 904/2194/17<sup>51</sup>, такі спори належать до юрисдикції господарських судів, оскільки спірні правовідносини тісно пов’язані з реалізацією учасником своїх корпоративних прав, зокрема права на управління товариством і права на отримання інформації про товариство.

17. Справи у спорах між юридичною особою та її посадовою особою (зокрема й посадовою особою, повноваження якої припинені) про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі діями (бездіяльністю) такої посадової особи, за позовом власника (учасника, акціонера) такої юридичної особи, поданим в її інтересах (похідний позов). Зазначена категорія спорів є окремою категорією спорів (п. 12 ч. 1 ст. 20 ГПК України), що обумовлює питання про правовий характер такого спору. Оскільки такий похідний позов подає власник (учасник, акціонер) юридичної особи в інтересах юридичної особи від понесення збитків внаслідок неналежного корпоративного управління, зазначений позов можна розглядати як реалізацію корпоративного права учасника (акціонера) на

www.pravoua.com.ua

<sup>49</sup> Постанова Великої Палати Верховного суду від 28 серпня 2018 р. у справі 902/458/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76262613>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>50</sup> Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>51</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 травня 2018 р. у справі № 904/2194/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74121030>> (дата звернення: 07.02.2019).

управління юридичною особою. Зазначена категорія спорів визнається корпоративними в літературі<sup>52</sup>.

На думку О. Бігняка, критеріями класифікацій корпоративного спору є не тільки юридичні критерії (предмет спору, суб'єктний склад, передумови виникнення, цілі, видова диференціація корпоративних відносин), а й економічні, соціальні, що становлять сутність юридичних осіб корпоративного типу<sup>53</sup>. Однак такий широкий підхід у поєднанні з розширенням суб'єктного складу учасників корпоративних відносин створює небезпечну на практиці ситуацію правової невизначеності, коли до корпоративних спорів починають відносити суміжні правові спори, підставою виникнення яких не є корпоративні відносини, а предметом спору не є порушення корпоративного права (обов'язку).

Конституційний Суд України (далі – КСУ) визначає, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями (рішення КСУ від 29 червня 2010 р. № 17-рп/2010<sup>54</sup>). Принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності (рішення КСУ від 20 грудня 2017 р. № 2-р/2017<sup>55</sup>). На думку КСУ, особи розраховують на стабільність та усталеність юридичного регулювання, тому часті та непередбачувані зміни законодавства перешкоджають ефективній реалізації ними прав і свобод, а також підбивають довіру до органів державної влади, їх посадових і службових осіб (рішення КСУ від 22 травня 2018 р. № 5-р/2018<sup>56</sup>).

Як зазначається у рішенні Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), на державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок (див., наприклад, рішення у справах “Лелас проти Хорватії” (*Lelas v. Croatia*), заява № 55555/08, п. 74, від 20 травня 2010 р., і “Тошкуце та інші проти Румунії” (*Toscuta and Others v. Romania*), заява № 36900/03, п. 37, від 25 листопада 2008 р.) і сприятимуть юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, які зачіпають майнові інтереси (див., наприклад, рішення у справах “Онер’їлдіз проти Туреч-

<sup>52</sup> Бігняк (н 8) 291.

<sup>53</sup> Там само 304.

<sup>54</sup> Рішення Конституційного Суду України від 29 червня 2010 р. № 17-рп/2010 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>55</sup> Рішення Конституційного Суду України від 20 грудня 2017 р. № 2-р/2017 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-17>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>56</sup> Рішення Конституційного Суду України від 22 травня 2018 р. № 5-р/2018 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18>> (дата звернення: 07.02.2019).

Олександра Кологойда

чини” (*Oneryildiz v. Turkey*), п. 128, та “Беєлер проти Італії” (*Beveler v. Italy*), п. 119)<sup>57</sup>.

Отже, питання розмежування корпоративних спорів із суміжними правовими спорами потребує спеціального дослідження.

*Не є корпоративними спорами і розглядаються господарськими, загальними або адміністративними судами залежно від суб’єктного складу сторін спори:*

1) щодо оскарження актів (рішень) суб’єктів господарювання та їх органів, посадових та службових осіб у сфері організації та здійснення господарської діяльності (п. 10 ч. 1 ст. 20 ГПК України);

2) про визнання недійсними рішень органів управління юридичної особи за позовом особи, яка не є учасником (акціонером, членом, засновником), зокрема:

– кредиторів, заставодержателів, орендарів тощо про визнання недійсними рішень загальних зборів, що стосуються відповідних договірних зобов’язань;

– про оскарження рішень, прийнятих до вступу позивача до складу учасників товариства або придбання ним акцій. Особа стає носієм корпоративних прав з моменту набуття права власності на акції акціонерного товариства, що підтверджується випискою з рахунку в цінних паперах в депозитарній установі, або вступу до інших юридичних осіб, що підтверджується випискою або витягом із ЄДР;

– за позовом учасника, що вибув із товариства, у разі оспорювання рішень органів управління юридичної особи, прийнятих після його вибуття (п. 1.7 постанови Пленуму ВСУ № 4). Право власності на частку в статутному капіталі ТОВ або товариства з додатковою відповідальністю (далі – ТДВ) у третьої особи виникає з моменту укладення договору, якщо інше не встановлено домовленістю сторін (ст. 363 ЦК України). Набуття права власності на частку в статутному капіталі надає третій особі право на вступ до ТОВ. Право участі у ТОВ або ТДВ є особистим немайновим правом, а отже, автоматичного набуття статусу учасника товариства у зв’язку з набуттям третьою особою права власності на частку в статутному капіталі не відбувається. Право безпосередньої участі у ТОВ або ТДВ третя особа набуває тільки з моменту вступу до товариства, що має бути підтверджено шляхом державної реєстрації змін до відомостей про розміри часток у статутному капіталі чи склад учасників ТОВ у ЄДР;

www.pravoua.com.ua

<sup>57</sup> ‘Збірник витягів з рішень Європейського суду з прав людини, рекомендованих для вивчення при підготовці до письмового анонімного тестування у межах іспиту для кваліфікаційного оцінювання суддів на відповідність займаній посаді’ 2018 <<http://www.nsj.gov.ua/files/1529653122>> (дата звернення: 07.02.2019).

– спори між акціонером материнської компанії та дочірнім підприємством. Так, постановою ВСУ від 1 лютого 2017 р. у справі № 910/8438/15-г<sup>58</sup> було скасовано рішення касаційної інстанції, яка підтримала позов акціонера материнської компанії про визнання недійсним рішення загальних зборів учасників дочірнього ТОВ. У справі № 5017/2368/2012<sup>59</sup> судами встановлено, що фізична особа як учасник товариства звернулася до суду з позовною заявою до дочірнього підприємства (засновником якого є товариство) та підприємства (співзасновником якого є дочірнє підприємство) про визнання недійсним рішення загальних зборів підприємства, яким було внесено зміни до статуту цього підприємства, збільшено статутний капітал та внесено зміни до складу його засновників. Зазначена фізична особа не є суб'єктом підприємницької діяльності, не є засновником (учасником) підприємства, тому спір про визнання недійсним рішення загальних зборів підприємства не є корпоративним і не підлягає вирішенню в господарських судах України (частини 1, 2 ст. 1, п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК України). Аналогічного висновку дійшов суд касаційної інстанції у справі № 16/163-08<sup>60</sup>, вказавши, що учасник (акціонер) господарського товариства має певні корпоративні права щодо товариства, учасником якого він є, і не має корпоративних прав щодо іншого господарського товариства, учасником якого він не є.

У справі № 910/8438/15-г Судова палата у господарських справах ВСУ у постанові від 1 лютого 2017 р.<sup>61</sup> вказала, що недотримання вимог закону та установчих документів юридичної особи під час скликання і проведення загальних зборів не може визнаватися порушенням прав тих позивачів, які не є учасниками (акціонерами, членами) цієї особи. Посилання на положення ст. 1 Закону України 14 жовтня 2014 р. № 1702-VII “Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення”<sup>62</sup> з метою визначення такого спору як корпоративного є помилковим з огляду на особливості його застосування і мету;

<sup>58</sup> Постанова Верховного Суду України від 1 лютого 2017 р. у справі № 910/8438/15-г <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64683611>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>59</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 19 листопада 2013 р. у справі № 5017/2368/2012 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35422032>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>60</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 14 квітня 2010 р. № 16/163-08 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9208544>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>61</sup> Постанова Верховного Суду України від 1 лютого 2017 р. у справі № 910/8438/15-г <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64683611L>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>62</sup> Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1702-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-18>> (дата звернення: 07.02.2019).

3) спори за позовами до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, зокрема, про скасування реєстрації випуску акцій;

4) спори між акціонерами, АТ та депозитарними установами, пов'язані з укладенням, зміною, розірванням, виконанням або визнанням недійсними договорів про відкриття та обслуговування рахунків у цінних паперах, зазначених у ст. 5 Закону України від 6 липня 2012 р. № 5178-VI "Про депозитарну систему України"<sup>63</sup> (п. 1.7 постанови Пленуму ВГСУ № 4);

5) спори, пов'язані з управлінням активами корпоративних інвестиційних фондів (п. 1.7 постанови Пленуму ВГСУ № 4);

6) сімейні спори, пов'язані з розподілом майна подружжя (п. 1.7 постанови Пленуму ВГСУ № 4). Незважаючи на те, що предметом спору є частка в майні товариства, такі правовідносини є за своєю суттю сімейними, а отже, й спори, що впливають із таких правовідносин, регулюватимуться сімейним законодавством;

7) спори, пов'язані з реалізацією спадкових прав, зокрема, за позовами спадкоємців померлого учасника господарського товариства про визнання права на частку, права на акції, вступом до юридичних осіб спадкоємців, правонаступників, осіб, яким було відчужено частку в статутному капіталі господарських товариств (п. 1.7 постанови Пленуму ВГСУ № 4), оскільки в цьому випадку спір виникає щодо прав на акції (як об'єкт права – цінний папір), а не щодо корпоративних прав, які впливають з акції (частки) господарського товариства. Таким, зокрема, є спір про визнання недійсним свідоцтва про право на спадщину за заповітом, відповідно до якого особа визнана власником спадкового майна, що включає акції товариства;

8) спори між набувачем права власності на частку в статутному капіталі та учасниками ТОВ або ТДВ про право власності на частку (п. 1.7 постанови Пленуму ВГСУ № 4, постанова ВГСУ від 10 квітня 2017 р. у справі № 908/1452/16<sup>64</sup>, постанова ВСУ від 5 квітня 2017 р. № 6-381цс17). Однак слід враховувати правову позицію Великої Палати Верховного Суду у постанові від 23 травня 2018 р. у справі № 911/3494/16<sup>65</sup>, де спір про розірвання договору купівлі-продажу частки в статутному капіталі приватного підприємства було визнано корпоративним спором, а також правову позицію Великої Палати Верховного Суду у постанові від 4 ве-

<sup>63</sup> Про депозитарну систему України: Закон України від 6 липня 2012 р. № 5178-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5178-17>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>64</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 10 квітня 2017 р. у справі № 908/1452/16 <[https://protocol.ua/ua/postanova\\_vgsu\\_vid\\_10\\_04\\_2017\\_roku\\_u\\_spravi\\_908\\_1452\\_16](https://protocol.ua/ua/postanova_vgsu_vid_10_04_2017_roku_u_spravi_908_1452_16)> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>65</sup> Постанова Великої палати Верховного Суду від 23 травня 2018 р. у справі № 911/3494/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74218783>> (дата звернення: 07.02.2019).

ресня 2018 р. у справі 904/5857/17<sup>66</sup>, що свідчать про перспективу включення зазначеної категорії спорів про право власності на частку в ТОВ або ТДВ до категорії корпоративних спорів;

9) справи про банкрутство. Незважаючи на те, що учасник (акціонер) товариства має право на отримання частки в майні товариства, що залишилась після задоволення вимог кредиторів, і таке право є корпоративним (ст. 167 ГК України), але цей спір виникає не з корпоративних відносин;

10) справи у спорах щодо цінних паперів, зокрема й пов'язані з правами на цінні папери та правами, що виникають із них (крім корпоративних прав), емісією, розміщенням, обігом та погашенням цінних паперів, обліком прав на цінні папери, зобов'язаннями за цінними паперами;

11) спори про визнання недійсними установчих документів та припинення юридичної особи за позовами суб'єктів владних повноважень, що здійснюють контроль за діяльністю юридичної особи, а також органів, які здійснюють державну реєстрацію юридичних осіб (п. 1.8 постанови Пленуму ВГСУ № 4);

12) трудові спори, учасниками яких є посадові особи товариства, зокрема, учасники органів корпоративного управління, призначення (обрання) або звільнення (відкликання) яких ґрунтується на прийнятті рішень загальних зборів, наглядової ради тощо. При цьому згідно з абзацом 2 п. 1 резолютивної частини рішення КСУ від 12 січня 2010 р. № 1-рп/2010<sup>67</sup> усунення члена виконавчого органу товариства від виконання своїх обов'язків, яке передбачене ч. 3 ст. 99 ЦК України, не є відстороненням працівника від роботи в розумінні ст. 46 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України)<sup>68</sup>. Така форма захисту є специфічною дією носіїв корпоративних прав у відносинах з особою, якій вони довірили здійснювати управління товариством, і не може розглядатися в площині трудового права, зокрема в аспекті ст. 46 КЗпП України. Вимоги скасувати наказ про призначення (звільнення, відкликання) керівника чи іншої посадової особи або розірвати трудовий контракт, укладений з керівником чи іншими посадовими особами, не підвідомчі господарським судам (п. 1.9 постанови Пленуму ВГСУ № 4).

Аналіз наведених вище категорій корпоративних спорів свідчить, що справами з корпоративних відносин є спори, пов'язані зі здійсненням і захистом учасником корпоративних прав, та окремі категорії спорів,

<sup>66</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 р. у справі № 904/5857/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76536465>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>67</sup> Рішення Конституційного Суду України від 12 січня 2010 р. № 1-рп/2010 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-10>> (дата звернення: 07.02.2019).

<sup>68</sup> Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>> (дата звернення: 07.02.2019).

пов'язані з припиненням корпоративних прав (про визнання недійсними рішень про виключення учасника зі складу юридичної особи), підставою яких є порушення корпоративних прав та обов'язків. Однак залишається проблема юрисдикції спорів, пов'язаних із набуттям корпоративних прав, оскільки корпоративні права виникають з моменту державної реєстрації юридичної особи корпоративного типу. На нашу думку, до корпоративних спорів слід віднести також:

– спори між засновниками юридичної особи, що виникають у процесі заснування товариства (зокрема, спори з корпоративних договорів, щодо повернення грошових коштів та майна, внесених засновниками в оплату за акції/частку, якщо товариство визнається таким, що не відбулося; про зобов'язання вчинити дії, пов'язані із заснуванням товариства та його державною реєстрацією);

– спори, пов'язані зі стягненням простроченого вкладу.

Висновки. Корпоративний спір як правовий інститут спрямований на захист прав і законних інтересів учасників корпоративних відносин, що здійснюється у межах конструкції охоронного правовідношення, де особа у визначеній законом формі реалізує своє право на захист, обираючи способи захисту, встановлені законом та (або) корпоративним договором. Проведене дослідження свідчить про необхідність визначення на законодавчому рівні поняття “корпоративний спір” (спір, що виникає з корпоративних правовідносин) як спору, що виникає між юридичною особою (господарським товариством, виробничим кооперативом, фермерським господарством, приватним підприємством, заснованим на власності двох або більше осіб) та її учасником (засновником, акціонером, членом), зокрема й учасником, який вибув, пов'язаний зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, а також із набуттям, здійсненням або припиненням корпоративних прав та закріплення критеріїв розмежування корпоративних спорів із суміжними правовими спорами.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Dolinskaya V, *Akcionerное pravo: osnovnye polozheniya i tendency [Shareholding Law: Key Statements and Trends]* (Volters Kluver 2006) (in Russian).
2. Kaminka A, *Akcionerные kompanii: yuridicheskoe issledovanie [Joint-stock Companies: Legal Study], t 1* (1902) (in Russian).
3. Kibenko E, *Korporativное pravo Ukrainy: uchebное posobie [Corporate Law of Ukraine: Tutorial]* (Ehspada 2001) (in Russian).



4. Kozlova N, *Pravosubektnost' yuridicheskogo lica [Legal Personality of a Legal Entity]* (Statut 2005) (in Russian).
5. Kvasnitska O, *Hospodarske protsesualne pravo: navchalno-metodychny posibnyk [Economic Procedural Law: Educational Methodical Manual]* (Feniks 2013) (in Ukrainian).
6. Lomakin D, *Korporativnye pravootnosheniya: obshchaya teoriya i praktika ee primeneniya v hozyajstvennykh obshchestvakh [Corporate Legal Relations: General Theory and Practice of its Application in Economic Companies]* (Statut 2008) (in Russian).
7. Molotnikov A, *Otvettvennost' v akcionernykh obshchestvakh [Responsibility in Joint-Stock Companies]* (Volters Kluver 2006) (in Russian).
8. Spasibo-Fateeva I, *Akcioner nye obshchestva: korporativnye pravootnosheniya [Joint Stock Companies: Corporate Legal Relationships]* (Pravo 1998) (in Russian).

*Edited books*

9. Majdanik R, 'Neimushchestvennye obrotosposobnye pravootnosheniya kak predmet grazhdanskogo prava Ukrainy' [Non-property Negotiable Legal Relations as a Subject of Civil Law of Ukraine] v Majdanik R (red), *Al'manah civilistiki: sbornik statey [Almanac of Civil Law]* vyp 1 (Pravova ednist' 2008) (in Russian).
10. Spasybo-Fatieieva I, *Korporativne upravlinnia [Corporate Governance]* (Pravo 2007) (in Ukrainian).

*Journal articles*

11. Dolinskaya V, 'Organy yuridicheskogo lica: problemy doktriny i sovremennogo zakonodatel'stva (na primere akcionernogo obshchestva)' ['Bodies of a Legal Entity: Problems of Doctrine and Modern Legislation (on the Example of a Joint Stock Company)'] (2014) 11 Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika (in Russian).
12. Kovalyshyn O, 'Korporativnyi spir: kharakterni osoblyvosti ta klasyfikatsiia' ['Corporate Dispute: Characteristic Features and Classification'] (2009) 21 Aktualni problemy vdoskonalennia chynnoho zakonodavstva Ukrainy 113-7 (in Ukrainian).
13. Kuznietsova N, 'Poniattia, oznaky i klasyfikatsiia korporativnykh sporiv' ['Concepts, Features and Classification of Corporate Disputes'] <<http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=133>> (accessed: 07.02.2019) (in Ukrainian).
14. --, 'Poniattia, oznaky i klasyfikatsiia korporativnykh sporiv' ['Concepts, Features and Classification of Corporate Disputes'] (2007) 46 Pravovyi tyzhden (in Ukrainian).
15. Slipenchuk N, 'Shchodo pidvidomchosti korporativnykh sporiv' ['As to the Jurisdiction of Corporate Disputes'] Zakon i biznes <[https://zib.com.ua/ua/print/80763-schodo\\_pidvidomchosti\\_korporativnih\\_sporiv.html](https://zib.com.ua/ua/print/80763-schodo_pidvidomchosti_korporativnih_sporiv.html)> (accessed: 07.02.2019) (in Ukrainian).

*Thesis*

16. Bihniak O, 'Tsyvilno-pravovyi zakhyt korporativnykh prav v Ukraini' ['Civil Law Protection of Corporate Rights in Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).
17. Lukach I, 'Hospodarsko-pravove rehuliuвання korporativnykh vidnosyn v Ukraini: teoretychni problemy' ['Economic and Legal Regulation of Corporate Relations in Ukraine: Theoretical Problems'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, Kyiv nats un-t im Tarasa Shevchenka 2016) (in Ukrainian).
18. Sarakun I, 'Zdiisnennia korporativnykh prav uchastykamy (zasnovnykamy) hospodarskykh tovarystv (tsyvilno-pravovyi aspekt)' ['The Implementation of the Participants (Founders) Corporate Rights of Business Companies (Civil Law Aspect)'] (dys kand yuryd nauk, Naukovo-doslidnyi instytut pryvatnoho prava i pidpriemnytstva Akademii pravovykh nauk Ukrainy 2007) (in Ukrainian).

Олександра Кологойда

19. Shcherbyna O, 'Pravove stanovyshe aktsioneriv za zakonodavstvom Ukrainy' ['The Shareholders Legal Status under the Legislation of Ukraine'] (avtoref dys kand yuryd nauk; Kyiv nats un-t im Tarasa Shevchenka 2000) (in Ukrainian).
20. Sorochenko A, 'Korporatyvni prava ta oboviazky: hospodarsko-pravovy aspekt' ['Corporate Rights and Obligations: Economic and Legal Aspect'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2015) (in Ukrainian).
21. Vinnyk O, 'Teoretychni aspekty pravovoho zabezpechennia realizatsii publichnykh i pryvatnykh interesiv v hospodarskykh tovarystvakh' ['Theoretical Aspects of the Legal Provision Realization of Public and Private Interests in Economic Companies] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, Kyiv nats un-t im Tarasa Shevchenka 2004) (in Ukrainian).
22. Zhornokui Yu, 'Tsyvilno-pravova pryroda korporatyvnykh konfliktiv v aktsionernykh tovarystvakh' ['Civil-Law Nature of Corporate Conflicts in Joint-Stock Companies'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2016) (in Ukrainian).

*Websites*

23. 'Zbirnyk vytyahiv z rishen Yevropeiskoho sudu z prav liudyny, rekomendovanykh dlia vyvchennia pry pidhotovtsi do pysmovoho anonimnogo testuvannia u mezhakh ispytu dlia kvalifikatsiinoho otsiniuvannia suddiv na vidpovidnist zaimanii posadi' ['The Digest of Excerpts from the European Court of Human Rights Decisions Recommended for Study in Preparation for Writing Anonymous Testing within the Framework of the Qualification of Judges Examination for Compliance with their Position'] 2018 <<http://www.nsj.gov.ua/files/1529653122>> (accessed: 07.02.2019) (in Ukrainian).

Oleksandra Kolohoida

## ON THE CONCEPT AND CRITERIA OF CORPORATE DISPUTE

ABSTRACT. The purpose of the article is to study the concept, features and types of corporate disputes arising from corporate legal relations, and to outline the category of legal disputes related thereto.

The author studies the concept, features and types of corporate disputes and determines the categories of legal disputes connected thereto. The corporate dispute is investigated as a legal institution which has the purpose of protecting the rights and legitimate interests of participants to corporate relations and takes place within the framework of the protection-aimed legal relation, where a person, in a statutory form, exercises the right to protection choosing the remedies established by law and/or corporate agreement. Based on the analysis of legislative provisions, legal positions of higher courts and the relevant case law, the author classifies corporate disputes by such criteria as the subject matter and contents, and also by the subjective criterion, and marks corporate disputes off from the related legal disputes.

Protection of the rights and legitimate interests of participants to corporate legal relations is one of the most pressing issues of our times. Active development and an increasingly complicated nature of corporate relations entail increasingly more conflicts between their participants, and therefore, the topic under research herein is of particular relevance.

Despite a vast number of changes to corporate legislation over the recent years, and the adopted new procedural codes, laws of Ukraine "On Amending Some Legislative

Acts of Ukraine With Regard to Protection of Investors' Rights", "On Amending Some Legislative Acts of Ukraine With Regard to State Registration of Rights to Real Property and Protection of Property Rights", "On Amending Some Legislative Acts of Ukraine With Regard to Enhancement of the Corporate Governance Level of Joint-Stock Companies" which has implemented into the national legislation the procedures for the exercise of the right to squeeze-out and sell-out, and "On Limited and Additional Liability Companies", corporate disputes are still among the most widespread and complex categories of disputes considered by economic courts.

KEYWORDS: corporate dispute; corporate legal relations; corporate legislation.

## АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Сергій Теленик

кандидат юридичних наук, доцент,  
докторант кафедри забезпечення фінансової безпеки  
та фінансового розслідування  
Навчально-наукового інституту № 1  
Національної академії внутрішніх справ  
(м. Київ, Україна)  
kristina10@ukr.net

УДК 342.9

## СЛУЖБА БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ ЯК СУБ'ЄКТ ДЕРЖАВНОЇ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ КРИТИЧНОЇ ІНФРАСТРУКТУРИ

АНОТАЦІЯ. Важливим елементом державної політики національної безпеки є захист критичної інфраструктури. У переважній більшості наукових публікацій цей напрям фахівцями віднесено до напрямів безпекової політики. Служба безпеки України (СБУ), виступаючи суб'єктом забезпечення національної безпеки, також є одним із головних суб'єктів системи органів держави, що реалізують державну політику у сфері захисту критичної інфраструктури. Однак низка теоретичних і практичних проблем залишаються поза увагою науковців, зокрема: адміністративно-правовий статус СБУ як суб'єкта державної системи захисту критичної інфраструктури.

Метою статті є наукове обґрунтування адміністративно-правового статусу СБУ як суб'єкта державної системи захисту критичної інфраструктури, формулювання концептуальних блоків щодо визначення місця та ролі в становленні й ефективного управління системою захисту критичної інфраструктури в умовах середовища, що динамічно змінюється, а також в умовах становлення нових суспільних відносин у сфері інфраструктури.

Здійснено догматико-юридичний, формально-юридичний та логіко-семантичний аналіз чинного законодавства, що регулює суспільні відносини у сфері захисту критичної інфраструктури за участю СБУ.

Встановлено особливості організаційної моделі системи захисту критичної інфраструктури, які визначаються характером, різноманіттям, складністю процесів управління, які відбуваються зсередини цієї системи, ступенем спеціалізації та нормативного закріплення адміністративно-правової компетенції суб'єктів системи захисту критичної інфраструктури в системі нормативно-правових актів, масштабами та характером діяльності із захисту критичної інфраструктури, її специфікою, налагодженням ефективних механізмів координації та взаємодії, державно-приватного партнерства і міжнародного співробітництва відповідно до законодавства.

Обґрунтовано правовий статус СБУ як суб'єкта захисту критичної інфраструктури через визначення її місця та ролі в цій системі.

Автор доходить висновку щодо видової належності державної політики захисту критичної інфраструктури до державної політики національної безпеки. Розроблено пропозиції з удосконалення чинного законодавства щодо реалізації СБУ своїх повноважень у сфері захисту критичної інфраструктури.

Ключові слова: інфраструктура; інфраструктурна політика; критична інфраструктура; захист критичної інфраструктури; державна система захисту критичної інфраструктури; інфраструктурні правовідносини; безпекова політика; суб'єкт державної системи захисту критичної інфраструктури; адміністративно-правовий статус Служби безпеки України; Служба безпека України як суб'єкт державної системи захисту критичної інфраструктури.

Сучасні безпекові зміни сприяють появі не лише нових загроз і формуванню нових видів безпекової політики, а й зумовлюють необхідність усвідомлення відходу від застарілого підходу щодо стандартного поділу суспільних відносин на певні види. Тривалий час безпекова політика була поза цілеспрямованим науковим інтересом правників, а домінування фокусу переважно політологів призвело до перебільшення оціночних категорій при формуванні суджень щодо того чи іншого рівня потенційних загроз і небезпек.

На нашу думку, настав час змін у вітчизняній науці, яка має відходити від політичної площини і ґрунтуватися на наукових засадах побудови сильної та незалежної безпекової держави. Інші підходи вже не відповідають сучасним реаліям, причому не лише у безпековій сфері, а й взагалі у сфері формування і розвитку нових суспільних відносин, та ліквідації морально застарілих. Завдання Служби безпеки України (далі – СБУ) на цьому етапі розвитку України – створити умови для безперешкодної реалізації національних інтересів у найбільш важливих сферах життєдіяльності, що включає формування та розвиток ефективної системи державного захисту об'єктів критичної інфраструктури.

У цьому аспекті важливим елементом державної політики національної безпеки є захист критичної інфраструктури (далі – ЗКІ). Причому одразу ж наголосимо, що в переважній більшості наукових публікацій, докладний аналіз яких вже зроблено в Зеленій книзі з питань захисту критичної інфраструктури в Україні<sup>1</sup>, зазначений напрям фахівцями віднесено до напрямів безпекової політики. Таким чином, можу стверджувати, що він є елементом державної політики національної безпеки. Зважаючи на той факт, що СБУ є суб'єктом забезпечення національної безпеки, можу за допомогою методу екстраполяції також висунути на-

<sup>1</sup> О Суходоля (заг ред), *Зелена книга з питань захисту критичної інфраструктури в Україні: збірник матеріалів міжнародних експертиз* (НІСД 2015) 3.

Сергій Теленик

укову гіпотезу про те, що СБУ виступає одним із основних суб'єктів системи органів держави, які реалізують державну політику у сфері захисту критичної інфраструктури.

Варто наголосити, що, незважаючи на виникнення нових гібридних загроз, цілий комплекс проблем і надалі залишається недостатньо вивченим, зокрема:

- загрози інфраструктурі (як реальні, так і потенційні);
- засади державної політики у сфері інфраструктури;
- адміністративно-правове регулювання розроблення та реалізації цієї політики;
- роль окремих центральних органів виконавчої влади в цьому процесі, із визначенням головного суб'єкта державної системи захисту критичної інфраструктури.

Зазначене не відповідає необхідності якнайшвидшого теоретичного вирішення зазначеного комплексу питань.

Окремої уваги в контексті необхідності побудови дієвої державної системи захисту критичної інфраструктури, а також необхідності закріплення і розмежування повноважень усіх суб'єктів цієї системи заслуговує визначення адміністративно-правового статусу СБУ як суб'єкта державної системи захисту критичної інфраструктури.

Останнім часом науковий інтерес до проблематики захисту критичної інфраструктури проявляли такі вчені, як В. Бегун, Д. Бірюков, Д. Бобро, В. Гречанінов, О. Євдін, В. Заславський, Г. Зубко, С. Кондратов, А. Корченко, А. Мороз, Є. Степанова, О. Суходоля. Крім того, питання адміністративно-правового статусу СБУ вивчали О. Артюх, Р. Баранецький, М. Грек, О. Грідін, М. Карпенко, А. Кумейко, О. Нападистий, О. Полковніченко, С. Пономарьов, А. Савченко, О. Степанченко, М. Панченко та ін.

Суттєву роль у науковій дискусії на цю тему відіграли також і наукові дослідження Національного інституту стратегічних досліджень<sup>2</sup>, зокрема найбільш ґрунтовною сьогодні залишається праця “Зелена книга з питань захисту критичної інфраструктури в Україні”<sup>3</sup>, яка, за твердженням Д. Бірюкова, ‘в силу жанру, мала підняти питання та ініціювати широку дискусію’<sup>4</sup>.

Водночас цілком очевидно, що аналіз комплексу проблем у сфері інфраструктурної політики здійснюється на недостатньому рівні. Через

www.pravoua.com.ua

<sup>2</sup> Д Бірюков та С Кондратов (упоряд), *Концепція захисту критичної інфраструктури: стан, проблеми та перспективи її впровадження в Україні: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції* (НІСД 2014) 148.

<sup>3</sup> Суходоля (н 1) 176.

<sup>4</sup> Д Бірюков, ‘Захист критичної інфраструктури в Україні: від наукового осмислення до формування засад політики’ [2015] 3-4 (7-8) *Науково-інформаційний вісник Академії національної безпеки* 169.

окрему заполітизованість державних інституцій поза науковим обігом опиняються важливі теоретичні напрацювання, апробовані в різних країнах щодо ведення *війн нового покоління*<sup>5</sup>. Тому без уваги можуть залишитися загрози якісно нового рівня, що здатні завдати шкоди життєво важливим об'єктам національної інфраструктури.

Окрім цього, проблеми визначення місця та ролі СБУ в системі захисту об'єктів критичної інфраструктури ще не досліджувалися, принаймні у наявних у відкритому доступі публікаціях.

Саме на вирішення цього наукового завдання і спрямована наша стаття.

Метою дослідження є наукове обґрунтування правового статусу СБУ як суб'єкта державної системи захисту критичної інфраструктури, формулювання концептуальних блоків щодо визначення місця та ролі СБУ у становленні та ефективному управлінні системою захисту критичної інфраструктури в умовах середовища, що динамічно змінюється, а також в умовах становлення нових суспільних відносин у сфері інфраструктури.

Для досягнення цієї мети поставлені такі завдання:

- 1) навести аргументацію щодо видової належності державної політики захисту критичної інфраструктури до державної політики національної безпеки;
- 2) обґрунтувати адміністративно-правовий статус СБУ як суб'єкта захисту критичної інфраструктури через визначення її місця та ролі в цій системі;
- 3) здійснити догматико-юридичний, формально-юридичний та логіко-семантичний аналіз чинного законодавства, що регулює суспільні відносини у сфері захисту критичної інфраструктури за участю СБУ;
- 4) подати пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства в частині реалізації СБУ своїх повноважень у сфері захисту критичної інфраструктури.

Важкість і відсутність системних напрацювань стосовно визначення правового статусу СБУ<sup>6</sup>, зокрема і у сфері ЗКІ, зумовлена низкою чинників більш високого рівня і, відповідно, системних проблем, які потре-

<sup>5</sup> В Ліпкан (заг ред), *Стратегічні комунікації: словник* (ФОРМ О С Ліпкан 2016) 416; J Caporaso, 'International Relations Theory and Multilateralism: The Search for Foundations' in Ruggie G (ed), *Multilateralism Matters: The Theory and Praxis of an Institutional Form* (1993); Joseph S. Nye Jr. and John D. Donahue (eds), *Governance in a Globalizing World* (Brookings Institution Press 2000); C Leo and J Enns, 'Multi-level governance and ideological rigidity: the failure of deep federalism' (2009) 42 *Canadian Journal of Political Science* doi: 10.1017/S000842390909004; Й Воробьев, 'Какие войны грозят нам в будущем веке?' (1996) 2 *Военная мысль* 18-24; Вотье, *Военная доктрина генерала Дуэ* (Воениздат 1937).

<sup>6</sup> *Біла книга 2008. Служба безпеки України* (Інститут оперативної діяльності та державної безпеки 2009) 80.

бують свого першочергового вирішення, на які чітко зазначено в Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури<sup>7</sup>.

Невирішення системних проблем відображається і на відсутності конкретних та прозорих алгоритмів побудови функціональної моделі ЗКІ і, відповідно, на формуванні базових функцій, а також подальшої побудови організаційної моделі цієї системи – образ структури системи управління захистом критичної інфраструктури та її п'яти підсистем, що відображає організаційні взаємовідносини між їх елементами, під якими зазвичай умовно розуміють державну систему захисту критичної інфраструктури. Названі причини зумовлюють нечіткість законодавчого визначення адміністративно-правового статусу СБУ у сфері ЗКІ.

Будова будь-якої організаційної моделі зумовлює необхідність у виділенні головного суб'єкта управління цією системою. І таким органом має бути один із центральних органів виконавчої влади. Особливості організаційної моделі державної системи ЗКІ визначаються характером, різноманіттям, складністю процесів управління, які відбуваються зсередини системи, глибиною поділу праці в апараті головного суб'єкта – центрального органу виконавчої влади, що здійснює управління як усією системою, так і у конкретній сфері, ступенем його спеціалізації та нормативного закріплення адміністративно-правової компетенції в системі нормативно-правових актів (далі – НПА), масштабами та характером діяльності із захисту критичної інфраструктури, її специфікою, налагодженням ефективних механізмів координації та взаємодії, державно-приватного партнерства і міжнародного співробітництва відповідно до законодавства.

Здійснений аналіз стану нормативно-правового регулювання суспільних відносин, що виникають та складаються у сфері захисту критичної інфраструктури під час діяльності СБУ, дає можливість сформулювати висновок: ті чи інші завдання СБУ у сфері захисту критичної інфраструктури вже частково та фрагментарно визначалися у різних нормативних актах, зокрема й у рішеннях Ради національної безпеки і оборони України (далі – РНБОУ), введених у дію указами Президента України.

Здійснений аналіз законодавства уможливило приєднатися до думки О. Суходолі, який вважає, що для побудови дієвої системи ЗКІ потрібно залучити щонайменше три існуючі державні системи реагування та захисту, зокрема:

– єдину державну систему цивільного захисту (положення затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 9 січня 2014 р. № 11);

<sup>7</sup> Про схвалення Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури: розпорядження Кабінету Міністрів України від 6 грудня 2017 р. № 1009-р *Офіційний вісник України*. 2018. № 7. Ст. 271.



– єдину систему запобігання, реагування і припинення терористичних актів та мінімізації їх наслідків (положення затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 15 серпня 2007 р. № 1051);

– державну систему фізичного захисту (порядок функціонування затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 21 грудня 2011 р. № 1337)<sup>8</sup>.

На нашу думку, сюди слід додати державну систему, що перебуває на стадії формування, але вже визначена на законодавчому рівні – *державну систему кібербезпеки*.

Звичайно, складно погодитися щодо назв цих систем – “державні системи реагування та захисту”, адже у сфері публічно-правових відносин у правовій доктрині для позначення сукупності однорідних відносин, що регулюються однорідною групою правових норм, вживають термін “сфера”. Окрім цього, дещо некоректним є звуження усього арсеналу засобів державної політики напрямами захисту та реагування, про що я вже зазначав на початку статті, зокрема і при описі базових характеристик організаційної моделі захисту критичної інфраструктури, вказуючи на масштаби та характер діяльності із захисту критичної інфраструктури, під яким розуміється реактивна або проактивна стратегія.

Також переконаний, що інфраструктурна політика є складовою політики національної безпеки, тому сфера захисту інфраструктури і відповідна державна політика ЗКІ мають виступати також елементом макросистеми державної політики національної безпеки<sup>9</sup>.

Крім того, захист критичної інфраструктури має диференціюватися залежно від вже існуючих державних систем, тобто *за функціональною ознакою* інтегрувати вже існуючі окремі системи до макросистеми державної системи ЗКІ. Отже, у цьому випадку доцільно говорити про такі складові макросистеми захисту критичної інфраструктури (Рис. 1):

- 1) національної безпеки;
- 2) цивільного захисту;
- 3) протидії тероризму;
- 4) фізичного захисту;
- 5) кібербезпеки.

Інтеграція цих систем з урахуванням функціонального підходу до єдиної макросистеми захисту критичної інфраструктури має відбуватися

<sup>8</sup> О Суходоля, ‘Захист критичної інфраструктури в умовах гібридної війни: проблеми та пріоритет державної політики України’ [2016] (3)40 Стратегічні пріоритети 71.

<sup>9</sup> В Корчмит-Матюшов, ‘Безопасность как управляемость’ (2003) 3-4 Национальная безопасность и геополитика России 62-7.



Рис. 1. Функціональний підхід до будови макросистеми захисту критичної інфраструктури

ся на засадах системності<sup>10</sup>, науковості<sup>11</sup> та проактивності<sup>12</sup>, що уможливить не лише реагування на потенційні та реальні загрози, а й сформує узгоджену несуперечливу ефективну та гнучку динамічну систему, у межах якої будуть забезпечені сприятливі умови для повномасштабної реалізації державної політики.

Формування означеної системи також дасть змогу системно підійти до вирішення проблеми щодо регулювання суспільних відносин у сфері ЗКІ, зокрема й відійти від практики застосування переважно відомчих нормативних актів у цій сфері. Адже, зважаючи на комплексність проблем, які виникають в аналізованій сфері, залученні за функціональною складовою значної кількості центральних органів виконавчої влади, цей комплекс проблем потрібно категоріювати на рівні національного масштабу, що потребує відпрацювання комплексних механізмів розв'язання складних проблем в умовах неочевидності, невизначеності та значної політичної нестабільності зсередини держави.

Окреслений комплекс завдань може бути вирішений у межах формування державної системи ЗКІ з обов'язковим залученням інститутів громадянського суспільства на засадах державно-приватного партнерства, водночас із чітким законодавчим визначенням головного суб'єкта цієї системи, який має формувати, розробляти, впроваджувати та здійснюва-

<sup>10</sup> В Ліпкан, 'Системний підхід до побудови еталонної моделі системи забезпечення національної безпеки' (2002) 2 Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України 19-24; В Ліпкан, 'Національна безпека України у світлі теорії самоорганізації' (2002) 16 Держава і право 142-48; В Могилевский, *Методология систем: вербальный подход* (Экономика 1999) 251; А Беляев и Э Короткое, *Системология* (ИНФРА 2000); Э Коротков, *Исследование систем управления* (ДеКА 2000); Л Бергаланфи, *Общая теория систем* (изд. 2-е, Мир 1960) 328.

<sup>11</sup> Бірюков (н 4) 155-170; В Ліпкан, 'Застосування положень тектології при побудові системи національної безпеки' (2002) 4 Вісник Одеського інституту внутрішніх справ України 128-32; А Подберезкин (ред), *Стратегическое прогнозирование и планирование внешней и оборонной политики, т 1: Теоретические основы системы анализа, прогноза и планирования внешней и оборонной политики* (МГИМО-Университет 2015) 796.

<sup>12</sup> Д Дубов (заг ред), "Активні заходи" СРСР проти США: пролог до гібридної війни: аналітична доповідь (НІСД 2017) 88.

ти контроль за реалізацією, а також впроваджувати алгоритми корекції управлінських впливів з метою реалізації національних інтересів у сфері інфраструктури.

Водночас, на наше переконання, у державній системі ЗКІ одна з основних ролей відведена саме державному органу спеціального призначення з правоохоронними функціями, який забезпечує державну безпеку України – СБУ.

СБУ має бути провідним органом управління з:

- планування та реалізації заходів державної політики у сфері ЗКІ;
- стратегічного планування застосування сил СБУ та визначених сил і засобів інших суб'єктів системи ЗКІ;
- проведення експертної оцінки загроз та ризиків критичній інфраструктурі, визначення заходів із запобігання їх реалізації та реагування на них;
- забезпеченні взаємодії, координації та контролю за виконанням завдань у сфері ЗКІ силами безпеки та оборони у межах, визначених законами України, актами Президента України.

На підтвердження зазначеного наведемо результати проведеного нами аналізу повноважень СБУ, визначених у:

- *законах України*: “Про Службу безпеки України”, “Про національну безпеку України”, “Про основні засади забезпечення кібербезпеки України”, “Про об'єкти підвищеної небезпеки” тощо<sup>13</sup>;
- *актах Президента України*: Стратегії національної безпеки України (далі – Стратегія), Національній стратегії кібербезпеки України, Воєнній доктрині України тощо<sup>14</sup>;
- *актах Кабінету Міністрів України*, передусім Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури<sup>15</sup>;
- відомчих нормативно-правових актах<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Про Службу безпеки України: Закон України від 25 березня 1992 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 27. Ст. 382; Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. *Офіційний вісник України*. 2018. № 55. Ст. 1903; Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2163-VIII. *Голос України*. 2017. № 208; Про об'єкти підвищеної небезпеки: Закон України від 18 січня 2001 р. № 2245-III <<http://zakon.rada.gov.ua>> (дата звернення: 20.11.2018).

<sup>14</sup> Про Стратегію національної безпеки України: Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015 <<http://www.president.gov.ua/documents/19521.html>> (дата звернення: 20.11.2018); Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 р. “Про нову редакцію Воєнної доктрини України”: Указ Президента України від 24 вересня 2015 р. № 555/2015. *Офіційний вісник України*. 2015. № 78. Ст. 2592; Про Концепцію розвитку сектору безпеки і оборони України: Указ Президента України від 14 березня 2016 р. № 92/2016. *Офіційний вісник Президента України*. 2016. № 10. Ст. 195; Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 16 лютого 2017 року “Про невідкладні заходи з нейтралізації загроз енергетичній безпеці України та посилення захисту критичної інфраструктури”: Указ Президента України від 16 лютого 2017 р. № 37/2017. *Офіційний вісник Президента України*. 2017. № 5. Ст. 93.

<sup>15</sup> Про схвалення Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури (н 7).

<sup>16</sup> Про затвердження Переліку радіаційно небезпечних об'єктів в Україні, для яких розробляється об'єктова проектна загроза: наказ Державної інспекції ядерного регулювання України від 17 грудня 2012 р. № 238 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0021-13>> (дата звернення: 20.11.2018).

Сергій Теленик

У цьому ракурсі повертаємося до навіть і зараз не вирішеної проблеми щодо формування ієрархічної системи НПА, які регулюють суспільні відносини у сфері захисту критичної інфраструктури<sup>17</sup>.

Досліджуючи наукові проблеми захисту критичної інфраструктури, не можна оминати увагою аналіз ролі адміністративного права в цьому процесі, що закладатиме основу для розуміння засад як адміністративно-правового регулювання захисту критичної інфраструктури, так і адміністративно-правового статусу суб'єктів державної системи ЗКІ, зокрема й СБУ.

Необхідність звернення до аналізу цих питань зумовлена формуванням нових теоретико-методологічних постулатів, відповідно до яких предмет адміністративного права не обмежується лише управлінськими, тобто владно-розпорядчими відносинами. Причому саме таке бачення відповідає погляду автора на сутність державної політики захисту критичної інфраструктури, яка має не обмежуватися участю суто центральних органів виконавчої влади, а й включати участь громадських об'єднань.

За такого підходу *предметом адміністративного права* виступають суспільні відносини, що формуються у процесі забезпечення органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування реалізації та захисту прав, свобод, законних інтересів фізичних і юридичних осіб, а також у процесі державного та самоврядного управління у сферах соціально-економічного й адміністративно-політичного розвитку та охорони громадського порядку, зокрема й у сфері захисту критичної інфраструктури.

Тож *предметом адміністративно-правового регулювання у сфері захисту критичної інфраструктури* виступають суспільні відносини, що формуються у процесі захисту органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування і громадськими об'єднаннями критичної інфраструктури, а також у процесі державного і самоврядного управління у сфері захисту критичної інфраструктури.

Якщо ж ідеться про розвиток та підвищення ефективності функціонування державної системи захисту критичної інфраструктури, то остання, являючи собою організовану сукупність колективних (державних і недержавних) та індивідуальних суб'єктів, об'єднаних спільним завданням із захисту критичної інфраструктури, може ефективно функціонувати лише за наявності чітких адміністративно-правових норм, які

www.pravoua.com.ua

<sup>17</sup> М Пендюра, 'Національна безпека України в контексті сучасних європейських геополітичних трансформацій' (дис канд юрид наук, 2006); В Ліпкан, *Національна безпека України: нормативно-правові аспекти забезпечення* (Текст 2003) 180; О Українчук, 'Забезпечення національної безпеки в умовах формування в Україні громадянського суспільства та демократичної, правової, соціальної держави' (авторєф дис канд юрид наук, 1994) 18.

визначають адміністративно-правовий статус кожного суб'єкта захисту критичної інфраструктури в цьому процесі.

Отже, процес управління у сфері захисту критичної інфраструктури потребує ефективного адміністративно-правового регулювання, а адміністративно-правовий статус суб'єктів ЗКІ – чіткого нормативного визначення. А тому логічним у цьому випадку є акцентування уваги на визначенні адміністративно-правового статусу СБУ як одного з суб'єктів ЗКІ.

Навіть побіжний аналіз наведеного вище комплексу НПА не дає можливості одразу ж зрозуміти: яким чином має здійснюватися ефективне адміністративно-правове регулювання у сфері ЗКІ, з одного боку, і який є адміністративно-правовий статус СБУ як одного з суб'єктів державної системи ЗКІ – з другого. Так само формується й інший комплекс, наразі залишених без відповіді, запитань, які мають, окрім теоретичного, суто практичний інтерес:

- хто виступає головним суб'єктом цієї системи?
- хто є відповідальним за організацію взаємодії?
- хто здійснює координацію суб'єктів цієї системи?
- хто здійснює контроль за реалізацією державної політики у цій сфері?
- які критерії застосовуються для визначення предметної компетенції того чи іншого суб'єкта державної системи ЗКІ відповідно до загальнодержавного, регіонального, галузевого, місцевого та об'єктового рівнів тощо?

Окремо наголосимо, що, на нашу думку, суб'єктами реалізації державної політики у сфері ЗКІ можуть бути також і громадські об'єднання (громадські організації та громадські спілки) – добровільне об'єднання фізичних осіб та (або) юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів у сфері захисту критичної інфраструктури.

З метою розв'язання цього завдання найбільш оптимальним рішенням є розроблення та ухвалення окремого Закону України “Про критичну інфраструктуру та її захист”, в якому мають бути чітко визначені правові та організаційні засади формування та реалізації державної політики у сфері захисту критичної інфраструктури. Ця теза знайшла своє підтвердження і в схваленій Кабінетом Міністрів України Концепції створення державної системи ЗКІ<sup>18</sup>, в якій чітко визначено необхідність розроблення і прийняття цього Закону.

<sup>18</sup> Про схвалення Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури (н 7).

Стосовно адміністративно-правового регулювання правовідносин у сфері захисту критичної інфраструктури потрібно вирішити це питання, чітко визначивши у зазначеному законі повноваження СБУ як одного з основних суб'єктів державної системи ЗКІ.

Крім того, у цьому законі доцільно визначити та закріпити ієрархічну систему НПА, що регулюють суспільні відносини у сфері ЗКІ. Адже значна кількість НПА створює суперечність у процесі правозастосування і наперед зменшує ефективність загальної системи ЗКІ. Тому важливим науковим завданням є розроблення алгоритму аналізу повноважень, який має здійснюватися за визначеними вище блоками.

Стосовно законів України щодо повноважень СБУ в частині завдань у сфері ЗКІ, із застосуванням методів моделювання ми висуваємо наукову гіпотезу, що ця ієрархічна система НПА може мати такий вигляд:

- 1) Закон України “Про національну безпеку України”;
- 2) Закон України “Про критичну інфраструктуру та її захист”;
- 3) Закон України “Про Службу безпеки України”;

4) закони України відповідно до визначених категорій об'єктів критичної інфраструктури та найбільш важливих сфер життєдіяльності.

Ця ієрархічна система є результатом наукового аналізу рішень РНБОУ, в яких у різні часи сформульовано завдання СБУ щодо захисту критичної інфраструктури.

Саме тому, із застосуванням методології компаративного аналізу, методів аналізу та синтезу, догматико-юридичного та формально-логічного і логіко-семантичного методів, проаналізуємо *рішення РНБОУ* в розрізі діяльності СБУ з подальшим виходом на обґрунтування адміністративно-правового статусу СБУ як одного з основних суб'єктів державної системи захисту критичної інфраструктури.

Загалом наголосимо на тій обставині, що проведений нами аналіз дав можливість констатувати, що в межах різних нормативно-правових актів неодноразово наголошувалося на необхідності реформування (трансформації) СБУ із визначенням її завдань та повноважень у сфері захисту критичної інфраструктури. Нижче я виокремив найбільш значущі НПА, зміст яких яскраво підтверджує такі факти:

1) в Україні існує достатня кількість НПА, в яких прямо зазначено на виконання СБУ функцій з окремих аспектів захисту критичної інфраструктури;

2) компетенція СБУ збігається із функціональною моделлю державно-владної діяльності у сфері захисту критичної інфраструктури;

3) сформовані всі нормативно-правові передумови для висновку про те, що СБУ – один із головних суб'єктів державної системи захисту критичної інфраструктури;

4) функції моделі державної системи захисту критичної інфраструктури збігаються із повноваженнями СБУ, чітко визначеними в Законі України “Про Службу безпеки України”;

5) функціональна модель державної системи ЗКІ включає основні напрями діяльності СБУ в розрізі її подальшої трансформації та реформування.

Відзначимо, що важливим нормативним джерелом формування і подальшого законодавчого визначення адміністративно-правового статусу СБУ є рішення РНБОУ, уведені в дію указами Президента України, в яких визначається широкий спектр напрямів діяльності СБУ щодо різноманітних аспектів захисту критичної інфраструктури. Таким чином, рішення РНБОУ закладають основу для формування функціональної моделі діяльності СБУ в цій сфері, що, відповідно, створює передумови до розуміння зміни і корегування призначення цього державного органу спеціального призначення з правоохоронними функціями.

Застосовуючи хронологічний підхід, проаналізуємо окремі, найбільш значущі, на нашу думку, рішення РНБОУ, зміст яких формує чітке уявлення про роль та призначення СБУ в державній системі ЗКІ.

В Указі Президента “Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року ‘Про Стратегію національної безпеки України’” актуальними загрозами національній безпеці України визначено:

3.7. Загрози кібербезпеці і безпеці інформаційних ресурсів:

уразливість об'єктів критичної інфраструктури, державних інформаційних ресурсів до кібератак;

фізична і моральна застарілість системи охорони державної таємниці та інших видів інформації з обмеженим доступом.

3.8. Загрози безпеці критичної інфраструктури:

критична зношеність основних фондів об'єктів інфраструктури України та недостатній рівень їх фізичного захисту;

недостатній рівень захищеності критичної інфраструктури від терористичних посягань і диверсій;

неефективне управління безпекою критичної інфраструктури і систем життєзабезпечення<sup>19</sup>.

Відповідно до п. 4.4 Стратегії:

Реформа Служби безпеки України має на меті створення динамічної, укомплектованої високопрофесійними фахівцями, забезпеченої сучас-

<sup>19</sup> Про Стратегію національної безпеки України (н 14).

ними матеріальними і технічними засобами спеціальної служби, здатної ефективно захищати державний суверенітет, конституційний лад і територіальну цілісність України.

При цьому буде забезпечено концентрацію зусиль на:

контррозвідувальній діяльності;

нейтралізації сепаратистських та екстремістських рухів і організацій;

забезпеченні державної безпеки у сферах боротьби з тероризмом, економічної, інформаційної, кібернетичної безпеки;

захисті державної таємниці;

сприянні швидкому і ефективному обміну інформацією з державами – членами НАТО, ЄС на основі взаємної довіри<sup>20</sup>.

Однак в абзаці 3 п 4.4 не зовсім коректним є формулювання щодо ‘доцільності забезпечення передачі більшості правоохоронних функцій, крім боротьби зі злочинами проти основ національної безпеки, від Служби безпеки України до правоохоронних органів’. Адже у такому випадку, суто з лінгвістичних позицій, за умови вказівки на “інші правоохоронні органи” це твердження можна було б трактувати як таке, що залишає за СБУ статус правоохоронного органу. Однак прискіпливий догматичний, логіко-семантичний та метод правничої герменевтики уможливають чітко трактувати подане речення в такій інтерпретації: якщо йдеться про передачу функцій від певного органу (як елемента однієї системи) до правоохоронних органів (іншої системи), то це означає, що цей орган не належить до правоохоронних органів. Тому, формально, відповідно до п. 4.4 аналізованого документа СБУ помилково не визнається правоохоронним органом. Однак це суперечить дійсності, передусім ст. 1 Закону України “Про Службу безпеки України”, де чітко зазначено, що СБУ – державний орган спеціального призначення із правоохоронними функціями.

Для ілюстрації збігу функцій системи ЗКІ і повноважень СБУ наведемо конкретний приклад у вигляді таблиці. Аналізу було піддано п. 4.13 Стратегії, де прямо визначено *пріоритети забезпечення безпеки критичної інфраструктури*. Також здійснений аналіз цього документа, де мультиплікандом був термін “інфраструктура”, який дав змогу додатково виокремити напрями захисту критичної інфраструктури і, відповідно, окреслити компетенцію СБУ в їх реалізації<sup>21</sup> (див. Таблицю 1).

<sup>20</sup> Про Стратегію національної безпеки України (н 14).

<sup>21</sup> Про Службу безпеки України (н 13).



Таблиця 1

Матриця функцій із захисту критичної інфраструктури і завдань СБУ

<i>Напрями захисту критичної інфраструктури, визначені в Стратегії національної безпеки України</i>	<i>Завдання СБУ, визначені в Законі України “Про Службу безпеки України”</i>
Комплексне вдосконалення правової основи захисту критичної інфраструктури, створення системи державного управління її безпекою.	Частина 3 ст. 10: у межах своєї компетенції Центральне управління Служби безпеки України вносить Президенту України пропозиції про видання актів з питань збереження державної таємниці, <i>обов’язкових для виконання</i> органами державного управління, підприємствами, установами, організаціями і громадянами.
Посилення охорони об’єктів критичної інфраструктури, зокрема <i>енергетичної і транспортної</i> .	Пункт 6 ст. 24: здійснювати контрольно-розвідувальне забезпечення оборонного комплексу, Збройних Сил України, інших військових формувань, дислокованих на території України, <i>енергетики, транспорту</i> , зв’язку, а також важливих об’єктів інших галузей господарства.
Налагодження співробітництва між суб’єктами захисту критичної інфраструктури, розвиток державно-приватного партнерства у сфері запобігання надзвичайним ситуаціям та реагування на них.	Пункти 10, 12 ст. 24: сприяти Державній прикордонній службі України в охороні державного кордону України; подавати наявними силами і засобами, в тому числі і технічними, допомогу органам Національної поліції, іншим правоохоронним органам у боротьбі із вчиненням кримінальних правопорушень.
Профілактика техногенних аварій та оперативне й адекватне реагування на них, локалізація і мінімізація їх наслідків.	Пункт 8 ст. 24: здійснювати відповідно до законодавства профілактику правопорушень у сфері державної безпеки; п. 11 ст. 24 сприяти забезпеченню режиму воєнного та надзвичайного стану в разі їх оголошення, а також ліквідації наслідків стихійного лиха, значних аварій, катастроф, епідемій, епізоотій та інших надзвичайних ситуацій.
Ключовою умовою нової якості економічного зростання є забезпечення економічної безпеки шляхом забезпечення цілісності та захисту інфраструктури в умовах кризових ситуацій, що загрожують національній безпеці, та особливого періоду.	Частини 1, 2 ст. 2: завданням СБУ є захист економічного потенціалу держави; попередження, виявлення, припинення та розкриття організованої злочинної діяльності у сфері управління і економіки.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 3 • 260-286

<p>Пріоритетом забезпечення енергетичної безпеки України є створення умов для надійного енергозабезпечення та транзиту енергоресурсів територією України, захищеності енергетичної інфраструктури від терористичної загрози.</p>	<p>Пункт 6 ст. 24: здійснювати контррозвідувальне забезпечення оборонного комплексу, Збройних Сил України, інших військових формувань, дислокованих на території України, енергетики, транспорту, зв'язку, а також важливих об'єктів інших галузей господарства.</p>
<p>Пріоритетами забезпечення кібербезпеки та безпеки інформаційних ресурсів є: розвиток інформаційної інфраструктури держави; забезпечення захищеності об'єктів критичної інфраструктури, державних інформаційних ресурсів від кібератак, відмова від програмного забезпечення, зокрема антивірусного, розробленого у Російській Федерації.</p>	<p>Пункт 7 ст. 24: брати участь у роботі і здійсненні відповідно до Закону України "Про державну таємницю" та інших актів законодавства заходів щодо забезпечення охорони державної таємниці та здійснення контролю за додержанням порядку обліку, зберігання і використання документів та інших матеріальних носіїв, що містять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни, сприяти у порядку, передбаченому законодавством, підприємствам, установам, організаціям та підприємцям у збереженні комерційної таємниці, розголошення якої може завдати шкоди життєво важливим інтересам України.</p>

*Проміжний висновок:* усі перелічені в Стратегії завдання щодо захисту критичної інфраструктури повністю становлять предметну компетенцію СБУ. Тобто увесь спектр завдань та їх реалізації охоплюється предметною компетенцією одного державного органу.

Цікавим є звернення до наступного в хронологічному порядку документа – Воєнної доктрини України<sup>22</sup>.

Зокрема, в рішенні РНБОУ від 2 вересня 2015 р. "Про нову редакцію Воєнної доктрини України" у п. 11 до загроз воєнній безпеці України віднесено:

<...> терористичні акти на території України або проти громадян України, посягання на життя державних чи громадських діячів, представників іноземних держав (вчинені з метою провокації війни або міжнародних ускладнень), диверсії (у тому числі на об'єктах критичної інфраструктури), а також вибухи, підпали у приміщеннях органів державної влади та їх захоплення, викрадення громадян або захоплення заручників<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 р. (н 14).

<sup>23</sup> Там само.

Цей комплекс завдань повністю охоплюється ст. 2 Закону України “Про Службу безпеку України”, в якому визначені завдання СБУ.

Відповідно до п. 50 Военної доктрини України у розв’язанні завдань із забезпечення воєнної безпеки України, підготовки її до збройного захисту СБУ з урахуванням компетенції, визначеної законом, відіграватиме таку роль: боротьба з тероризмом; контррозвідка; протидія розвідувально-підривній діяльності іноземних спеціальних служб; протидія корупції та організованій злочинності.

*Проміжний висновок:* у Военній доктрині України зазначено про участь СБУ в захисті об’єктів критичної інфраструктури, тобто легітимовано СБУ як суб’єкта державної системи захисту критичної інфраструктури, більше того, завдання щодо контррозвідувального забезпечення захисту критичної інфраструктури повністю збігаються із предметною компетенцією СБУ<sup>24</sup>.

Цікавим є те, що рік по тому, в Указі Президента України “Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 4 березня 2016 року ‘Про Концепцію розвитку сектору безпеки і оборони України’”<sup>25</sup> реформування СБУ визначено одним із основних напрямів розвитку складових сектору безпеки й оборони. Зокрема, воно спрямовуватиметься на посилення спроможностей СБУ протидіяти сучасним зовнішнім і внутрішнім загрозам національній безпеці та здійснюватиметься у напрямі оновлення доктринальних і концептуальних підходів до організації діяльності СБУ, функціональної оптимізації її організаційної структури та вдосконалення матеріально-технічного забезпечення. *Метою реформування СБУ є її трансформація на спеціальну службу, здатну ефективно захищати державний суверенітет, конституційний лад і територіальну цілісність України.* Причому до основних завдань СБУ, порівняно із завданнями, визначеними при реформуванні СБУ у Стратегії, вже віднесено інші. Зокрема, це контррозвідувальний захист:

- органів державної влади;
- науково-технічного потенціалу;
- оборонного потенціалу;
- оборонно-промислового комплексу;
- транспортного комплексу;
- національної системи телекомунікацій та їх об’єктів;
- об’єктів критичної інфраструктури, що мають стратегічне значення<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 р. (н 14).

<sup>25</sup> Про Концепцію розвитку сектору безпеки і оборони України (н 14).

<sup>26</sup> Там само.

*Проміжний висновок щодо Концепції:* наявна певна зміна пріоритетів діяльності СБУ в НПА, яка варіюється залежно від конкретного політичного курсу і спроможностей держави з реалізації державної політики національної безпеки, зокрема й захисту критичної інфраструктури.

Окремо зазначимо і спеціально підкреслимо певну особливість: у Концепції прямо вказано на таку мету реформування СБУ, як *трансформація на спеціальну службу*. Як наукова, так і практична дискусія щодо належності СБУ чи то до спецслужб, чи то до органів державної влади виходить за межі нашої статті. Водночас вирішення цього питання є суттєвим для формування системи захисту критичної інфраструктури.

Наступним документом для аналізу в хронологічному порядку є рішення РНБОУ від 29 грудня 2016 р. “Про удосконалення заходів забезпечення захисту об’єктів критичної інфраструктури”, які СБУ має вжити у тримісячний строк щодо удосконалення контррозвідувального забезпечення та *захисту критичної інфраструктури*<sup>27</sup>.

З огляду на зміст затвердженої Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури, *державна система захисту критичної інфраструктури* – це комплекс організаційних, нормативно-правових, інженерно-технічних, наукових та інших заходів, спрямованих на забезпечення безпеки та стійкості сукупності об’єктів, які є стратегічно важливими для економіки і безпеки держави, суспільства, населення та порушення функціонування яких може завдати шкоди життєво важливим національним інтересам України.

Таким чином, із застосуванням логіко-семантичного та догматико-юридичного аналізу отримуємо такі результати:

1. Оскільки діяльність цієї системи спрямована на забезпечення безпеки держави, суспільства і населення – це означає, що вона спрямована на забезпечення національної безпеки, а отже, *захист критичної інфраструктури* – *пріоритетний напрям державної політики у сферу національної безпеки*.

2. Створення державної системи ЗКІ – пріоритетний напрям реформування сектору безпеки й оборони, а це означає, що створення цієї системи – пріоритетний напрям державної політики *національної безпеки*.

3. Відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про національну безпеку України” *національна безпека* визначається як захищеність: 1) державного суверенітету; 2) територіальної цілісності; 3) демократичного конституційного ладу; 4) інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз, а згідно зі ст. 19 вказаного Закону СБУ як дер-

<sup>27</sup> Про удосконалення заходів забезпечення захисту об’єктів критичної інфраструктури: рішення Ради Національної Безпеки і Оборони України від 29 грудня 2016, уведено в дію Указом Президента України від 16 січня 2017 р. № 8/2017. *Офіційний вісник Президента України*. 2017. № 2. Ст. 32.

жавний орган спеціального призначення з правоохоронними функціями забезпечує державну безпеку, здійснюючи з неухильним дотриманням прав і свобод людини та громадянина протидію розвідувально-підіривній діяльності проти України; боротьбу з тероризмом; контррозвідувальний захист державного суверенітету, конституційного ладу й територіальної цілісності, оборонного і науково-технічного потенціалу, кібербезпеки, економічної та інформаційної безпеки держави, об'єктів критичної інфраструктури.

4. Відповідно до ст. 2 Закону України “Про Службу безпеки України” до основних завдань СБУ належать: 1) захист державного суверенітету; 2) територіальної цілісності; 3) конституційного ладу, а також захист законних інтересів держави і прав людини.

Таким чином, доходимо важливого висновку про те, що фактично на законодавчому і нормативно-правовому рівні адміністративно-правовий статус СБУ в повному обсязі охоплює увесь спектр завдань щодо реалізації державної політики захисту критичної інфраструктури.

Цікавим є також і те, що в цьому рішенні порушується важливе питання щодо необхідності формування *‘системи державного управління безпекою системи захисту критичної інфраструктури’*<sup>28</sup>. Тому, переконаний, це має стати окремими об'єктом наукових досліджень, які є потрібними в контексті реалізації державної безпекової політики як на рівні національної безпеки і стосовно життєво важливих національних інтересів, так і стосовно сфери інфраструктури, яка, зі свого боку, також складається з п'яти основних рівнів і відповідних їм підсистем захисту: державного, регіонального, галузевого, місцевого та об'єктового<sup>29</sup>.

Зазначимо про певну неузгодженість, яка існує у межах саме нормативно-правового регулювання цієї сфери. Зокрема, йдеться про “Положення про конкурсну комісію з відбору проектів створення робочих місць для відтворення та розвитку інфраструктури Донецької області”<sup>30</sup>, в якому визначається порядок роботи конкурсної комісії з відбору проектів створення робочих місць для відтворення та розвитку інфраструктури Донецької області, які реалізовуватимуться за кошти державного бюджету.

Зважаючи на зміст поданого вище поняття “*державна система захисту критичної інфраструктури*”, а також аргументацію щодо провідної та визначальної ролі СБУ у цій системі, процеси “*відтворення та*

<sup>28</sup> Про удосконалення заходів забезпечення захисту об'єктів критичної інфраструктури (н 27).

<sup>29</sup> Про схвалення Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури (н 7).

<sup>30</sup> Про затвердження Положення про конкурсну комісію з відбору проектів створення робочих місць для відтворення та розвитку інфраструктури Донецької області та критеріїв їх оцінювання: наказ Міністерства соціальної політики України 18 липня 2018 р. № 1028. *Офіційний вісник України*. 2018. № 57. Ст. 1999.

Сергій Теленик

*розвитку інфраструктури*” повністю охоплюють зміст організованої СБУ діяльності у сфері інфраструктури, який полягає у вжитті комплексу організаційних, нормативно-правових, інженерно-технічних, наукових та інших заходів, спрямованих на забезпечення безпеки та стійкості сукупності об’єктів, які є стратегічно важливими для економіки і безпеки держави, суспільства, населення та порушення функціонування яких може завдати шкоди життєво важливим національним інтересам України.

Таким чином, СБУ може виступати одним із суб’єктів управління щодо *відтворення та розвитку інфраструктури Донецької області* через організацію і контроль за розробленням порядку роботи конкурсної комісії з відбору проектів створення робочих місць.

Також варто вказати на рішення РНБОУ від 16 лютого 2017 р., в якому на СБУ покладено такі завдання:

– невідкладно подати Кабінету Міністрів України уточнені пропозиції щодо переміщення товарів до району або з району проведення антитерористичної операції в Донецькій і Луганській областях;

– разом із Кабінетом Міністрів України активізувати роботу щодо виконання рішення РНБОУ від 29 грудня 2016 р. “Про удосконалення заходів забезпечення захисту об’єктів критичної інфраструктури”, введеного в дію Указом Президента України від 16 січня 2017 р. № 8;

– разом із Міністерством внутрішніх справ України (далі – МВС України) невідкладно вжити вичерпних заходів щодо забезпечення громадського порядку в районі проведення антитерористичної операції в Донецькій і Луганській областях;

– разом із МВС України невідкладно забезпечити належну охорону об’єктів газо- та електропостачання, транспортної інфраструктури в районі проведення антитерористичної операції в Донецькій і Луганській областях та створення належних безпекових умов для їх безперервного функціонування<sup>31</sup>.

Таким чином, сьогодні в державі наявні всі передумови для перегляду ролі СБУ і формування її повноважень з огляду на те, що *СБУ виступає одним із основних суб’єктів державної системи захисту критичної інфраструктури*.

Висновки. З огляду на викладене постає важливе методологічне завдання.

СБУ має чітко визначені Законом України “Про Службу безпеки України” повноваження, які, власне, і визначають зміст її діяльності, зокрема й адміністративно-правовий статус. Однак вони мають бути удо-

<sup>31</sup> Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 16 лютого 2017 р. (н 14).

сконалені на виконання Прикінцевих положень Закону України “Про національну безпеку України”, згідно з п. 6. яких СБУ необхідно розробити законопроект про внесення змін до Закону України “Про Службу безпеки України” та подати його Президентові України для внесення в установленому порядку на розгляд Верховної Ради України.

Саме ці, вказані у цьому законі, повноваження й описують зміст поняття “державний орган спеціального призначення”. У зв’язку з цим СБУ як державний орган спеціального призначення із правоохоронними функціями, який забезпечує державну безпеку, діє з метою захисту національних інтересів у сфері інфраструктури, причому як усередині країни, так і за її межами.

Крім того, СБУ у межах свого адміністративно-правового статусу має здійснювати системну діяльність щодо: 1) унеможливлення реалізації явищ, тенденцій та чинників, які ускладнюють сталий та прогресивний розвиток інфраструктури, системи державного управління нею; 2) захистності національних цінностей, які забезпечують існування суверенної Української держави та інфраструктурну спроможність виконання нею своїх функцій. У межах реалізації цих завдань на СБУ доцільно покласти реалізацію таких функцій:

- здійснення заходів із негласної перевірки готовності об’єктів критичної інфраструктури до можливих кібератак та кіберінцидентів;
- розслідування кіберінцидентів та кібератак щодо об’єктів критичної інфраструктури, зокрема й інформаційної;
- створення та координація загальнодержавної системи виявлення та попередження кібератак, протидія акціям кібертероризму і кібершпигунства щодо об’єктів критичної інфраструктури;
- попередження та протидія актам несанкціонованого втручання в діяльність об’єктів критичної інфраструктури;
- здійснення контррозвідального забезпечення процесу укладання і реалізації операторами (власниками) об’єктів критичної інфраструктури угод, спрямованих на підвищення рівня надійності, стійкості та безпечного функціонування об’єктів критичної інфраструктури;
- проводити перевірку громадян у зв’язку з їх допуском на об’єкти критичної інфраструктури.

Звичайно, визначення повного переліку функцій СБУ є окремим науковим завданням, однак слід чітко розуміти, що формування саме вичерпного переліку таких функцій є недоцільним, адже в Законі України “Про Службу безпеки України” потрібно зазначити, що “СБУ виконує за дорученням Президента України інші обов’язки, безпосередньо спрямо-

вані на забезпечення державної безпеки”, зокрема і на захист критичної інфраструктури.

СБУ, здійснюючи контррозвідальну та оперативно-розшукову діяльність, є найбільш чутливим та ефективним інструментом добування, аналітичної обробки та постачання відповідної інформації політичному керівництву держави, а також зацікавленим органам держави з метою реалізації державної політики у сфері захисту критичної інфраструктури. Структура СБУ визначається специфікою наперед визначених і сформульованих у профільному НПА – Законі України “Про Службу безпеки України”. Тож постійне розширення завдань та повноважень СБУ у межах чи то рішень РНБОУ, чи то відомчих НПА Кабінету Міністрів України, навіть рамкових законів, розвиває адміністративно-правовий статус спецслужби, применшуючи визначальний зміст її діяльності як державного органа “спеціального” призначення. Аналіз рішень РНБОУ свідчить про суттєве розширення повноважень СБУ щодо захисту критичної інфраструктури, які потребують зміни адміністративно-правового статусу СБУ з відповідним відображенням цього в Законі України “Про Службу безпеки України” та розробленому законопроекті про внесення змін до нього.

Вирішення цього завдання можна поділити на два основні підходи:

1. *Збереження статусу спеціальної служби*, тобто державного органу спеціального призначення, у межах якого будь-які завдання як у сфері захисту критичної інфраструктури, так і у вирішенні інших завдань у сфері державної безпеки, відбувається винятково в рамках вже визначеної Законом України “Про Службу безпеки України” компетенції. За таких умов діяльність СБУ зберігатиме свій формат у межах визначених у ст. 24 Закону України “Про Службу безпеки України” (станом на листопад 2018 р. – 18 основних завдань). У такому разі чіткість визначення завдань, кола суспільних відносин, предметної компетенції, форм та методів, засобів і ресурсів, спеціальна підготовка кадрів СБУ тощо – виступають визначальними системоутворюючими елементами правового статусу саме як державного органа *спеціального призначення*. За цієї моделі СБУ не входить до системи органів державного управління, *зберігаючи свій статус спецслужби* – “державного органу спеціального призначення”.

2. СБУ трансформується на симбіоз спецслужби з органом державного управління. У цьому разі відмінною рисою побудови структури СБУ та взагалі її діяльності є не лише включення її в систему органів держав-



ного управління<sup>32</sup>, а й визнання головним органом у забезпеченні безпеки. Наочний приклад: Закон України “Про боротьбу з тероризмом”, де в ч. 4 ст. 4 чітко вказано, що СБУ є головним органом у загальнодержавній системі боротьби з терористичною діяльністю; а в ст. 5 цього ж закону одним із повноважень СБУ є забезпечення організації і проведення антитерористичних заходів, координації діяльності суб'єктів боротьби з тероризмом відповідно до визначеної законодавством України компетенції<sup>33</sup>. Тобто фактично в межах державної антитерористичної системи СБУ вже презентована саме як орган управління. Так само у Воєнній доктрині України в абзаці 2 п. 50 чітко вказано, що головна роль у забезпеченні воєнної безпеки України належить Збройним Силам України<sup>34</sup>. Тобто маємо конкретні приклади вирішення побудови макросистем державного управління із чітким визначенням головних органів у них.

Водночас визначення СБУ одним із основних суб'єктів державної системи ЗКІ надає можливості передусім наділити СБУ додатковими функціями, а також правом здійснювати моніторинг і контроль за певними видами відомчої діяльності у визначеній сфері. Певним чином це стосується й окремих питань кадрової політики, організації координації і взаємодії, міжнародного співробітництва, державно-приватного партнерства, а також застосування заходів адміністративного примусу, проведення оперативно-розшукових та контррозвідувальних заходів, зокрема здійснення контррозвідувального забезпечення об'єктів критичної інфраструктури, а також науково-технічного потенціалу України.

В Україні склався другий вид моделі побудови СБУ, що природно й зумовило виділення функціоналу СБУ у сфері інфраструктури та логічного формування цього державного органу як одного з основних суб'єктів державної системи захисту критичної інфраструктури.

Викладене зумовлює необхідність синхронного розроблення Закону України “Про захист критичної інфраструктури” із суттєвим переробленням й ухваленням нової редакції Закону України “Про Службу безпеки України”, в якому, зокрема, потрібно чітко визначити й адміністративно-правовий статус СБУ як суб'єкта державної системи захисту критичної інфраструктури.

Не претендуючи на вирішення усього комплексу питань адміністративно-правового статусу СБУ як суб'єкта державної системи захисту критичної інфраструктури, у межах визначених у статті мети і завдань висуваю такі пропозиції практичного змісту:

<sup>32</sup> В Сіренко та В Цветков та Є Кубко, *Апарат державного управління: інтереси і діяльність* (Наукова думка 1993) 204.

<sup>33</sup> Про боротьбу з тероризмом: Закон України від 20 березня 2003 р. № 638-IV. *Відомості Верховної Ради України*, 2003. № 25. Ст. 180.

<sup>34</sup> Про Рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 р. (н 14).

1. У межах реалізації завдання щодо удосконалення правової основи захисту критичної інфраструктури доцільно внести зміни та доповнення у Закон України “Про Службу безпеки України”, а саме:

а) частину 1 ст. 2 після слів “оборонного потенціалу України” доповнити словами “критичної інфраструктури”;

б) частину 1 ст. 10 і ч. 1 ст. 15 після слів “захисту національної державності,” доповнити словами “контррозвідального захисту критичної інфраструктури”;

в) частину 1 ст. 24 доповнити п. 6<sup>1</sup> такого змісту: “6<sup>1</sup>) здійснювати контррозвідальний захист критичної інфраструктури”;

2. Абзац 4 ч. 1 ст. 5 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” після слів “захисту національної державності,” доповнити словами “контррозвідального захисту інтересів держави у сфері інформаційної безпеки, контррозвідального захисту критичної інфраструктури,”.

3. Пункт 2 ч. 1 ст. 6 Закону України “Про контррозвідальну діяльність” доповнити новим абзацом 4, виклавши його в такій редакції: “контррозвідального захисту критичної інфраструктури;”. У зв’язку з цим абзаци 4–7 вважати абзацами 5–8 відповідно.

4. У визначений термін забезпечити виконання Прикінцевих положень Закону України “Про національну безпеку України”, згідно з п. 6. яких СБУ необхідно розробити законопроект “Про внесення змін до закону України ‘Про Службу безпеки України’” та подати його Президенті України для внесення в установленому порядку на розгляд Верховної Ради України.

5. Врахувати при розробленні законопроектів “Про захист критичної інфраструктури” та “Про внесення змін до Закону України ‘Про Службу безпеки України’” положення рішення РНБОУ “Про удосконалення заходів забезпечення захисту об’єктів критичної інфраструктури” щодо необхідності визначення та запровадження критеріїв та методології не лише категоризації, а й *паспортизації* об’єктів критичної інфраструктури, чого не було зроблено в Концепції.

6. Привести нормативно-правову базу центральних органів виконавчої влади у відповідність до єдиного розуміння і трактування державної політики у сфері захисту критичної інфраструктури, зміст заходів, якими охоплюється поняття “захист критичної інфраструктури”, а також щодо тлумачення поняття “державна система захисту критичної інфраструктури”. Зокрема, внести зміни та доповнення щодо компетенції СБУ як суб’єкта управління у сфері захисту критичної інфраструктури до наказу Міністерства соціальної політики України від 18 липня 2018 р. № 1028 “Про затвердження Положення про конкурсну комісію з відбору

проектів створення робочих місць для відтворення та розвитку інфраструктури Донецької області та критеріїв їх оцінювання”, доповнивши положення цього наказу положеннями стосовно того, що СБУ, виступаючи одним з основних суб'єктів державної системи захисту критичної інфраструктури, здійснює організацію державної політики у сфері захисту інфраструктури, здійснюючи свою діяльність щодо *відтворення та розвитку інфраструктури Донецької області* через організацію і контроль за розробленням порядку роботи конкурсної комісії з відбору проектів створення робочих місць.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Belyaev A, Korotkov E, *Sistemologiya [Systemology]* (INFRA 2000) (in Russian).
2. Bertalanfi L, *Obshchaya teoriya sistem [General System Theory]* (izdanie 2-e, Mir 1960) (in Russian).
3. Dugin AI, *Konspirologiya (nauka o zagovorah, tajnyh obshchestvah i okkul'tnoj vojne) [Conspiracy (Conspiracy, Secret Societies, and the Occult War)]* (Arktogeya 1992) (in Russian).
4. Klado N, *Ehtyudy po strategii [Strategy Studies]* (Klub Realisty 1997) (in Russian).
5. Kopejchikov V, *Mekhanizm sovetskogo gosudarstva [The Mechanism of the Soviet State]* (Yurid lit 1968) (in Russian).
6. Korotkov E, *Issledovanie sistem upravleniya [Management Systems Research]* (DeKA 2000) (in Russian).
7. Liddel Gart B, *Strategiya nepryamykh dejstvij [Indirect Action Strategy]* (Izdatel'stvo inostrannoj literatury 1957) (in Russian).
8. Mal'kov V, *Manhehtenskij proekt [Manhattan Project]* (Razvedka i diplomatiya) (Nauka 1995) (in Russian).
9. Mogilevskij V, *Metodologiya sistem: verbal'nyj podhod [System Methodology: a Verbal Approach]* (Ehkonomika 1999) (in Russian).
10. Nyzhnyk N, Mashkov O, *Systemnyi pidkhid v orhanizatsii derzhavnoho upravlinnia [System Approach in the Organization of Public Administration]* (UADU 1998) (in Ukrainian).
11. Satton E, *Kak Orden organizuet vojny i revolyucii [How the Order Organizes Wars and Revolutions]* (1995) (in Russian).
12. Sirenko V ta Tsvetkov V ta Kubko Ye, *Aparat derzhavnoho upravlinnia: interesy i diialnist [The Apparatus of State Administration: Interests and Activities]* (Naukova dumka 1993) (in Ukrainian).
13. Svechin A, *Strategiya [Strategy]* (Voennyj vestnik 1927) (in Russian).
14. Vorob'ev J, *Kakie vojny grozyat nam v budushchem veke? [What Wars Threaten us in the Next Century?], t 2* (Voennaya mysl 1996) (in Russian).
15. Voťe, *Voennaya doktrina generala Dueh [Military doctrine of General Douai]* (Voenizdat 1937) (in Russian).

*Edited books*

16. Caporaso J, 'International Relations Theory and Multilateralism: The Search for Foundations' in Ruggie (ed), *Multilateralism Matters: The Theory and Praxis of an Institutional Form* (1993) (in English).
17. Joseph S Nye Jr and John D Donahue (eds), *Governance in a Globalizing World* (Brookings Institution Press 2000) (in English).
18. Bielov O ta inshi, *Bila knyha 2008 [White Book 2008]* (Sluzhba bezpeky Ukrainy, Instytut operatyvnoi diialnosti ta derzhavnoi bezpeky 2009) (in Ukrainian).
19. Dubov D (red), "Aktivni zakhody" SRSR proty SShA: proloh do hibrydnoi viiny ["Active steps" of the USSR vs. the USA: the P to the Hybrid War] (NISD 2017) (in Ukrainian).
20. Horbulin V (zah red), *Svitova hibrydna viina: ukrainskyi front: monohrafiia [World Hybrid War: Ukrainian front: Monograph]* (NISD 2017) (in Ukrainian).
21. Lipkan V (red), *Natsionalna bezpeka Ukrainy: normatyvno-pravovi aspekty zabezpechennia [National Security of Ukraine: Regulatory and Legal Aspects of Provision]* (Tekst 2003) (in Ukrainian).
22. Podberezkin A (red), *Strategicheskoe prognozirovanie i planirovanie vneshnej i oboronnoy politiki: monografiya [Strategic Forecasting and Planning of Foreign and Defense Policy: Monograph]*, t 1: *Teoreticheskie osnovy sistemy analiza, prognoza i planirovaniya vneshnej i oboronnoy politiki* (MGIMOU-Universitet 2015) (in Russian).
23. Skaletskoho Yu (zah red), *Kontseptsiiia zakhystu krytychnoi infrastruktury: stan, problemy ta perspektyvy yii vprovadzhennia v Ukraini: zbirnyk materialiv mizhnarodno naukovopraktychnoi konferentsii [The Concept of Critical Infrastructure Protection: the State, Problems and Prospects of its Implementation in Ukraine Proceedings of International Scientific and Practical Conference]* (NISD 2014) (in Ukrainian).
24. Sukhodolia O (zah red), *Zelena knyha z pytan zakhystu krytychnoi infrastruktury v Ukraini: zbirnyk materialiv mizhnarodnykh ekspertnykh narad [Green Paper on Critical Infrastructure Protection in Ukraine: Proceedings of International Expert Meetings]* (NISS 2015) (in Ukrainian).

*Encyclopedias*

25. Lipkana V (zah red), *Stratetichni komunikatsii: slovnyk [Strategic Communications: Dictionary]* (FOP O S Lipkan 2016) (in Ukrainian).

*Journal articles*

26. Leo C and Enns J, 'Multi-level governance and ideological rigidity: the failure of deep federalism' (2009) 42 *Canadian Journal of Political Science* (in English).
27. Biriukov D, 'Zakhyst krytychnoi infrastruktury v Ukraini: vid naukovoho omyslennia do formuvannia zasad polityky' ['Protecting Critical Infrastructure in Ukraine: From Scientific Thinking to Policy Formation'] [2015] 3-4(7-8) *Naukovo-informatsiyni visnyk Akademii natsionalnoi bezpeky* (in Ukrainian).
28. Gusev V, 'Otkuda est' poshla holodnaya vojna' ['Where is the Cold War Going?'] [1998] 29(198) *Zerkalo nedeli* (in Russian).
29. Korchmit-Matyushov V, 'Bezopasnost' kak upravlyaemost' ['Safety as Controllability'] (2003) 3-4 *Natsional'naya bezopasnost' i geopolitika Rossii* (in Russian).
30. Lipkan V, 'Systemnyi pidkhid do pobudovy etalonnnoi modeli systemy zabezpechennia natsionalnoi bezpeky' ['System Approach to Constructing a Reference Model of the System for Ensuring National Security'] (2002) 2 *Naukovyi visnyk Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav Ukrainy* (in Ukrainian).
31. – – 'Natsionalna bezpeka Ukrainy u svitli teorii samoorhanizatsii' ['National Security of Ukraine in the Light of the Theory of Self-organization'] (2002) 16 *Derzhava i pravo* (in Ukrainian).

32. – – ‘Zastosuvannia polozhen tektolohii pry pobudovi systemy natsionalnoi bezpeky’ [‘Application of the Provisions of Tectology in the Construction of the National Security System’] (2002) 4 Visnyk Odeskoho instytutu vnutrishnikh sprav Ukrainy (in Ukrainian).
33. Loboda A, ‘Shchodo vyznachennia poniattia “pravova bezpeka”’ [‘Concerning the Definition of “Legal Security”’] (2010) 2 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo (in Ukrainian).
34. Sukhodolia O, ‘Zakhyst krytychnoi infrastruktury v umovakh hibrydnoi viiny: problemy ta priorityet derzhavnoi polityky Ukrainy’ [‘Protecting Critical Infrastructure in a Hybrid War: Problems and Priorities of Ukraine’s State Policy’] [2016] 3(40) Stratehichni priorityety (in Ukrainian).

*Thesis*

35. Husariev S, ‘Yurydychna diialnist: metodolohichni ta teoretychni aspekty’ [‘Legal Activity: Methodological and Theoretical Aspects’] (avtoref dys kand yuryd nauk, Instytut derzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy 2007) (in Ukrainian).
36. Pendiura M, ‘Natsionalna bezpeka Ukrainy v konteksti suchasnykh yevropeiskykh heopolitychnykh transformatsii’ [‘National Security of Ukraine in the Context of Modern European Geopolitical Transformations’] (avtoref kand yuryd nauk Kyivskiy natsionalnii universytet vnutrishnikh sprav 2006) (in Ukrainian).
37. Ukrainchuk O, ‘Zabezpechennia natsionalnoi bezpeky v umovakh formuvannia v Ukraini hromadianskoho suspilstva ta demokratychnoi, pravovoi, sotsialnoi derzhavy’ [‘Ensuring National Security in the Conditions of Forming a Civil Society in Ukraine and a Democratic, Legal, Social State’] (avtoref dys kand yuryd nauk, Universytet vnutrishnikh sprav Kharkiv 1994) (in Ukrainian).

Serhii Telenyk

THE SECURITY SERVICE OF UKRAINE AS AN ENTITY  
OF THE STATE SYSTEM OF CRITICAL INFRASTRUCTURE  
PROTECTION

ABSTRACT. Protection of critical infrastructure is a crucial element of the State national security policy. In the vast majority of scientific publications, experts classify this branch of activity as a line of the security policy. The Security Service of Ukraine (the SBU), acting as an entity ensuring national security, is also one of major entities in the system of state bodies implementing the State policy of critical infrastructure protection. However, a range of theoretical and practical issues still do not come into the focus of scholars’ attention, in particular: the administrative and legal status of the SBU as an entity in the State system of critical infrastructure protection.

The purpose of the article is to provide a scientific basis for the administrative and legal status of the SBU as an entity in the State system of critical infrastructure protection, and also to formulate conceptual blocks in respect of determining the place and role in the establishment and efficient management of the critical infrastructure protection system in a dynamically changing environment and given that new social relations are being established in the infrastructure domain.

The author makes a dogmatic legal, formal legal and logical semantic analysis of current laws regulating social relations in the field of critical infrastructure protection with involvement of the SBU.

Сергій Теленик

The author has identified the specific features of the organizational model which the critical infrastructure protection system rests upon, and these features are determined by the nature, diversity and complexity of the management processes occurring from within the system, and also by the extent of specialization and regulatory consolidation which the administrative and legal competence of entities of the critical infrastructure protection system have in the system of statutory instruments, as well as by the scope and nature of activity aimed at critical infrastructure protection, its specifics, establishment of efficient mechanisms of coordination and interaction, public-private partnership and international cooperation according to legislation. The author substantiates the legal status of the SBU as an entity of critical infrastructure protection by determining its place and role in this system.

The author comes to the conclusion that the State policy of critical infrastructure protection may be considered as the State's national security policy. Proposals are developed on the improvement of current legislation with regard to implementation by the SBU of its powers of critical infrastructure protection.

KEYWORDS: infrastructure; infrastructure policy; critical infrastructure; critical infrastructure protection; the State system of critical infrastructure protection; infrastructure-related legal relations; security policy; an entity of the State system of critical infrastructure protection; administrative and legal status of the Security Service of Ukraine; the Security Service of Ukraine as an entity of the State system of critical infrastructure protection.

---

Джунь В. В. Соціологія конституційного права : моногр. / В. В. Джунь. – К. : Вид. дім “Ін Юре”, 2018. – Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму. – 608 с.



Україна протягом століть перебуває під безпосереднім впливом європейської політичної та правової думки. На сучасному етапі розвитку Український народ намагається опанувати культурні досягнення Європи і реалізувати їх у власному державотворчому процесі. У книзі простежено становлення політичної культури державного владарювання в європейському цивілізаційному просторі та розкрито фундаментальні основи європейського конституціоналізму.

Монографію можна придбати на сайті видавництва “Право”:

<http://pravo-izdat.com.ua>,

а також у ТОВ “Видавничий Дім ‘Ін Юре’”.

---

**ПРАВО**

**УКРАЇНИ**

## ДИСКУСІЇ ТА ОБГОВОРЕННЯ

DOI: 10.33498/opus-2019-03-287



### Микола Тітов

кандидат юридичних наук, доцент,  
заслужений юрист України, перший віце-президент –  
виконавчий директор Асоціації органів  
місцевого самоврядування Харківської області,  
депутат Харківської обласної ради  
(м. Харків, Україна)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1440-0035>

Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/B-6314-2019>

MITitov01@gmail.com

УДК 342.5

### ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВИХ ДЕФІНІЦІЙ ЯК КЛЮЧ ДО УСПІШНОГО ПРОДОВЖЕННЯ РЕФОРМИ З ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

АНОТАЦІЯ. Формування нової моделі адміністративно-територіального устрою України на засадах, що усувають наявні диспропорції, перерозподіл повноважень між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування, зміцнення спроможності місцевого самоврядування – основні напрями структурних реформ із децентралізації влади, що нині тривають в Україні.

За останні чотири роки Верховною Радою України за ініціативи Президента України та Кабінету Міністрів України прийнято низку законів, спрямованих на реалізацію Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади. На цей час комплексна реформа, в основу якої покладено, перш за все, передачу повноважень державою за принципом субсидіарності органам місцевого самоврядування, стала, за оцінкою експертів та практиків, найуспішнішою в нашій країні. Так, зокрема, на значній території держави утворено досить потужні самодостатні об'єднані територіальні громади, які отримали додаткові повноваження та фінансові ресурси для активного соціально-економічного розвитку своїх територій. Однак рівень законодавчого забезпечення децентралізаційних процесів ще не достатній, як за кількістю таких законопроектів, так і за їх якістю. Звідси – необхідність його вдосконалення шляхом підготовки таких змін і доповнень, які не суперечили б Основному Закону України, зокрема й щодо застосування правових термінів та гарантували незворотність позитивних результатів.

Метою статті є аналіз особливостей децентралізації влади у Україні, стан її законодавчого забезпечення. Автор ставить завдання визначити перспективи децентралізації влади, а також з'ясувати й оцінити можливі ризики, наприклад, у разі застосування у децентралізаційних законопроектах правових термінів, сутність яких не співвідноситься ані з об'єктом, який визначається, ані з його ознаками, або взагалі суперечить Конституції України.

© Микола Тітов, 2019

Микола Тітов

Проаналізовано хід впровадження Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади, законопроекти щодо адміністративно-територіального устрою держави, окреслено новації юридичних термінів у межах реалізації реформи. Викладено обґрунтування необхідності внесення змін до Конституції України щодо місцевого самоврядування, територіальної організації влади та адміністративно-територіального устрою. Розроблено пропозиції щодо запровадження дефініцій, спрямованих на підвищення ефективності правового регулювання процесу реформ.

Ключові слова: децентралізація; органи місцевого самоврядування; адміністративно-територіальна одиниця; регіон; громада; муніципалітет.

Формування нової моделі адміністративно-територіального устрою України на засадах, що усувають наявні диспропорції, перерозподіл повноважень між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування, зміцнення спроможності місцевого самоврядування – основні напрями структурних реформ із децентралізації влади, що нині тривають в Україні.

За останні чотири роки Верховною Радою України за ініціативи Президента України та Кабінету Міністрів України прийнято низку законів, спрямованих на реалізацію Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади (далі – Концепція)<sup>1</sup>. На цей час комплексна реформа, в основу якої покладено, перш за все, передачу повноважень державою за принципом субсидіарності органам місцевого самоврядування, стала, за оцінкою експертів та практиків, найуспішнішою в нашій країні. Так, зокрема, на значній території держави утворено досить потужні самодостатні об'єднані територіальні громади, які отримали додаткові повноваження та фінансові ресурси для активного соціально-економічного розвитку своїх територій. Однак рівень законодавчого забезпечення децентралізаційних процесів ще не достатній, як за кількістю таких законопроектів, так і за їх якістю. Звідси – необхідність його вдосконалення шляхом підготовки таких змін і доповнень, які не суперечили б Основному Закону України, зокрема й щодо застосування правових термінів, та гарантували незворотність позитивних результатів.

Метою дослідження є аналіз особливостей децентралізації влади у Україні, стан її законодавчого забезпечення. Автор ставить завдання визначити перспективи децентралізації влади, а також з'ясувати й оцінити можливі ризики, наприклад, у разі застосування у децентралізаційних законопроектах правових термінів, сутність яких не співвідноситься

www.pravoua.com.ua

<sup>1</sup> Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. *Урядовий кур'єр*. 2014. № 67.



ані з визначуваним об'єктом, ані з його ознаками, або суперечить Конституції України.

Встановлено, що проблемами децентралізації державної влади, реалізації своїх повноважень органами місцевого самоврядування в Україні займалися відомі вчені, такі як: Л. Белей, В. Ковальова, К. Линьов, С. Серьогіна, А. Ткачук, С. Чернов та ін. Проте ці питання ще потребують додаткового вивчення та наукового обґрунтування.

Для успішного продовження реформи з децентралізації влади у державі необхідно, перш за все, прискорити прийняття пакету законопроектів, спрямованих на реалізацію реформи місцевого самоврядування, адміністративно-територіального устрою на новій територіальній основі тощо, що натеper перебувають у Верховній Раді України та прийняття яких не потребує внесення змін до Конституції України, зокрема: “Про засади адміністративно-територіального устрою” (реєстраційний № 8051; далі – Законопроект № 8051), “Про порядок утворення, ліквідації районів, встановлення і зміни їх меж” (реєстраційний № 6636), “Про утворення, реорганізацію і ліквідацію, найменування і перейменування місцевих державних адміністрацій” (реєстраційний № 6641), “Про місцеве самоврядування в Україні” (у новій редакції), “Про службу в органах місцевого самоврядування” (реєстраційний № 8369), “Про передачу земельних ділянок сільськогосподарського призначення державної власності у комунальну власність об'єднаних територіальних громад” (реєстраційний № 7363, 7363-1, 7363-2 з урахуванням положень розпорядження Кабінету Міністрів України від 31 січня 2018 р. № 60-р), “Про внесення змін до Закону України ‘Про регулювання містобудівної діяльності’” (реєстраційний № 6403), “Про внесення змін до Закону України ‘Про добровільне об'єднання територіальних громад (щодо перспективних планів формування територій громад Автономної Республіки Крим, областей)’” (реєстраційний № 9441)<sup>2</sup> тощо.

Водночас прийняття, наприклад, одного з найважливіших законопроектів може, на нашу думку, стати неможливим (відтак і продовження реформ), оскільки його розробники пропонують використати у тексті дефініції, які не тільки не відповідають найістотнішим ознакам визначуваного поняття, а й суперечать Конституції України.

Так, Законопроект № 8051 хоча й передбачає абсолютно логічно та обґрунтовано трирівневу систему адміністративно-територіального устрою держави, яка складається з адміністративно-територіальних одиниць *регіонального, субрегіонального, базового та допоміжного рівнів*,

<sup>2</sup> ‘Офіційний веб-портал Верховної Ради України’ <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2>> (дата звернення: 04.02.2019).

але для визначення назв регіональної та базової адміністративно-територіальних одиниць автори законопроекту застосували, на наше переконання, безпідставно, терміни “регіон” та “грумада”.

Такі терміни для назви адміністративно-територіальних одиниць не можуть бути застосовані у Законі проєкту № 8051, оскільки їхнє застосування прямо суперечить нормам Конституції України<sup>3</sup>. Так, ст. 133 визначає, що систему адміністративно-територіального устрою України складають: *Автономна Республіка Крим, області, райони, міста, райони в містах, селища і села*. Таким чином, без внесення відповідних змін до Основного Закону України за Законі проєкту № 8051 не може бути проголошено, а у разі його прийняття – він буде оскаржений до Конституційного Суду України.

Із зазначених вище підстав передчасним, на нашу думку, було застосування терміна “грумада” (у значенні назви адміністративно-територіальної одиниці) і у тексті Концепції.

Крім того, застосування у Законі проєкту № 8051 терміна “регіон” для назви адміністративно-територіальної одиниці у словосполученні ‘*регіон – це адміністративно-територіальна одиниця регіонального рівня <...>*’ (ст. 10), є, на наше переконання, також не досить вдале й тавтологічне, а тому доцільно зберегти у документі визначення про те, що ‘*адміністративно-територіальними одиницями регіонального рівня є Автономна Республіка Крим, області*’.

Повертаючись до аналізу терміна “грумада”, слід підкреслити, що він не може бути застосований для назви адміністративно-територіальної одиниці базового рівня не тільки у тексті Законі проєкту № 8051 (оскільки суперечить Конституції України), а й у тексті майбутнього законі проєкту про внесення змін до Конституції України з огляду на таке.

Вивчаючи терміни, які розробники застосували у тексті Законі проєкту № 8051, слід об’єктивно зазначити, що відомий юридичний термін “адміністративно-територіальна одиниця” у цьому законі проєкту (ст. 5) логічно та обґрунтовано визначено як ‘*частину території України в установлених відповідно до закону межах, що є територіальною основою для організації та діяльності державних органів та/або органів місцевого самоврядування*’. Наголошуємо, Законі проєкту № 8051 визначає її як “частину території”, тобто з включенням будівель, водних об’єктів, лісових насаджень, інфраструктури тощо, але називає її “грумадою”, що, на нашу думку, з юридичного погляду не є коректним.

<sup>3</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

Так, якщо звернутися по допомогу до довідкових джерел, то в них юридичні терміни “*громада*” та “*територіальна громада*” визначаються як: ‘група людей, об’єднаних спільністю становища, інтересів, або спільністю проживання, що ставить перед собою певні спільні завдання’<sup>4</sup>; ‘громада (лат. *politia* політія – община) – форма соціальної (колективної) організації людей, місцева спільнота, місцева організація та частина суспільства; характерна майже для всіх народів’<sup>5</sup>.

Крім того, практика свідчить, що усталені терміни “громада” та “територіальна громада” саме у зазначених вище значеннях вже застосовані у Конституції України (статті 95, 140, 143), законах України “Про добровільне об’єднання територіальних громад”<sup>6</sup>, “Про місцеве самоврядування в Україні”<sup>7</sup> та визначають територіальну громаду як жителів, об’єднаних постійним проживанням в одному чи декількох населених пунктах з правом, зокрема, територіальної громади проводити *громадські слухання* тощо.

Таким чином, аналіз цих положень дає підстави для однозначного висновку про те що громада – це група людей, а не частина території, тому термін “громада” не відповідає найістотнішим ознакам дефініції “адміністративно-територіальна одиниця” та не може бути застосований для назви цієї базової одиниці. Термін “громада” у значенні “адміністративно-територіальна одиниця” явно не співвідноситься ані з визначуваним об’єктом, ані з його ознаками, тому стає символом, який не має семантичного (означального) значення.

На підтвердження слід зазначити, що у повсякденному житті, наприклад, під час зустрічей із жителями населених пунктів, окремих будинків чи вулиць, ми звично звертаємось до людей “шановна громадо!”. А чи можна так звернутися до адміністративно-територіальної одиниці, як це пропонують автори Законопроекту № 8051, підмінюючи поняття і значення терміна?

Терміни “*громада*” і “*територіальна громада*”, на нашу думку, повинні бути збережені у зазначених вище загальновідомих вживаних значеннях, що, безперечно, у подальшому виключить можливість і бажання будь-якого іншого їх тлумачення та застосування.

Успішне продовження реформ у державі, зокрема і з децентралізації влади, на наше переконання, неможливе без внесення змін до Конституції України. При їх підготовці, а саме змін щодо адміністратив-

<sup>4</sup> Ю Шемшученко (гол редкол), *Юридична енциклопедія* (Українська енциклопедія 1998) т 1, 636; т 3, 783; т 6, 41.

<sup>5</sup> В Тихонов (заг ред), *Місьцеве самоврядування: термінологічний словник* (Фактор 2011) 52, 128, 219.

<sup>6</sup> Про добровільне об’єднання територіальних громад: Закон України від 5 лютого 2015 р. № 157-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 13. Ст. 91.

<sup>7</sup> Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170.

но-територіального устрою, пропонуємо застосувати для назви базової адміністративно-територіальної одиниці загальновідомий термін “муніципалітет” (від лат. *municipium* – самоврядна одиниця), який у багатьох країнах використовується для назви найменшої (базової) адміністративно-територіальної одиниці, керованої виборним органом (Франція, Аргентина, Грузія, Данія, Бразилія та інші)<sup>8</sup>.

В Україні науковцям, практикам та всім, хто цікавиться реформами місцевого самоврядування, відомо, що сьогодні всі адміністративні центри нових об'єднаних територіальних громад отримують єдиний статус, а ради громад – однаковий обсяг повноважень (міст обласного значення), зокрема й виходять на прямі міжбюджетні відносини з Державним бюджетом України через Міністерство фінансів України тощо, а тому, на нашу думку, зникають необхідність та підстави у їхній градації на сільські, селищні та міські. Так, наприклад, чи можна за таких умов вважати Оскільську об'єднану територіальну громаду (далі – ОТГ) Ізюмського району суто сільською, а Лозівську міську ОТГ, яка об'єднує понад десять сільських рад та декілька десятків селищ і сіл суто міською? Відповідь очевидна. Статус населених пунктів (село, селище, місто), які є адміністративними центрами ОТГ, не може впливати на статус та повноваження територіальних громад. Все це свідчить про необхідність уніфікації назви ОТГ.

Таким уніфікованим терміном для назви органу місцевого самоврядування базового рівня, у разі конституційного запровадження терміна “муніципалітет” для назви адміністративно-територіальної одиниці базового рівня, може стати об'єднуючий, збалансований, загальновідомий термін “муніципальна рада”.

Наприклад, Оскільська муніципальна рада (нині – сільська), Пісочинська муніципальна рада (нині – селищна), Мереф'янська муніципальна рада (нині – міська). У багатьох країнах Європейського Союзу орган місцевого самоврядування базового рівня має подібну назву (Німеччина, Угорщина, Франція, Литва).

Нині в Україні термін “муніципалітет” є досить широко вживаним у наукових колах, засобах масової інформації та у мережі Інтернет<sup>9</sup>. Крім того, використовуються похідні терміни, такі як міжмуніципальне співробітництво, муніципальна варта тощо, а у науці – муніципальне право як комплексна галузь публічного права та навчальна дисципліна у деяких вищих навчальних закладах<sup>10</sup>. Склалася дивна ситуація, коли

<sup>8</sup> Шемшученко (н 5) т 1, 636; т 3, 783; т 6, 41; Тихонов (н 6) 52, 128, 219.

<sup>9</sup> Вікіпедія – вільна енциклопедія <<https://uk.wikipedia.org/wiki/>> (дата звернення: 04.02.2019).

<sup>10</sup> В Погорілко та О Фрицький (ред), *Муніципальне право України: підручник* (Юрінком Інтер 2001); П Біленчук та В Кравченко та М Підмогильний, *Міське самоврядування в Україні (муніципальне право:*

в Україні муніципальне право є, а муніципалітетів немає! Законодавство явно не встигає за змінами, які відбуваються у суспільстві.

У разі застосування терміна “муніципалітет” для назви базової адміністративно-територіальної одиниці, а отже, й терміна “муніципальна рада” для назви місцевих рад базового рівня, загальноприйнятими стануть також й інші похідні терміни, такі як: “муніципальна власність”, “муніципальна поліція”, “муніципальні дороги”, “муніципальні кладовища”, “землі муніципалітету” тощо.

Проте у разі застосування терміна “грумада” до назви адміністративно-територіальної одиниці базового рівня (як це пропонують автори Законопроекту № 8051), виникає доречне порівняння аналогічних термінів, які будуть визначатись як: “грумадська власність”, “грумадська поліція”, “грумадські дороги”, “грумадські кладовища”, “грумадські землі”. Відповідь при їх порівнянні також очевидна, та не на користь останніх. Такі терміни не відповідають найістотнішим ознакам визначуваного поняття базової адміністративно-територіальної одиниці, а тому стануть нелогічними та неприйнятними.

На завершення ще раз про точність дефініцій. Конституція України (ст. 140), Закон України “Про місцеве самоврядування в Україні” (статті 2, 5) визначають, що сільські, селищні, міські, районні та обласні ради є *органами місцевого самоврядування*. Європейська Хартія місцевого самоврядування<sup>11</sup>, яку України ратифікувала ще у 1997 р. без будь-яких застережень, також визначає (статті 3, 4, 13), що територіальні громади шляхом голосування обирають власні колегіальні органи місцевого самоврядування як місцевого (базового), так і регіонального (субрегіонального) рівнів.

Відомо, що в Україні у процесі напрацювання власного законодавства у сфері місцевого самоврядування законодавець обґрунтовано відмовився від радянської термінології – “ради депутатів трудящих”, але власної назви для органів місцевого самоврядування не застосував, обмежившись лише обтічним, безликим терміном “рада”, який і сьогодні зазначається на офіційних вивісках приміщень, у яких розташовані органи місцевого самоврядування (наприклад, обласна рада, районна рада тощо).

Практика свідчить, що в областях зареєстровано не один десяток обласних та районних рад: ветеранів, інвалідів, захисників природи тощо, але всі вони (на відміну від рад місцевого самоврядування) мають свою повну назву, яка відповідає меті та завданням цих різноманітних рад.

*навчальний посібник* (Атіка 2000); С Чернов та Т Бельська (уклад), *Методичні вказівки до виконання контрольної роботи з дисципліни “Муніципальний менеджмент”* (ХНУМГ ім О М Бекетова 2017).

<sup>11</sup> Європейська Хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. *Офіційний вісник України*. 2015. № 24. Ст. 718.

Настав час виправити таку обтічність та зазначити у тексті змін до Конституції України, а у подальшому й у базовому законі нові назви: *обласна рада місцевого самоврядування, районна рада місцевого самоврядування, муніципальна рада місцевого самоврядування*. Такі назви, на нашу думку, найбільш точно відповідають усім ознакам визначуваного поняття колегіальних виборних органів, які обираються, перш за все, для вирішення питань місцевого значення.

Практика застосування подібних термінів існує в Європейському Союзі. Так, наприклад, у Литві місцеве самоврядування мешканці здійснюють через “ради самоврядування”.

У разі застосування запропонованих термінів для органів місцевого самоврядування визначаються і похідні назви, наприклад, *Пісочинський муніципальний голова*, який буде обиратися населенням муніципалітету шляхом прямих виборів, або *голова Лозівської районної ради місцевого самоврядування*, який буде обиратися зі складу депутатського корпусу.

Висновки. Коректне застосування юридичних термінів розробниками законопроектів є ключем до швидкої та успішної реалізації реформ. Висловлені у статті пропозиції та оцінки є особистою позицією автора, яка ґрунтується не тільки на досвіді інших країн, а й на результатах спілкування протягом останнього часу з багатьма депутатами та керівниками місцевих рад різних рівнів Харківської, Сумської та Полтавської областей.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Edited books*

1. Bilenchuk P ta Kravchenko V ta Pidmohylnyi M, *Mistseve samovriaduvannia v Ukraini (munitsypalne pravo): navchalnyi posibnyk [Local Self-Government in Ukraine (Municipal Law): Study Guide]* (Atika 2000) (in Ukrainian).
2. Chernov S ta Bielska T (uklad), *Metodychni vkazivky do vykonannia kontrolnoi roboty z dystsypliny “Munitsypalni menedzhment” [Methodical Guidelines for the Test in the Course of Study “Municipal Management”]* (KhNUMH im O M Beketova 2017) (in Ukrainian).
3. Pohorilko V ta Frytskyi O (red), *Munitsypalne pravo Ukrainy: pidruchnyk [Municipal Law of Ukraine: Textbook]* (Iurinkom Inter 2001) (in Ukrainian).

#### *Encyclopedias and dictionaries*

4. Shemshuchenko Yu (hol redkol), *Yurydychna entsyklopediia [Legal Encyclopedia]* (Ukrainska entsyklopediia 1998) (in Ukrainian).
5. Tykhonov V (zah red), *Mistseve samovriaduvannia: terminolohichni slovnyk [Local Self-Government: Terminology Dictionary]* (Faktor 2011) (in Ukrainian).

#### *Websites*

6. ‘Wikipediia – vilna entsyklopediia’ [‘Wikipedia is a Free Encyclopedia’] <<https://uk.wikipedia.org/wiki>> (accessed: 04.02.2019) (in Ukrainian).

Mykola Titov

SETTING LEGAL DEFINITIONS AS THE KEY TO SUCCESSFUL  
CONTINUATION OF THE POWER DECENTRALIZATION REFORM  
IN UKRAINE

**ABSTRACT.** Laying down of a new model of Ukraine's administrative and territorial structure on the principles which eliminate the current imbalances, redistributing authorities between executive bodies and local self-government bodies, enhancing the capacity of local self-government – these are the main lines of the structural reforms of power decentralization which are currently underway in Ukraine.

Over the past 4 years, the Verkhovna Rada of Ukraine on the initiative of the President of Ukraine and the Cabinet of Ministers of Ukraine adopted a number of laws aimed at implementing the Concept for reforming local self-government and the territorial arrangement of power. Experts and practitioners say that today the comprehensive reform, which is based primarily on the authority transfer from the State to local self-government bodies according to the subsidiarity principle, has become the most successful in our country. Thus, in particular, in the large territory of the State quite powerful self-sufficient merged territorial communities have been created and granted additional authorities and financial resources for active socio-economic development of their territories. However, the level of legislative support for the decentralization processes is still insufficient, both in terms of the number of such draft laws and their quality. Hence arises the need for its improvement by preparing such changes and additions, which would not contradict the Fundamental Law of Ukraine, in particular, with regard to the use of legal terms, and which would guarantee the irreversibility of positive achievements.

The purpose of the article is to analyze the specific features of power decentralization in Ukraine and the situation with its legislative support. The task set by the author is to determine the power decentralization prospects and also to identify and assess possible risks, for example, in case decentralization draft laws use the legal terms which essence is not consistent either with the object defined or with its features, or in case such essence generally contradicts the Constitution of Ukraine.

The article analyzes the implementation progress of the Concept for reforming local self-government and the territorial arrangement of power, draft laws on the administrative and territorial structure of the State, and outlines the innovations of legal terms within the framework of the reform. The author proves the need for amending the Constitution of Ukraine with regard to local self-government, territorial arrangement of power and the administrative and territorial structure. Proposals have been developed for the introduction of definitions aimed at enhancing the efficiency of legal regulation of the reform process.

**KEYWORDS:** decentralization; local self-government bodies; administrative territorial unit; region; community; municipality.

## ПЕРСОНАЛІЇ

### Олексій Кресін

доктор юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник,  
член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права,  
керівник Центру порівняльного правознавства  
Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України  
(м. Київ, Україна)  
okresin@gmail.com

### ВИДАТНИЙ КОМПАРАТИВІСТ ПАТРИК ГЛЕНН



Патрик Гленн (1940 р., Торонто, Канада – 1 жовтня 2014 р., Шербрук, Канада) – видатний канадський учений, фахівець у сферах порівняльного правознавства, міжнародного приватного права, цивільного процесу. Одержав диплом бакалавра мистецтв в Університеті Британської Колумбії (Ванкувер, 1962 р.), бакалавра права в Університеті Квінз (Кінгстон, 1965 р.), магістра права в Гарвардському університеті (1966 р.), доктора права у Страсбурзькому університеті (1972 р.). У 1967 р. став адвокатом у провінції Британська Колумбія, а 1979 р. – у Квебеку.

П. Гленн викладав в Університеті МакГілла (Монреаль) – як асистент (1971–1973 рр.), доцент (1973–1978 рр.), професор (1978–2014 рр.). Також викладав у Шербрукському (1972, 1975, 1985, 1987 рр.), Монреальському (1973, 1974, 1990, 1991 рр.), Фрібурзькому (Швейцарія, 1985 р.), Екс-ан-Прованському (Марсель, Франція, 1988 р.), Сілезькому (Польща, 1989 р.), Французькому Тихоокеанському (Нова Каледонія, 1992 р.) університетах. У 1977 р. був науковим директором Гаазької академії міжнародного права. Був науковим співробітником Оксфордського універ-



ситету, Інституту інтернаціоналізації права в Гаазі, Нідерландського інституту перспективних досліджень, Інституту зарубіжного та міжнародного приватного права ім. Макса Планка в Гамбурзі. З 1989 по 1999 рр. був директором Інституту порівняльного права в Університеті Мак-Гілла, сформулювавши для нього нове завдання – цілеспрямовану розробку теорії порівняльного права. Став першим іноземним громадянином, обраним президентом Американського товариства порівняльного правознавства (США, 2012–2014 рр.).

П. Гленн був членом Міжнародної академії порівняльного права, очолював Канадський національний комітет Академії. Почесний доктор Фрібурзького університету (2002 р.). У 2006 р. нагороджений найвищою відзнакою за дослідження в галузі суспільних наук Канади – Квебекським призом, а також обраний членом Королівського товариства Канади. Посмертно нагороджений медаллю ім. П.-А. Крепе Канадської асоціації юристів за розвиток міжнародного приватного і торгового права. Серед його публікацій – понад 10 книг і 200 статей.

У книзі «Правові традиції світу: стала різноманітність у праві» (2000 р., витримала п'ять видань, перекладена італійською мовою), що одержала великий приз Міжнародної академії порівняльного права, П. Гленн розвинув культурологічний підхід до права, раніше запропонований Дж. Г. Мерріменом. Учений зазначав, що парадигма «правової системи» пов'язана із західною теорією права і не сприяє взаємному розумінню між юристами різних країн, вирішенню правових проблем наднаціонального, всесвітнього значення, таких як забезпечення прав людини, “може розумітися швидше як частина проблеми, ніж її рішення”. Навіть вивчаючи право окремої країни, П. Гленн пропонував взяти за предмет не національну правову систему як сучасне поняття, а національну правову традицію. Але так само невідповідною він вважав концепцію правової культури, виникнення якої пов'язане з європейським Просвітництвом, що робить її сумнівною, а також вона протиставляється будь-якій нормативності.

Водночас учений усвідомлював суперечливість парадигми традиції. Дослідження окремої традиції він вважав неадекватним, адже вона може бути нетиповою, приховувати своє ставлення до інших традицій. Порівняльне дослідження різних традицій виявляє проблеми класифікації, критеріїв зіставлення, теорії традицій. П. Гленн також відмовився від загального визначення традиції права, яке охопило б суттєві ознаки та характеристики цього концепту. Водночас учений зазначав, що вона визначається через принципи, норми чи інституції, триваліші за сучасні держави. На його думку, в основі традиції лежить насамперед куль-

турно-ідеологічне явище – система поглядів, світосприйняття, яке може перетворитися на традицію, якщо здобуде певне коло adeptів. Таким чином, долається і позитивізм, й органіцистська філософія, традиція є як об'єктивною, так і суб'єктивною реальністю, пов'язана з питанням ідентичності та відносин між людьми, становить конституїтивний елемент суспільств. Належність людини до певної традиції може бути й не успадкованою, а добровільно обраною. Зміст традицій є змінюваним, незакінченим, а також індивідуалізованим у кожної людини, що зараховує себе до спадкоємців традиції. Традиції не є вічними, вони народжуються та вмирають. Зокрема, останнє відбувається тоді, коли в суспільній свідомості традиція починає вважатися застарілою, невідповідною, невиправданою. Однак і тоді, заперечуючи традицію, люди, власне, відштовхуються від її змісту, а тому опозиція окремій традиції неминуче визначається традицією.

П. Гленн наполягав на особливій ролі історичного матеріалу в порівняльно-правовому дослідженні: історія права є не минулим, а функціонуючою основою традиції права. Присутність минулого забезпечується, зокрема, через колективну пам'ять. Останню він розглядав не як акумулятор будь-якого знання та досвіду, а як процес відбирання, збереження та передання найбільш важливого. Ця пам'ять є основою сприйняття та артикуляції минулого, уявлення про його належний вплив на сучасне, мотивацією для прийняття певних правових рішень. Учений стверджував неспівмірність правових традицій через відсутність метафізичного деномінатора порівняння.

У своїй пізнішій статті “Чи правові традиції неспівмірні” (2001 р.) П. Гленн зробив нові акценти: внаслідок взаємовпливу між традиціями всі вони стають гетерогенними. Автор стверджував, що традиційно елементами порівняння є оцінювання (що краще?) та вибір. Такий підхід спричинений моністичними підходами та передбачає нав'язування певних цінностей, а отже, необ'єктивність. Учений наголосив на необхідності глибше вивчати зарубіжні традиції права, зазначаючи, що твердження про неспівмірність останніх походять від недостатнього знання. Він пропонував також удосконалювати і розширювати перелік характеристик, які порівнюються.

У книзі П. Гленна “Про загальні права” (2004 р.) аналізуються ареали та історія поширення певних типів права у світі – таких як римське, французьке, німецьке, англійське, іудейське, християнське канонічне, мусульманське право та ін. При цьому немає межі між національним, міжнародним, релігійним правом – вони розглядаються як нормативні моделі чи моделі правового мислення, що у певних випадках нав'язува-

лися чи конкурували об'єктивно, а в деяких – конкурують на рівні свідомості та мислення окремої людини, і не лише юриста чи чиновника, а й звичайної людини, яка формує своє уявлення про справедливе та лінію своєї поведінки (з важливим застереженням – формалізацією права на певному, насамперед національному, рівні). Ареал поширення, прийняття таких ідей може бути і регіональним, і в їх поступовому частковому історичному синтезі всесвітнім, що формує особливий і загальний рівні в правовому розвитку, відновлює порушену “Правовими традиціями світу” цілісність компаративістського дискурсу. Багато в чому це було розвитком, універсалізацією теорії правових формантів Р. Сакко.

У книзі “Космополітична держава” (2013 р.) П. Гленн піддав сумніву універсальність ідеї національної держави, вказавши, що ця ідея ніколи не була і не буде повною мірою реалізована, всі держави є за своєю природою космополітичними, гетерогенними, їхній успіх залежить від урахування цього чинника у власній стратегії розвитку, зокрема й у правовій системі (сліді загального права, вплив міжнародного і транснаціонального права, розвитку правової думки тощо), для адаптації до глобалізаційних процесів, узгодження інтересів груп населення.

П. Гленн підкреслював, що в еру націоналізму саме юридична компаративістика “відкрила світлу” вікна закритих тогочасних національно-державних побудов. Але водночас вона стала частиною націоналістично-позитивістської описової парадигми, про що свідчать європоцентризм компаративістів, класифікації правових систем у квазібіологічні й статичні правові сім'ї та ін. Він наголошував, що така анахронічна форма порівняльного права світу більше не потрібна. Сучасним предметом порівняльного права є структури юридичного мислення. Принциповою позицією П. Гленна стало визначення сутності порівняльного права як науки, що пізнає сучасне право у світі як можливість мирного співіснування рівного, але різного права. Парадоксом є те, що в міру реалізації цієї можливості саме порівняльне право втрачатиме характер самостійної дисципліни, розчиниться у правознавстві, надавши йому нового характеру.

## РЕЦЕНЗІЇ

Олександр Тихомиров

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Міжнародної асоціації порівняльного права,  
провідний науковий співробітник відділу організації  
наукових досліджень та захисту інформації  
Національної академії внутрішніх справ  
(м. Київ, Україна)  
tihomirov10@gmail.com

СТАНОВЛЕННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД  
ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ\*

Історія порівняльного правознавства досліджувалася багатьма авторами, але здебільшого на рівні окремих наукових статей або розділів монографій у контексті вирішення інших проблем порівняльного правознавства. Увага вчених спрямовувалася та спрямовується переважно на еволюцію порівняльного правознавства у його різних інтерпретаціях, методологію і досвід їх здійснення тощо, тоді як виникненню теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, їх становлення саме як наукових розвідок приділялося набагато менше уваги, що багато в чому й зумовлює актуальність та наукову цінність рецензованої монографії.

Видання складається зі вступу, чотирьох частин, що поділяються на десять розділів, післямови та висновків, у яких послідовно описано результати осмислення автором історіографічних і теоретико-методологічних основ пізнання теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX ст., передумов і контексту їх становлення, виникнення та трансформації основних ідей стосовно порівняння в юридичних науках, а також теоретичних та історичних аспектів формування порівняльно-наукової картини світу.

У вступі (с. 7–14) автор подає “панораму” плюралізму наукових позицій учених до розуміння природи порівняльного правознавства, його статусу, призначення, співвідношення з іншими юридичними та соціально-гуманітарними дисциплінами. Аналізуються наукові дискусії

\* Рецензія на монографію: А Кресин, *Становление теоретических оснований сравнительно-правовых исследований во второй половине XVII – первой трети XIX века: компаративная концептуализация: монография* (Институт государства и права им В М Корецкого НАН Украины; Фенікс 2018).

з зазначеної проблематики, що відбувалися під егідою ЮНЕСКО, на конгресах Міжнародної академії порівняльного права, обґрунтовуються хронологічні межі дослідження та доцільність обраної автором структури монографії.

Частина перша “Історіографічні й теоретико-методологічні основи осмислення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX ст.” містить три розділи, які присвячені історіографії пізнання еволюції порівняльно-правових досліджень, аналізу наукових підходів до періодизації їх історії, осмисленню об’єктної та предметної сфер дослідження, а також його методології.

У частині другій “Передумови і контекст становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень” описано результати авторського осмислення ідей дуалізму природного та позитивного права в епохи Реформації та Просвітництва, поглиблення кризи природного права і формування як позитивістського праворозуміння, так і доктрини національного права. Передумови становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у монографії розглядаються, перш за все, через зіставлення ідей природного і позитивного права, трансформацію їх значення для юридичного пізнання (с. 145–162), що призвело, з одного боку, до кризи та звуження сфери впливу ідей природного права, а з другого – до розвитку позитивного праворозуміння, поступового визнання позитивного права домінуючим об’єктом юридичних досліджень (с. 163–193). Подальше розгортання трансформації позитивного праворозуміння та трансформації позитивного права як предметної сфери юридичних наук здійснюється автором на тлі аналізу процесів соціалізації права й формування таких соціальних суб’єктів, як суспільство, держава, нація, ідей автономізації соціального буття М. Лютера і Н. Макіавеллі (с. 202–218), визначення суспільства як соціального окремого (с. 219–245), суспільного договору (с. 246–264), ідей нації та національного правопорядку (с. 264–272). У монографії обґрунтовується, що саме сприйняття соціальності та територіальності держав і національного права сприяло формуванню правової карти світу, зумовило необхідність і доцільність порівняльного пізнання національного права, вплинуло на трансформацію міжнародного права та його доктрин (с. 272–288).

У частині третій “Гене́за теоретичних засад порівняння в юридичних науках” автор зупиняється на таких проблемах: становлення і розвиток компаративного підходу в науках про людину та юридичній науці; визначення цілей порівняння у правознавстві; його роль у формуван-

ні загального вчення про право; виокремлення порівняльно-правових наукових дисциплін як автономних. Звернення до осмислення стану розвитку тогочасних соціально-гуманітарних наук (с. 294–347) підводить вченого до висновків щодо певної втрати значення для них метафізичності, трансцендентності, всегальності й, навпаки, домінування емпіричності в їх методології та предметі, внаслідок чого основами наукових досліджень стають визнання різноманіття буття та порівняння як способу його пізнання, ідеї історичної змінюваності, науковий опис та зіставлення його результатів за єдиними критеріями, їх класифікація. У цих умовах, в одних випадках, порівняння і порівняльне знання стають основою універсалізації предмета науки загалом, а в інших – сприяють становленню в межах певних наук відносно автономних порівняльних наукових дисциплін, зокрема, в юридичній науці – порівняльно-правових (с. 368–369). Такий авторський підхід дав змогу сформулювати та обґрунтувати фундаментальний висновок про те, що в цих умовах “основним інструментом конструювання правової картини світу та нової юридичної науки для її пізнання став порівняльний підхід. Нова юридична наука, в єдності її об’єкта, предмета та методології, зародилась як виразно компаративістська, що значною мірою було також концентрованим і сутнісним вираженням її соціального та позитивістського характеру” (с. 426).

Непересічне компаративне забарвлення має частина четверта “Порівняльно-правова наукова картина світу”, в якій розкривається співвідношення загального, особливого та окремого в праві на основі авторської інтерпретації соціально-вольової та органічної теорій національного права, своєрідності останнього, пошуків загального як через змістовну подібність національних правопорядків, так і внутрішній та зовнішній діалог національних правопорядків, запозичення в праві, побудови в результаті виявлення особливого в праві, розробки класифікацій правових систем, власне, порівняльно-правової наукової картини світу (с. 429–578).

Значення та перспективи теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, особливості розвитку вітчизняного порівняльного правознавства розкриваються у частині “Питання подальшого розвитку теоретичних засад порівняльно-правових досліджень (замість післямови)” у контексті виникнення, становлення ідей та інституціоналізації вітчизняного порівняльного правознавства, модернізації теоретичних засад порівняльно-правових досліджень та їх концептуалізацій у ХХ – на початку ХХІ ст., трансформації функціонального, культуроцентричного, аксіологічного, цивілізаційного підходів тощо (с. 579–610).

Завершується монографія загальними висновками, в яких у концентрованому вигляді подано основні положення, що розкривають результати авторської концептуалізації компаративного осмислення становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX ст. і сучасних перспектив їх розвитку.

Зважаючи на високий науковий рівень здійсненого автором дослідження, обґрунтованість його результатів, доцільно звернути увагу на наявність у монографії деяких дискусійних положень, які можуть слугувати підґрунтям для подальшої наукової дискусії з проблематики монографії. Так, залишає поле для роздумів використання в дослідженні такої наукової конструкції, як порівняльно-правова наукова картина світу, яка використана автором для відображення результатів порівняльно-правового осмислення правової реальності через окреме, загальне, особливе в праві та класифікацію національних правопорядків (частина четверта), її співвідношення з правовою картою світу, яка теж базується на цій класифікації. Або порівняно з оригінальним та обґрунтованим висвітленням у монографії проблем окремого та загального у праві (розділи 8 та 9) дещо обмеженим виглядає розкриття особливого у праві у розділі 10, в якому розглянуто переважно класифікації національних правових систем. Проте можна допустити, що автор ці та інші подібні проблеми свідомо не розглядав, оскільки вони не змінюють змістовність і достатність положень та висновків авторської концепції, а лише надають їм додаткових відтінків.

Підсумовуючи, необхідно підкреслити, що новаторського та фундаментального характеру монографії О. Кресіна надають: описання результатів вибору, обґрунтування та деталізації об'єкта й предмета дослідження в окремих спеціальних розділах монографії, адекватне визначення його хронологічних і географічних меж, зокрема не тільки в астрономічному (за століттями), а й у соціальному (за епохами) та науковому вимірах як донаукового й наукового періодів, або передумов, виникнення і становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень та перших проявів їх інституціоналізації; вибір як предмета дослідження саме теоретичних основ порівняльно-правових досліджень, виникнення і становлення яких розглядається в діалектиці дедуктивного (виокремлення з філософії) й індуктивного (як узагальнення практики здійснення досліджень та їх подальша теоретизація) шляхів їх генезису; застосування компаративного підходу до вивчення генезису цих теоретичних основ, побудови, власне, самого дослідження та опису його результатів через загальне, особливе й окреме, що, знову

ж таки, є новелою, оскільки як не парадоксально, але у порівняльному правознавстві, що базується на порівняльно-правовому методі, до його дослідження цей метод у такому обсязі досі не застосовувався; персоналістський спосіб дослідження та описання його результатів, який властивий саме історії політичних і правових учень, що обумовлено предметом цієї наукової дисципліни (вчення), але привертає увагу й інше, що погляди тих чи інших автором розглядаються як прояви певних тенденцій, співвідносяться з масивом відповідних досліджень, показується їхній взаємозв'язок; адекватний як історії політичних і правових учень, так й історії та теорії порівняльного правознавства спосіб опису результатів дослідження, оскільки автор не нав'язує свої точки зору і не приписує її поглядам мислителів і вчених того часу, а досліджує певний (порівняно з іншими дослідженнями – майже максимально можливий для сучасного вченого) і доступний для українського дослідника масив публікацій, аналізує його і на цій основі будує свої узагальнення, що вплинуло на формулювання авторської позиції переважно як висновків до підрозділів, розділів і монографії загалом. Такий підхід дає можливість читачу спочатку скласти свою думку, а потім вже зіставити з висновками автора, оцінити їх новизну, достовірність й обґрунтованість; звернення до проблем філософії та філософії права: саме тому періоду було притаманне відокремлення від філософії як єдиної форми раціонального пізнання та виникнення різних напрямів наукових досліджень, зокрема й правових, які тим часом об'єктивно мали на собі філософське “забарвлення”; акцент саме на теоретичних засадах як домінуючих ідеях розуміння, організації та здійснення порівняльно-правових досліджень, що сприяє розвитку історії політичних і правових учень, загальної теорії права, порівняльного правознавства в площині еволюції компаративного осмислення окремих сфер їх досліджень, у межах яких формуються конкретні емпірично зумовлені теоретико-правові узагальнення; джерельна база дослідження, яка заслуговує глибокої поваги й охоплює не тільки всі відомі вітчизняним ученим джерела, а й, що дуже важливо, нові праці зарубіжних та українських авторів, що не перекладалися, або з огляду на ті чи інші причини забуті сучасними дослідниками – як вітчизняними, так і зарубіжними.

Монографія О. Кресіна як за фундаментальністю та комплексністю, так і за обсягом, не має аналогів на пострадянському і постсоціалістичному просторі (це можна стверджувати напевно), а в європейській науці – щонайменше подібні дослідження поки що невідомі вітчизняним ученим. Видається, що монографії в контексті всіх праць автора дає надію,



що вона є першою частиною майбутньої фундаментальної праці з історії ідей порівняльного правознавства та їх компаративного бачення.

Не має сумнівів, що видання буде цікавим для компаративістів, істориків і теоретиків держави й права, фахівців інших галузей знань – політологів, психологів, соціологів тощо, а також науково та інноваційно налаштованих аспірантів, магістрантів, студентів.

Кресин А. В. Становление теоретических оснований сравнительно-правовых исследований во второй половине XVIII – первой трети XIX века: компаративная концептуализация : монография / Киев : Институт государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины. – Одесса : “Фенікс”, 2018. – 678 с.

В книге на основе переосмысления известных и введения в научный оборот многих неизвестных источников впервые комплексно рассмотрены предпосылки, контекст появления и генезис теоретических оснований сравнительно-правовых исследований, а также их ранней институционализации. Среди предпосылок становления теоретических оснований сравнительно-правовых исследований автор выделил формирование предмета и объектов юридических наук. То, что из предмета правоведения к началу XIX в. исчезло естественное право как собственно право, а позитивное право стало рассматриваться как самодостаточное, впервые придало смысл сравнительно-правовым исследованиям, а определение национальных правовых порядков как единицы правового развития дало этим исследованиям цель – познание и совершенствование национального права. Предпосылкой становления теоретических оснований сравнительно-правовых исследований стало и развитие сравнительного подхода в науках о человеке, но в контексте данного исследования оно взято в “снятом” виде: двойная идентичность сравнительного знания как основы развития наук и одновременно основания формирования в их пределах сравнительных дисциплин, а также накопление критической массы синкретического политико-экономико-историко-правового знания в рамках всеобщей истории, камералистики и сравнительного государственствования (сравнительной статистики).

Автор доказывает, что в связи с выделением и одновременно интеграцией юридической науки во второй половине XVIII – начале XIX в. произошли дифференциация упомянутого синкретического знания и формирование учения о сравнении в праве, его целях, роли как основы общего учения о праве и возможности выделения сравнительно-правовых научных дисциплин. Результатом осмысления сравнительно-правового знания стало формирование в указанный период компаративистской научной картины мира – учения о национальном праве, его своеобразных и всеобщих элементах, взаимодействии национальных правовых порядков, имманентности и процессуальности всеобщего, характеристиках особенного в правовом развитии. Такая картина мира, в свою очередь, стала основанием для классификации правовых порядков и формирования правовой карты мира.

Для научных работников, преподавателей юридических факультетов, аспирантов, всех, кто интересуется историей юридических наук. Книга представляет собой перевод украинского издания 2017 г.



## ПРОВІДНІ НАУКОВІ ЮРИДИЧНІ УСТАНОВИ

МІЖНАРОДНА АСОЦІАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ НАУК  
ПРИ ЮНЕСКО

Організація Об'єднаних Націй (далі – ООН) з питань освіти, науки і культури (далі – ЮНЕСКО) є унікальною організацією в системі ООН. ЮНЕСКО її генеральний директор ДЖЕЙМ ТОРРЕС БОДЕТ свого часу влучно визначив як “світовий парламент інтелектуалів”. У Статуті ЮНЕСКО зазначається, що попереджувати війни та конфлікти між народами слід на рівні їхньої свідомості. Тому метою організації, створеної в 1946 р., проголошувалося досягнення поваги та розуміння між народами шляхом розвитку співробітництва у сфері освіти, науки та культури, становлення “культури миру”.

При створенні ЮНЕСКО було поставлене питання про неприпустимість характерного для англо-американського світу зведення поняття “наука” лише до природничих та технічних наук, про визнання такими також суспільних і гуманітарних наук, “усієї інтелектуальної діяльності людини, повного спектру знань та процесу їх набуття”. ЮНЕСКО мала оцінити, які з наук та наукових напрямів насамперед вимагають міжнародної підтримки; визнаючи “практичне застосування певних наук <...> суспільною проблемою”, вона мала визначити причини, які заважають ефективному розвитку наук; вона мала співвіднести застосування певних наук із “загальною шкалою цінностей”, щоби забезпечити їх адекватний розвиток. Це, на думку першого генерального директора ЮНЕСКО, професора сера Джуліана СОРЕЛЛА ГАКСЛІ, мало стати “одним із найбільших внесків щодо визначення та сприяння бажаному напрямку розвитку еволюції людства”. При цьому він підкреслював, що у суспільних та гуманітарних науках важлива не лише наукова методологія, а й “ціннісні судження”, ці науки є “мостом між сферою факту та сферою цінності”.

Водночас, говорячи про завдання ЮНЕСКО у сфері розвитку методології суспільних наук, він окремо вказував на необхідність сприяти вдосконаленню порівняльної методології, яка в суспільних науках інакша, ніж у природничих: парадигма генеалогічного дерева, еволюціонізму та дивергенції тут поступається парадигмі мережі, у якій між суспільними явищами відбуваються і конвергенційні, і дивергенційні процеси. Загалом завдання ЮНЕСКО у сфері суспільних наук Дж. С. Гакслі формулював насамперед як “сприяння появі культури єдиного світу”, особливо

в умовах конфронтації “двох філософій життя” Заходу і Сходу й загрози нових воєн.

Вирішуючи питання про розвиток науки як про одну з цілей створення ЮНЕСКО, її Секретаріат у 1946 р. серед суспільних наук визнав дві юридичні науки – міжнародне право та порівняльне право. На першій сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО в листопаді – грудні 1946 р. було поставлене завдання стимулювати роботу існуючих наукових центрів у сфері суспільних наук, ініціювати створення міжнародних інститутів та центрів і надавати їм технічну допомогу, а також вивчати проблеми, які заважають розвитку таких міжнародних наукових організацій у сфері суспільних наук.

Наскільки нам відомо, вперше питання про роль ЮНЕСКО у розвитку порівняльного правознавства порушив професор Паризького університету РЕНЕ ДАВИД у січні 1947 р. у доповідній записці до Секретаріату цієї організації. Він запропонував створити Міжнародний центр порівняльного права при ЮНЕСКО і накреслив можливі напрями його діяльності у науковій, освітній, видавничій та інформаційно-ресурсній сферах. Авторами інших, написаних у відповідь та на розвиток ідей Р. Давида, доповідних записок у січні – лютому 1947 р. стали суддя Міжнародного суду академік ЖЮЛЬ БЕСДЕВАН та професор Амстердамського університету ІСААК КІШ.

Ці пропозиції були підтримані ЮНЕСКО в листопаді 1947 р. на II сесії Генеральної конференції в Мехіко. Зокрема, одним із нагальних завдань там була проголошена “допомога міжнародній кооперації фахівців з порівняльного права”. У зв’язку з цим пропонувалося скликати нараду експертів “з метою створення єдиної міжнародної організації, яка б об’єднала інститути дослідження порівняльного права”. Така організація мала виконувати наукові, інформаційно-ресурсні, нормопроектувальні, видавничі та інші функції. Окрім того, на цій Генеральній конференції було накреслено напрями наукових порівняльно-правових досліджень в ЮНЕСКО. На III сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО в Бейруті в 1948 р. таку організацію вирішено було назвати “Міжнародна асоціація порівняльного права” (*International Comparative Law Association*).

Найбільшим форумом під егідою ЮНЕСКО, скликаним для обговорення питань міжнародної інституціоналізації порівняльного правознавства, стало зібрання зі створення Міжнародного комітету порівняльного права 21–23 березня 1949 р., яке відбулося у штаб-квартирі ЮНЕСКО. Воно було організоване підготовчим комітетом, який складався з представників від дев’яти країн, але консультативний комітет із його створення включав 65 учених із 24 країн (Аргентини, Бельгії, Бразилії, Вели-

кої Британії, Гватемали, Данії, Ірану, Італії, Колумбії, Лівану, Мексики, Нідерландів, Панами, Перу, Польщі, Сирії, СРСР (член-кореспондент АН СРСР Є. Коровін), США, Туреччини, Уругваю, Франції, Чилі, Швейцарії, Швеції). Під час зібрання підготовчий комітет, який зріс до 11 учених, обрав головою декана юридичного факультету Паризького університету ЛЕОНА ЖЮЛЛІО ДЕ ЛА МОРАНДЬЄРА.

На основі його доповіді учасники погодилися в тому, що завданнями ЮНЕСКО є: “координація груп, інститутів чи асоціацій різних країн, які мають справу з порівняльним правом; обмін та уніфікація міжнародної юридичної документації; <...> розвиток та поширення досліджень порівняльного права будь-якими відповідними засобами”. У “Декларації”, ухваленій учасниками зібрання 23 березня 1949 р., яку було надіслано до всіх держав та опубліковано у багатьох виданнях, державам – членам ООН рекомендувалося розвивати порівняльно-правові дослідження, міжнародні обміни викладачами та студентами-юристами, спростити доступ до свого законодавства, проголошувалося утворення незабаром Міжнародної асоціації порівняльного права.

Влітку 1949 р. до розширеного Консультативного комітету входили вже 109 осіб із 32 країн. СРСР мав одне з найбільших представництв у цьому органі: перший заступник голови Комісії з прав людини та Комісії міжнародного права ООН й один з авторів Загальної декларації прав людини, академік АН УРСР В. КОРЕЦЬКИЙ (який невдовзі очолив новостворений Сектор держави і права АН УРСР), доктор юридичних наук, надзвичайний і повноважний посол В. ДУРДЕНЕВСЬКИЙ, член-кореспондент АН СРСР Є. Коровін, суддя Міжнародного суду ООН, професор С. КРИЛОВ, радник МЗС СРСР, надзвичайний і повноважний посол, професор І. ПЕРЕТЕРСЬКИЙ, академік АН СРСР, член Президії АН СРСР І. ТРАЙНІН (помер у червні 1949 р.). Протягом 1949 р. було створено перші чотири національні комітети майбутньої організації – у Бразилії, Великій Британії, Іспанії, США.

Міжнародний комітет порівняльного права (*International Committee of Comparative Law / Comite international de droit compare*) було засновано на зібранні в липні 1950 р. у Лондоні під керівництвом Л. Жюлліо де ла Морандьєра. Як зазначалося у його Статуті: “Комітет сприяє взаємному пізнанню та розумінню між народами через розвиток культури вивчення іноземного права у світі та використання порівняльного методу в юридичній науці”.

На виконання доручення Генеральної конференції ЮНЕСКО щодо огляду стану та перспектив викладання суспільних наук у країнах світу Тимчасове Бюро Міжнародного комітету порівняльного права вирішило

вивчити стан викладання у різних країнах дисциплін, які “принципово важливі для формування сучасного юриста” – порівняльного права та філософії права. Попередній звіт щодо дослідження було підготовано генеральним доповідачем Ж.-П. Ньбуайє у 1951 р. У ньому наголошувалося, що порівняльне право є “спеціальною галуззю юридичної науки”. До звіту було прикладено дві навчальні університетські програми, які могли розглядатись як зразкові при впровадженні порівняльно-правових дисциплін у країнах – членах ЮНЕСКО: “Загальна теорія порівняльного права” та “Курс порівняльного правознавства”. Остаточне дослідження було підготовлено генеральним доповідачем, професором Паризького університету Шарлем Ейзенманом на основі одинадцяти національних доповідей (зокрема й доповіді від СРСР, підготовленої О. ШЕБАНОВИМ). Окрім цього дослідження Комітет протягом 1951–1954 рр. підготував покажчик із пошуку інформації щодо законодавства країн світу, вступи до правових систем Данії, Норвегії, Ісландії, бібліографію з права Франції та Канади, а також переклад підручника Г. Гаттеріджа “Порівняльне право” на французьку мову.

Створення Міжнародного комітету порівняльного права як об’єднання компаративістів з ініціативи та під егідою ЮНЕСКО стало найяскравішим виявом усвідомлення на міждержавному рівні особливого значення порівняльного правознавства й необхідності міжнародної організаційної інфраструктури для всебічного сприяння його розвитку. Воно знаменує собою найвище визнання, яке могла здобути наука порівняльного правознавства. Створення ж національних комітетів у його складі стало початком формування другої за чисельністю (після Міжнародної академії порівняльного права) міжнародної мережі об’єднань компаративістів.

У березні 1955 р. назва організації змінилася на сучасну – Міжнародна асоціація юридичних наук (*International Association of Legal Science, Association internationale des sciences juridiques, IALS*; далі – МАЮН), а назву Міжнародний комітет порівняльного права було збережено для одного з керівних органів Асоціації. Така зміна є символічною: з одного боку, як визнання особливої ролі порівняльного правознавства у трансформації юридичної науки, а з другого – його провідного й автономного статусу в її структурі.

Діяльність МАЮН спрямована на: розвиток міжнародних обмінів; співробітництво між юристами; забезпечення доступу до нормативно-правових актів та публікацій різних країн; координацію діяльності інституцій, пов’язаних із дослідженнями зарубіжного права та порівняльного правознавства. Формами роботи МАЮН є: тематичні семінари, симпо-

зіуми та конференції; сприяння академічним обмінам; проведення наукових досліджень тощо.

У 1955–1964 рр. МАЮН за дорученням ЮНЕСКО досліджувала правові аспекти “мирного співіснування” країн із різними економічними та соціальними системами (програма “Схід – Захід”), потім – проблеми у правовій сфері, викликані економічним розвитком в Африці (проект “Північ – Південь”), у 1972–1975 рр. – правові аспекти захисту довкілля у різних країнах світу; у 1973 р. вдруге було підготовлено аналіз викладання порівняльного права та філософії права в різних країнах світу.

З 1956 по 1966 рр. Асоціація видавала “*Bulletin d’information du Comité international de droit comparé de l’Association internationale des sciences juridiques*” (“Інформаційний бюлетень Міжнародного комітету порівняльного права та Міжнародної асоціації юридичних наук”); у 1966 р. – інформаційний бюлетень “*Newsletter*” (“Вісник”); з 1962 по 1964 р. – щорічник “*Cahiers de bibliographie juridique. Serie A: Europe occidentale*” (“Зошити юридичної бібліографії. Серія А: Західна Європа”; вийшло три випуски). Під егідою МАЮН із 1973 р. публікується багатотомна “*International encyclopedia of comparative law*” (“Міжнародна енциклопедія порівняльного права”). Видано вже 17 томів енциклопедії.

МАЮН стала організатором 60 міжнародних наукових конференцій, зокрема й двох міжнародних конгресів порівняльного права (1956 р. – у Барселоні та 2000 р. – у Нью-Орлеані). Перші конференції МАЮН було присвячено юридичній освіті (Кембридж, 1952 р.), виконанню державами міжнародних зобов’язань (Мюнхен, 1954 р.), ролі та функціям інститутів та центрів порівняльного правознавства у світі (Мюнхен, 1954 р.), рецепції західного права у Туреччині (Стамбул, 1955 р.).

У 1960 р. під егідою МАЮН та Міжнародної академії порівняльного права на базі Страсбурзького університету було створено Міжнародний факультет порівняльного права. Його метою є сприяння розвитку порівняльного правознавства через його викладання, дослідження та видання наукових праць. Факультет пропонує підвищення кваліфікації та додаткову спеціалізацію для дипломованих юристів. Навчання передбачає три цикли занять і складання іспитів, після чого слухач може бути допущений до написання та захисту дисертації на здобуття наукового ступеня доктора порівняльного права. Викладання здійснюється паралельно французькою, англійською і німецькою мовами. З часу заснування Міжнародного факультету було проведено близько 150 циклів занять у Страсбурзі та 25 країнах світу, навчання пройшли близько 10тисяч слухачів із майже 100 країн, а викладали понад 600 професорів із 50 країн.

Членство в МАЮН є колективним: насамперед членами є національні комітети, а також асоційовані члени (“міжнародні організації, національні чи міжнародні наукові інституції, юридичні фірми”). Нині до Асоціації входять 37 національних комітетів, створених на базі наукових інститутів, університетів, національних асоціацій порівняльного права. Нараховується 15 асоційованих членів, серед яких міжнародні наукові організації – Міжнародний інститут уніфікації приватного права, Міжнародна асоціація кримінального права, Міжнародна асоціація юридичних бібліотек, Міжнародне товариство трудового права та права соціального забезпечення, Європейський консорціум церковно-державних досліджень, Субальпійський міжнародний інститут вивчення юридичної освіти, а також національні науково-дослідні установи, зокрема: Інститут європейського права (Саарбрюкен, ФРН), Комісія з сучасного звичаєвого права (Ніймеген, Нідерланди), Центр сімейного права (Лівен-на-Ньові, Бельгія), Французька асоціація антропології права (Екс-ан-Прованс, Франція), юридичні компанії в Генуї, Турині, Люксембурзі. Асоціація утримується коштом ЮНЕСКО та приватних пожертв.

Національний комітет МАЮН у СРСР було створено у 1957 р. на базі Інституту держави і права АН СРСР у Москві. Нині, відповідно, він існує як російський національний комітет. Україна, яка є членом ЮНЕСКО з 1954 р. і має постійне представництво при цій організації з 1962 р., наскільки нам відомо, не брала участі у діяльності МАЮН, окрім вже згаданої участі академіка В. Корецького у Консультативному комітеті Міжнародного комітету порівняльного права. Але в 2011 р. створено український національний комітет МАЮН, координатором якого є доктор юридичних наук О. Кресін.

Керівними органами Асоціації є: Рада (представники національних комітетів), Виконавчий комітет – Міжнародний комітет порівняльного права, який обирає президента і двох віце-президентів Асоціації на два роки, генеральний секретар та директор із наукових досліджень.

**Олексій Кресін**  
 доктор юридичних наук,  
 член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права,  
 керівник Центру порівняльного правознавства  
 Інституту держави і права  
 імені В. М. Корецького НАН України

*RATIO DECIDENDI –*  
ЄДНІСТЬ ТА СТАЛІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ\*

*Практика Європейського суду з прав людини*

ВИТЯГ ІЗ РІШЕННЯ  
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ  
ВІД 29 СІЧНЯ 2015 р.  
У СПРАВІ “ЄВГЕН ПЕТРЕНКО ПРОТИ УКРАЇНИ”\*\*

18 березня 2004 р. за фактом вбивства Р. порушено кримінальну справу. Увечері того ж дня міліцією було проведено обшук у помешканні заявника і вилучено сім ножів, одяг та інші предмети, заявника доправили до відділу міліції та допитували без участі адвоката.

Під час допиту заявник розповів, що раніше, у лютому 2004 р. вони з Р. вчинили шахрайство з метою викрадення мобільного телефону в одного зі знайомих заявника. Заявник стверджував, що не знає, хто вбив Р.

Того самого дня Соснівський РВ УМВС України в Черкаській області порушив іншу кримінальну справу за фактом заволодіння мобільним телефоном шляхом обману (шахрайства), а заявника було допитано як свідка у зазначеній справі. Заявник розповів міліції, як вони з Р. викрали мобільний телефон. Допит проводився за відсутності адвоката, але батько заявника був присутнім.

Заявника того ж дня за відсутності адвоката взято від варту та допитано як свідка у справі про вбивство.

У період із 21 год до 23 год міліція провела обшук у помешканні іншого знайомого заявника – Д.

О 23 год 15 хв слідчий міліції затримав Д. за підозрою у вчиненні вбивства, зазначивши у протоколі, що на куртці Д. були коричневі плями.

Пізніше того ж вечора Д. зізнався, що був присутній на місці вчинення злочину. 28 лютого 2004 р. заявник попросив його піти того дня разом із ним на зустріч з Р. та приховати з собою ножа. Під час зустрічі між заявником і Р. розпочалася бійка. Д. допоміг заявникові збити з ніг Р., який у певний момент спробував втекти. Тоді заявник вдарив Р. ножем та перерізав йому горло; Д. допоміг заявникові сховати тіло.

Того самого вечора заявник зізнався у вчиненні вбивства. Адвокат заявника не був присутній під час надання ним визнавальних показів.

\* Рубрика функціонує під егідою Юридичного порталу *RATIO DECIDENDI*.

\*\* Витяг із рішення Європейського суду з прав людини від 29 січня 2015 р. у справі “Євген Петренко проти України”, сформований Л. Сидоровою.



За твердженнями заявника, він надав ці визнавальні покази внаслідок психологічного тиску та фізичного жорстокого поводження, застосованих до нього з моменту його прибуття до відділу міліції.

20 березня 2004 р. заявника у присутності його захисника Г. допитували з приводу крадіжки мобільного телефону. Того ж дня заявника у присутності того самого адвоката допитували з приводу вбивства. На початку зазначеного допиту слідчий заявив про те, що заявник написав явку з повинною та запропонував йому надати більше подробиць щодо обставин, викладених заявником у його визнавальних показах.

У другій половині дня 20 березня 2004 р. заявник разом із адвокатом взяв участь у відтворенні обстановки й обставин події, під час якого продемонстрував, як він вбив Р. Після повернення з місця події заявник знову був допитаний та повторив свої визнавальні покази.

22 березня 2004 р. слідчий об'єднав кримінальні справи щодо заволодіння мобільним телефоном шляхом обману (шахрайства) та щодо вбивства в одне кримінальне провадження і того ж дня суд обрав заявникові запобіжний захід у вигляді тримання під вартою.

У то самий день заявник відмовився від послуг адвоката Г. та дав згоду на представлення його інтересів адвокатами К. і Др. Під час допиту у присутності цих адвокатів він повторив свої попередні визнавальні покази.

8 червня 2004 р. судово-медичний експерт склав висновок, у якому зазначалося, що під час тримання під вартою заявник не зазнав жодних тілесних ушкоджень. Висновок експерта ґрунтувався на результатах медичного обстеження, проведеного 21 березня 2004 р.

9 червня 2004 р. до участі у справі, окрім адвокатів К і Др., було допущено ще й адвоката П.

17 червня 2004 р. заявник відмовився від послуг адвокатів К. і Др., залишивши представляти його інтереси адвоката П.

19 червня 2004 р. слідчий допитав Т., який зазначив, що саме заявник вдарив ножем Р. Того ж дня Т. взяв участь у відтворенні обставин й обстановки події, протягом якої він підтвердив свої покази.

21 червня 2004 р. було проведено очні ставки між Т. і заявником, а також між Т. і Д., під час яких Т. повторив свої попередні покази.

17 липня 2004 р. під час ще одного допиту заявник продовжував стверджувати, що саме Д. вбив Р.

22 липня 2004 р. слідство було завершено. Заявникові було пред'явлено обвинувачення у вчиненні умисного вбивства за обтяжуючих обставин і у заволодінні мобільним телефоном шляхом обману (шахрайства); Д. було пред'явлено обвинувачення у співучасті у вчиненні вбивства.

Заявнику та його захиснику було надано матеріали справи для ознайомлення.

27 липня 2004 р. захисник заявника після ознайомлення з матеріалами справи подав клопотання про притягнення Д. як головного обвинуваченого, доводячи, що всі докази в матеріалах справи вказують на нього. Він стверджував, що визнавальні покази заявника були отримані внаслідок тиску працівників міліції та таємної угоди, яку він уклав із Д. Слідчий відмовив у задоволенні клопотання у зв'язку з його необґрунтованістю.

10 серпня 2004 р. справу щодо заявника і Д. було передано до апеляційного суду для розгляду по суті.

21 вересня 2004 р. апеляційний суд повернув справу на додаткове розслідування.

14 грудня 2004 р. Верховний Суд України (далі – ВСУ) скасував рішення від 21 вересня 2004 р. як безпідставне та повернув справу до апеляційного суду на новий розгляд.

26 серпня 2005 р. заявника оглянув лікар-нефролог, який склав медичну довідку, в якій зазначалося, серед іншого, що три ребра заявника на правому боці мають ознаки зрощених переломів, та рекомендовано обстеження у травматолога.

7 листопада 2006 р. апеляційний суд визнав заявника винним у вчиненні умисного вбивства та заволодінні мобільним телефоном шляхом обману (шахрайства) і призначив йому покарання у вигляді позбавлення волі строком на 14 років. Суд також визнав Д. винним у приховуванні вбивства та призначив йому строк покарання з випробуванням.

Прокурор та родичі потерпілого оскаржили вирок, зазначаючи, серед іншого, що вирок були занадто м'якими. Заявник також оскаржив вирок, стверджуючи, що його визнавальні покази було отримано шляхом застосування жорстокого поводження та за відсутності захисника. Він доводив, що увечері 19 березня 2004 р. під час його перебування у відділі міліції працівники міліції побили його так, що він знепритомнів, а коли прийшов до тями, вони продовжили бити його. Оскільки Д. йому і раніше погрожував, заявник зрештою здався і погодився свідчити проти себе.

8 листопада 2005 р. у відповідь на скаргу заявника на жорстоке поводження та порушення його процесуальних прав обласна прокуратура повідомила його, що ці питання розглядалися під час досудового слідства і судового розгляду та були залишені без задоволення як безпідставні. 25 листопада 2005 р. обласна прокуратура додатково повідомила заявника, що його скарги буде розглянуто ВСУ під час перегляду його кримінальної справи.

14 лютого 2006 р. прокуратура Черкаської області дала районній прокуратурі вказівку провести дослідчу перевірку за скаргами заявника на жорстоке поводження.

5 березня 2006 р. помічник прокурора районної прокуратури виніс постанову про відмову в порушенні кримінальної справи за скаргами заявника на жорстоке поводження, зазначивши про відсутність у діях працівників міліції складу злочину. Постанова містила посилення на пояснення працівників міліції та висновок експерта від 21 березня 2004 р. Заявник оскаржив постанову до Придніпровського районного суду міста Черкаси (далі – районний суд).

16 травня 2006 р. ВСУ скасував вирок від 7 листопада 2005 р. у частині визнання заявника винним у вчиненні вбивства та визнання Д. винним у приховуванні вбивства та повернув справу до апеляційного суду на новий розгляд у цій частині. Суд зазначив, що апеляційний суд не розглянув справу належним чином у частині, що стосувалася ролі Д. у події. Суд також надав вказівку ретельно розглянути твердження заявника про порушення його прав. Частина вироку щодо визнання заявника винним у заволодінні мобільним телефоном шляхом обману (шахрайства) ВСУ залишив без змін.

2 серпня 2006 р. районний суд скасував постанову помічника прокурора від 5 березня 2006 р. та призначив додаткову дослідчу перевірку.

13 серпня, 25 грудня 2006 р., 28 лютого та 25 червня 2007 р. помічники прокурора виносили постанови про відмову в порушенні кримінальної справи за скаргами заявника на жорстоке поводження на тій підставі, що додатковими перевірками складу злочину у діях працівників міліції виявлено не було. Усі ці постанови скасовувалися вищестоящими органами як безпідставні, та призначалися додаткові перевірки.

Під час судового розгляду заявник подав клопотання про призначення йому медичного обстеження з метою оцінки стану його здоров'я та встановлення, чи страждає він на будь-яке захворювання. 18 жовтня 2006 р. комісія судово-медичних експертів виявила у заявника хронічний піелонефрит, хронічну виразкову хворобу дванадцятипалої кишки, хронічний холецистит та доброякісну гіпербілірубінемію.

10 серпня 2007 р. помічник прокурора районної прокуратури знову виніс постанову про відмову в порушенні кримінальної справи у зв'язку зі скаргами заявника на жорстоке поводження, вважаючи, що у діях працівників міліції не було складу злочину.

19 листопада 2007 р. районний суд скасував постанову помічника прокурора від 10 серпня 2007 р. як безпідставну та призначив додаткову дослідну перевірку.

28 листопада 2007 р. апеляційний суд визнав заявника винним у вчиненні умисного вбивства та обрав йому покарання у вигляді позбавлення волі строком на 14 років. Суд також визнав Д. співучасником вбивства та обрав йому покарання у вигляді позбавлення волі строком на шість років. Суд зазначив, що незважаючи на те, що заявник обвинувачував у вбивстві Д., доказів у матеріалах справи було достатньо, щоб встановити, що саме заявник вбив Р. Суд ґрунтувався на свідченнях Т. та інших усних, документальних і речових доказах. Суд також наводив визнавальні покази заявника, надані під час досудового слідства у присутності захисників.

Апеляційний суд залишив скарги заявника на жорстоке поводження без задоволення, зазначивши, що під час судового розгляду працівники міліції заперечили стверджені факти.

Заявник оскаржив вирок, стверджуючи, серед іншого, що на початковому етапі слідства не було дотримано його право на захист, йому не було надано доступ до адвоката одразу після затримання, а його визнавальні покази було отримано в результаті жорстокого поводження.

18 грудня 2007 р. апеляційний суд частково задовольнив апеляційну скаргу прокуратури на рішення районного суду від 19 листопада 2007 р. Суд зазначив, що скарги заявника на жорстоке поводження стосувалися допустимості і достовірності доказів у кримінальній справі щодо нього. Отже, ці питання мали бути розглянуті апеляційним судом під час судового розгляду справи заявника, а не в окремому провадженні. Суд також дійшов висновку, що в ухваленому у справі заявника вирокі відповідні питання було розглянуто. Відповідно, провадження з цього питання має бути закрито. Заявник оскаржив це рішення у касаційному порядку.

6 травня 2008 р. ВСУ залишив вирок від 28 листопада 2007 р. без змін, зазначивши, що вина заявника була достовірно встановлена на основі різних доказів у матеріалах справи, включаючи визнавальні покази, які він надав під час досудового слідства. Суд відмовив у задоволенні скарг заявника на жорстоке поводження та порушення його процесуальних прав як безпідставних.

10 червня 2008 р. ВСУ залишив ухвалу апеляційного суду від 18 грудня 2007 р. без змін, зазначивши, що відповідні питання не можуть розглядатися одночасно із судовим розглядом кримінальної справи заявника.

Європейський суд з прав людини (далі – Суд) нагадує, що коли особа висуває небезпідставну скаргу на жорстоке поводження з нею, яке було таким, що порушує ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), це положення, взяте у поєднанні із загальним обов’язком держави за ст. 1 Конвенції, за своїм змістом ви-

магає проведення ефективного офіційного розслідування. Для того щоб розслідування могло вважатися “ефективним”, воно має в принципі призвести до встановлення фактів у справі та з’ясування і покарання винних осіб. Це не є обов’язком досягнення результату, а є обов’язком вжиття заходів. Державні органи повинні вживати всіх розумних і доступних їм заходів для збереження доказів, що стосуються події, включаючи показання свідків, висновки судових експертиз тощо. Будь-які недоліки розслідування, які підривають його здатність до встановлення причин заподіяння ушкоджень або винних осіб, ставлять під сумнів дотримання цього стандарту та вимог оперативності й розумного строку, які також передбачаються у цьому контексті.

Щодо цієї справи Суд зазначає, що заявник та його захисники почали подавати скарги на жорстоке поводження не одразу, що могло зменшити шанси отримання переконливих результатів щодо стверджуваного жорстокого поводження. Проте ця скарга стосується процесуального аспекту ст. 3 Конвенції, яким передбачено обов’язок засобів, а не обов’язок досягнення результату. Суд вважає, що заявник подав до національних органів влади небезпідставну скаргу про жорстоке поводження і, відповідно, вони були зобов’язані вжити усіх необхідних заходів для проведення ефективного розслідування відповідно до ст. 3 Конвенції.

Суд зазначає, що у рішенні у справі “Каверзін проти України” (*Kaverzin v. Ukraine*, заява № 23893/03, пункти 173–180, від 15 травня 2012 р.) він дійшов висновку, що небажання органів влади забезпечити проведення оперативного та ретельного розслідування скарг підозрюваних у вчиненні злочинів на жорстоке з ними поводження становить системну проблему у розумінні ст. 46 Конвенції. З урахуванням обставин справи та згідно зі своєю попередньою практикою Суд доходить висновку, що й у цій справі національні органи влади не дотрималися свого процесуального обов’язку щодо ефективного розслідування за скаргами на жорстоке поводження.

Отже, було процесуальне порушення ст. 3 Конвенції.

Суд нагадує, що ст. 3 Конвенції категорично забороняє будь-яке катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження. Жорстоке поводження підпадатиме під дію ст. 3 Конвенції лише у разі досягнення певного мінімального рівня жорстокості. Оцінка цього мінімуму є відносною і залежить від усіх обставин справи, таких як тривалість поводження, його фізичні та психічні наслідки, а в деяких випадках мають враховуватися також стать, вік і стан здоров’я потерпілого. Що стосується позбавленої свободи особи, застосування фізичної сили, необхідність якої не була суворо зумовлена її власною

поведінкою, принижує людську гідність та по суті є порушенням права, гарантованого ст. 3 Конвенції.

Суд при оцінці доказів, як правило, керується критерієм доведеності “поза розумним сумнівом”. Проте така доведеність може впливати із сукупності достатньо вагомих, чітких та узгоджених між собою ознак чи подібних неспростованих презумпцій факту. Коли вся чи значна частина інформації про події, про які йдеться, відома виключно органам влади – як це має місце у справі щодо ув’язнених осіб, які перебувають під контролем органів влади, – і коли у таких осіб під час їхнього ув’язнення з’являються тілесні ушкодження, це породжує відповідні обґрунтовані презумпції факту. При цьому тягар доведення можна вважати покладеним на органи влади, адже саме вони мають надати задовільні та переконливі факти.

Оцінюючи наявні медичні докази, Суд доходить висновку, що вони є суперечливими і недостатніми для підтвердження скарг заявника на жорстоке поводження. Суд зазначає, що медичну довідку від 26 серпня 2005 р., яка є єдиним доказом на підтвердження скарги заявника, було видано більш ніж через рік і п’ять місяців після стверджуваного жорстокого поводження.

У зв’язку з тим, що ці питання залишилися невіршеними внаслідок бездіяльності національних органів влади, їх було розглянуто за процесуальним аспектом ст. 3 Конвенції, і Суд встановив процесуальне порушення зазначеного положення. Щодо матеріального аспекту ст. 3 Конвенції Суд вважає, що наявні матеріали справи не дають змоги остаточно встановити, що заявник зазнав переломів ребер або будь-яких інших тілесних ушкоджень, коли він перебував під контролем органів влади.

За цих обставин Суд не встановлює порушення матеріального аспекту ст. 3 Конвенції.

Суд нагадує, що п. 1 ст. 6 Конвенції вимагає, щоб, як правило, доступ до захисника надавався з першого допиту підозрюваного працівниками міліції, за винятком випадків, коли за конкретних обставин відповідної справи продемонстровано, що існують вагомі підстави для обмеження такого права. Та навіть коли вагомі підстави можуть у виняткових випадках виправдовувати відмову у доступі до захисника, таке обмеження, незважаючи на його підстави, не повинно порушувати права обвинуваченого за ст. 6 Конвенції. Право на захист як таке буде неоправно порушено, якщо визнавальні докази, отримані від особи під час допиту правоохоронними органами за відсутності захисника, використовуватимуться з метою її засудження.

Отже, питання полягає у тому, чи була відсутність захисника виправданою. Беручи до уваги факти, Суд не вбачав жодної вагомої підстави для обмеження на той час права заявника на захисника.

Більше того, Суд вважає, що зазначене обмеження порушило права заявника на захист. При обґрунтуванні вини заявника у вбивстві національні суди дійсно, як стверджував Уряд, не робили прямого посилання не тільки на визнавальні покази заявника від 19 березня 2004 р., а й на інші покази, надані того ж дня, які жодним чином не стосувалися питання, про яке йдеться. Проте національні суди не вилучили визнавальні покази від 19 березня 2004 р. з матеріалів справи, а також не постановили жодну ухвалу щодо ролі цих показів у визнанні заявника винним. Навпаки, вони посилалися на визнавальні покази заявника, які той дав 20 березня 2004 р. у присутності захисника. У зв'язку з цим слід зазначити, що допит заявника вранці 20 березня 2004 р. розпочався з пропозиції слідчого докладніше пояснити те, про що заявник не повідомив у своїх визнавальних показах 19 березня 2004 р. Отже, видається, що зазначений допит був прямим продовженням визнавальних показів заявника, наданих 19 березня 2004 р. За цих обставин відсутність будь-якого посилання на визнавальні покази заявника, надані 19 березня 2004 р., не виключає їх впливу на визнання заявника винним.

З огляду на зазначені вище міркування Суд доходить висновку, що було порушення п. 1 і пп. "с" п. 3 ст. 6 Конвенції.

### *Правові позиції Верховного Суду*

#### *Цивільна юрисдикція*

### ПРО НОВАЦІЮ ЯК ПІДСТАВУ ПРИПИНЕННЯ ІСНУЮЧОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ДОГОВОРОМ ОРЕНДИ ЗЕМЛІ\*

Згідно з ч. 1 ст. 93 Земельного кодексу України (далі – ЗК України) право оренди земельної ділянки – це засноване на договорі строкове платне володіння і користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для провадження підприємницької та іншої діяльності.

У статті 13 Закону України “Про оренду землі” визначено, що договір оренди землі – це договір, за яким орендодавець зобов'язаний за плату передати орендареві земельну ділянку у володіння і користування на

\* Витяг із постанови Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 13 березня 2019 р. у справі № 609/67/18, сформований Л. Сидоровою.

певний строк, а орендар зобов'язаний використовувати земельну ділянку відповідно до умов договору та вимог земельного законодавства.

Згідно з ч. 1 ст. 19 Закону України “Про оренду землі” строк дії договору оренди землі визначається за згодою сторін.

Зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом. Припинення зобов'язання на вимогу однієї із сторін допускається лише у випадках, встановлених договором або законом (ст. 598 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)).

Виходячи зі змісту статей 526, 599 ЦК України зобов'язання буде вважатися виконаним належним чином, якщо таке виконання здійснене відповідно до умов договору та вимог законодавства, а якщо умови виконання не визначені у договорі або законі, то вони повинні бути виконані відповідно до звичаїв ділового обороту або до вимог, що зазвичай ставляться.

У справі, яка переглядається, апеляційний суд дійшов висновку про припинення зобов'язання за договором оренди землі від 1 січня 2012 р., оскільки між сторонами цього договору досягнуто домовленість про заміну первісного зобов'язання за цим договором новим зобов'язанням – за договором оренди землі від 20 травня 2017 р. (*новація*).

Не погодившись із таким висновком апеляційного суду, Верховний Суд зазначив про таке.

Відповідно до частин 2 і 4 ст. 604 ЦК України зобов'язання припиняється за домовленістю сторін про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими самими сторонами (*новація*). Новація припиняє додаткові зобов'язання, пов'язані з первісним зобов'язанням, якщо інше не встановлено договором.

Зі змісту ст. 604 ЦК України вбачається, що *ознаками новації* є:

- спосіб припинення зобов'язання;
- вона можлива лише між тими самими сторонами (сторонами попереднього зобов'язання);
- є двостороннім правочином (договором);
- нове зобов'язання пов'язане з попереднім і спрямоване саме на заміну первісного зобов'язання новим, а не на зміну цього зобов'язання.

Деякі із зазначених вище ознак новації одночасно є умовами її вчинення.

*До умов новації згідно з вимогами закону віднесено такі:*

- нове зобов'язання повинне пов'язувати тих самих осіб, що й первісне;
- сторони мають досягти згоди щодо заміни одного зобов'язання іншим, а “домовленість про новацію”, про яку йдеться у ч. 2 ст. 604 ЦК України, – це договір про заміну зобов'язання;



– вчиняється новація у формі двостороннього правочину (*новаційного договору*), який має відповідати вимогам до форми та змісту, необхідних для нового зобов'язання;

– наявність наміру сторін вчинити новацію, про який сторони повинні обов'язково вказати у договорі, а за відсутності такого застереження первинне зобов'язання не припиняється, а буде діяти поряд із новим;

– дійсність первинного зобов'язання (недійсність первинного зобов'язання веде до недійсності й нового зобов'язання, що впливає з новації, якщо ж недійсним є новаційний договір, сторони залишаються пов'язаними первинним зобов'язанням, і новація не відбувається);

– зміна змісту зобов'язання, або має виконуватися те саме, але на іншій правовій підставі;

– допустимість заміни первісного зобов'язання новим.

Умови новації є необхідними і достатніми для вчинення новації.

Таким чином, новація – це *угода про заміну* первинного зобов'язання новим зобов'язанням між тими самими сторонами. Вона не припиняє правового зв'язку сторін, оскільки замість зобов'язання, дія якого припиняється, виникає узгоджене ними нове зобов'язання.

Юридичною підставою для зобов'язання, яке виникає при новації, є *домовленість сторін про припинення первинного зобов'язання*.

Угода про заміну первинного зобов'язання має договірну природу. Новація є консенсуальним, двостороннім та оплатним договором, який має правоприпинювальну природу.

Оскільки оспорюваний у цьому позові договір оренди землі від 20 травня 2017 р. не містить вказівки на первинне й нове зобов'язання та намірів сторін вчинити новацію, тобто припинити існуюче і замінити його новим.

Вказане свідчить про передчасність висновку, що між позивачем і СТОВ “Агро-Лан” було досягнуто домовленість про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими самими сторонами (новацію), що відповідно до ст. 604 ЦК України є підставою для припинення зобов'язання.

**Ratio Decidendi**

ЮРИДИЧНИЙ ПОРТАЛ

Професійний помічник суддів,  
адвокатів та прокурорів

<http://rd.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

# “ПРАВО УКРАЇНИ”

3  
2019

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації  
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*  
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*  
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 15.04.2019. Формат 70x100/16.  
Папір офсетний. Офсетний друк.  
Ум. друк. арк. 26,16. Обл.-вид. арк. 21,54.  
Зам. 0418-0280. Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:  
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна  
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),  
+380(44) 537-51-10 (редакція)

[www.pravoua.com.ua](http://www.pravoua.com.ua)

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,  
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Виготовлено в друкарні  
ТОВ «Видавничий Дім «АртеК»  
Україна, 04050, м. Київ, вул. Мельникова, 63,  
тел. +380(67) 440-11-37  
[artek.press@ukr.net](mailto:artek.press@ukr.net)  
[www.artek.press](http://www.artek.press)  
[www.book-on-demand.com.ua](http://www.book-on-demand.com.ua)  
Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників  
і розповсюджувачів видавничої продукції  
Серія ДК № 4779 від 15.10.2014 р