

© **Михайло Савчин**, д.ю.н., проф., директор,  
НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права,  
Ужгородський національний університет

### **Тема 1. Предмет та система порівняльного конституційного права**

1. Поняття конституційного права: горизонтальна і вертикальна структура.
2. Методологія порівняльного конституційного права.
3. Конституційна ідентичність та конституційні системи.
4. Конституційні перенесення (transplant) та запозичення (borrowing)

### **Література**

- Ребет Лев (2017). *Порівняльна метода у науці про право*, Київ-Мюнхен: Логос.
- Речицкий Всеволод (2010), *Политический предмет конституции*, Харків, Право.
- Савчин Михайло (2018), *Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму*, Ужгород
- Савчин (2006), *Методологія порівняльного правознавства у контексті зближення правових культур та соціогуманітарного виміру права, Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку*, Шемшученко/Кресін (ред).
- Старосольський Володимир (2017). *Держава і політичне право*. В 2-х ч. Київ: Логос.
- Франкенберг Гюнтер. (2004), *Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение*, 3-4 *Сравнительное конституционное обозрение*.
- Шевчук Станіслав (2001), *Основи конституційної юриспруденції*, Харків, Право.
- Dorsen/Rosenfeld/Sajo/Baer (Eds.) (2010), *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, Thompson West.
- Hirschl Ran (2016), *From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies*, 1(11) *Int'l J'nl of Constitutional Law* 1-12
- Rosenfeld/Sajo (Eds.) (2003), *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.
- Tushnet Mark (1999), *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *The Yale Law Journal* 1225-1309

#### **1. Поняття конституційного права: горизонтальна і вертикальна структура.**

Структуру сучасного конституційного права складають: а) конституційні цілі; б) співвідношення конституційного права та публічного права; в) співвідношення конституційного права та приватного права; г) в умовах перехідної конституційної

демократії має також значення співвідношення етатистського та ліберального підходу. Сучасне конституційне право є результатом діалогу представників різних цивілізацій людства, у результаті чого сформувалася згода щодо соціальних цінностей, які певним чином юридично формалізуючись набувають характер конституційних принципів. З цих міркувань є важливою роль порівняльного конституційного права, яке надає імпульс розвитку доктрини, законодавства та адміністративної і судової практики у національних правопорядках.

**1.1. Конституційний телос (цілі).** До основних конституційних цілей відносяться (1) обмеження свавілля влади на засадах поваги приватної автономії та (2) гарантії прав людини і основоположних свобод. Такі конституційні цілі сформульовані у період Просвітництва як результат осмислення емпіричного досвіду функціонування абсолютистських монархій, свавілля яких необхідно було обмежити. Критерієм обмеження було визнано права людини, які виводилися, зокрема Гуго Гроцієм та Франціско Суарезом із природного права на спротив тиранії, забезпечення вільного від зовнішнього тиску вибору індивіда.

**1.2. Конституційне право та публічне право.** Існують два основних підходи до розуміння співвідношення конституційного та публічного права.

а) Згідно з *класичним підходом*, конституційне право є складовою частиною публічного права, оскільки його предметом є відносини владарювання, учасники якого знаходяться у взаємозв'язку «правитель – підпорядкований». Такий підхід передбачає, що конституційне право забезпечує легітимацію державного втручання у приватне життя з метою захисту публічних інтересів. З цією метою здійснюється конституювання (закріплення конституційного статусу) політичних інститутів та публічної влади. Для забезпечення легітимності публічної влади конституція виражає формалізацію повноважень і відповідальності органів публічної влади. Здійснення ефективного публічного управління залежить від його зворотних зв'язків із народом та визначення форми впливу народу на управлінські рішення у суспільстві. З цього робиться висновок, що конституційне право є провідною галуззю публічного права у національній правовій системі.

б) За *посткласичним підходом* конституційне право складно уявити виключно як складову частину публічного права. Скоріше це співвідношення полягає у тому, що конституційне право за своїм обсягом ширше публічного права (оскільки воно містить фундаментальні принципи, що стосуються і приватного права), однак воно глибоко не визначає, не регулює низку питань публічного права (управління, фінансову систему, оподаткування, процесуальне право тощо). Зокрема, конституційне право визначає ступінь легітимності втручання держави у приватну автономію, встановлюючи межі такого втручання. На відміну від класичної, посткласична концепція передбачає, що конституційне право виконує функцію узгодження, збалансування приватних і публічних інтересів. Співвідношення політичних інститутів та публічної влади розглядається, як правило, на засадах автономії. Організація публічної влади зумовлена принципами обмеженого правління, поділу влади та збалансованого конституювання повноважень

між органами публічної влади. Конституційне право є позапартійним, державна політика підпорядкована праву, відповідно держава є відділеною від партійного апарату. У свою чергу публічна влада трактується у вигляді правової традиції із здійснення влади народом, здійснення народом ефективного контролю за діяльністю уряду. Тому конституційне право є сукупністю загально визнаних суспільних цінностей і принципів національної правової системи та правил діяльності конституційних органів влади, заснованих на повазі гідності людини та верховенстві права.

Виходячи із цього можна сформулювати своєрідну пентаграму ПКП:

- 1) гарантії прав людини і основоположних свобод;
- 2) моделі легітимації влади та її обмеження правами людини;
- 3) моделі національного суверенітету та контролю народу над владою;
- 4) владні відносини та забезпечення балансу повноважень;
- 5) співвідношення конституційного та міжнародного права, конституційного та наднаціонального права

### **1.3. Конституційне право та приватне право: доктрина “горизонтального ефекту”.**

У приватноправовій сфері конституційне право визначає баланс публічних та індивідуальних інтересів. Тому існує необхідність забезпечення належних гарантій гідності та особистої свободи індивіда. Основою цього виступає свобода договору, що передбачає добросовісність вступу особи у правовідносини. Приватна особа повинна обачливо та розсудливо визначати моделі своєї поведінки, щоб мінімізувати негативні наслідки своєї діяльності. У приватноправові відносини сторони вступають на засадах рівності, що не допускає надання переваг чи привілеїв одній стороні інакше, ніж це було б виправдано міркуваннями загального інтересу. Тому від індивіда передбачається соціальна активність та відповідальність, тобто він повинен володіти правосуб'єктністю, що включає в себе правоздатність, дієздатність і деліктоздатність.

Доктрина «горизонтального ефекту» конституції сформульовано у конституційній юриспруденції. Зокрема, Верховний суд Ізраїлю у справі *Kibbutz Hatzor* наголошуючи на чинності конституційних принципів охарактеризував їх як: «Нормативна парасолька, розкрита над всім законодавством». Федеральний конституційний суд Німеччини висловився, що конституційні цінності складають «об'єктивну цінність для правової системи» (*Lueth Case*). Справа стосувалася здійснення свободи договору у контексті реалізації договору прокату у кінотеатрах фільму, в якому компліментарно висвітлювалися окремі аспекти нацистської ідеології, у контексті гарантій вільного демократичному конституційному порядку, якому суперечить ідеологія нацизму. Верховний суд Нью-Йорка щодо застосування санкцій фінансового характеру наголосив, що: «Судовий аналіз виходить не з форми, у якій була здійснена державна влада, а незалежно від такої форми з визначення того, чибула вона фактично здійснена» (*New York Times Co. v. Sullivan* ).

Поняття «горизонтальний ефект», «доктрина державних дій» (*Drittwirkung, Horizontal Effect, Third Party Effect*) є усталеним поняттям у порівняльному конституційному праві<sup>1</sup>. Вперше цю концепцію було застосовано у 1953 році Федеральним Конституційним Судом ФРН у справі *Lueth*, відповідно до якої права і свободи людини становлять особливу цінність конституційного ладу, тому основні права і свободи пронизують та визначають зміст норм приватного права, і, насамперед, цивільного права. Тому незважаючи на те, що між горизонтальним ефектом та прямою дією конституції є певні спільні риси, насамперед йде мова про те, що конституція закладає фундаментальні цінності для приватного права. Таким чином, змінюються акценти щодо дослідження природи та механізму чинності конституційних норм.

Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цими конституційним принципам і правилам. У конституції існують основоположні правила, які визначають зміст інститутів речового, договірної та зобов'язального права<sup>2</sup>. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lueth*, положення конституції просякнуті загальнолюдськими цінностями, у відповідності до яких конституція «встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності основоположних прав. Цю систему цінностей, у центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і служить пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя. Таким чином, очевидно, що ця система цінностей здійснює вплив на цивільне право. Кожна цивільно-правова норма повинна бути сумісною з цією системою і трактуватися у відповідності до її духу»<sup>3</sup>.

Згідно з прецедентним правом ФКС Німеччини «в основоположних нормативних областях, особливо в області здійснення основоположних прав, якщо вони підпадають під державне регулювання, законодавець зобов'язаний сам приймати всі істотні рішення». Таким чином, вирішення усіх принципових питань, що безпосередньо зачіпають громадян, повинно бути заснованим на законі.

Зокрема, у Німеччині правова позиція ФКС еволюціонувала від ідеї надпозитивного характеру основних прав і свобод у бік думки, що Основний закон виключає конфлікт між надпозитивними основними правами та конституцією, оскільки конституція визнає гідність людини в якості недоторканного і тим самим як одного із фундаментальних надпозитивних прав і принципів. На думку колишнього голови ФКС Німеччини Р. Герцога,

---

<sup>1</sup> Абвель М. Существует ли в законодательстве Европейского Союза «горизонтальный эффект»? *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4; Гарлицкий Л. Взаимоотношения частных лиц Конвенции о защите прав человека и основных свобод. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4; Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 2.

<sup>2</sup> Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 2. С. 28.

<sup>3</sup> Kommers D.P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2<sup>nd</sup> ed. Durham: Duke University Press, 1997. P. 363.

взагалі немає різниці між писаними і тими, що виводяться за допомогою тлумачення, конституційними принципами, – вони є рівнозначними і рівноцінними.

Німецький конституціоналіст Гюнтер Тойбнер виділяє такі аспекти доктрини горизонтального ефекту на прикладі цифрових технологій<sup>4</sup>:

1) вона виражає конституційні права як своєрідні колективні інституції, оскільки передбачає їхнє зважування у контексті приватних і публічних відносин;

2) експансіоністські тенденції держави у сфері медіа, коли вертикальна структура прав людини як правомірної вимоги приватних осіб, що зумовлює обов'язок захисту держави, накладається на відносини рівності та еквівалентності між приватними особами – це зумовлює втручання держави для вирівнювання такого положення з міркувань захисту слабшого з використанням всієї соціоекономічної структури держави;

3) наповнення змістом конституційних прав у кіберпросторі, що зумовлює наповнення адекватним змістом організацію та процес при вирішенні питання щодо притягнення до відповідальності порушників, які свавільно втручаються у сферу приватної автономії інших приватних осіб.

**1.4. Конституційне право: етатистський та ліберальний підхід.** Вельми проблемним для молодих перехідних конституційних демократій є подолання спадщини тоталітаризму та/або авторитаризму. У контексті конституційної історії постсоціалістичних та пострадянських країн цим є радянська соціальна інженерія. Ця соціальна інженерія була спрямована на атаку приватності особи. Так, сталінська Конституція 1936 р. закріплювала право на житло, хоча насправді основна маса населення проживала в гуртожитках, бараках та комунальних квартирах, де простір приватності скорочувався до мінімуму. Це сприяло посиленню контролю держави на поведінкою індивіда, роблячи його більш схильним до виконання різного державних програм.

Іншим чинником соціалістичної спадщини у конституційній динаміці пострадянських країн є надмірне формальне розуміння прав. Як справедливо наголошував український дисидент Євген Сверстюк, на практиці це виражалось у «застосуванні» закону, а не на його чинності, складовою чого є повага до прав людини, оскільки закон виражає допустимі межі втручання держави у сферу приватності особи.

Натомість інтерпретація конституційного права як сукупності фундаментальних цінностей і принципів, заснованих на повазі людської гідності, відкидає такий підхід. Адже загальні принципи права визначають насамперед стандарти і вимоги до організації та діяльності держави у світлі конституційних цілей – обмеження державної сваволі та захисту прав людини. З інституційної точки зору найбільш гострою дилемою молодих конституційних демократій є співвідношення верховенства парламенту та судового конституційного контролю. Доволі часто не вирішення цієї дилеми призводить до занепаду національної державності (Білорусь, Узбекистан, Російська Федерація), при якій доволі складно говорити про реалізацію певної моделі конституціоналізму.

---

4 Teubner, Guenter. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case of Digital Constituion. *The Italian Law Journal*. 2017. Vol. 03. No. 01. P. 193–205.

## 2. Методологія порівняльного конституційного права

**2.1. Основні засади.** Засади і правила методології компаративних досліджень залежать від цілей, суті проблеми, яку необхідно вирішити, та масштабів і рівня порівняльно-правового аналізу. Тому методи компаративних досліджень можуть по-різному поєднуватися і застосовуватися. Однак при цьому необхідно додержуватися певних фундаментальних положень і засад. Одним із першим фундаментальним дослідженням, яким було обґрунтовано методологію компаративних досліджень є докторська дисертація вітчизняного правознавця Лева Ребета, яка була захищена у Українському вільному університеті (Мюнхен, Німеччина)<sup>5</sup>. Ребет розглядав ознаки конвергенції історичної та природно-правової теорій, визначав рівні порівняння у права, ознаки порівнюваності у праві (поняття і роди, природну, штучну, випадкову порівнювальність, окремі випадки порівняння непорівнюваних систем), етнологічні, історичні та догматичне порівняння.

Компаративісту в своїх дослідженнях необхідно враховувати суспільний та державний устрій країни, її правову культуру і традиції, існуючу правову інфраструктуру, рівень правової техніки юристів тощо. Ретельне вивчення комплексу соціальних та правових явищ, що впливають на процес прийняття правових рішень, повинно стати наріжним каменем формування об'єктивних критеріїв порівняльно-правових досліджень.

Академічні компаративні дослідження визначають основні структурні елементи правових систем на рівні традиції права та його принципів. Загальноприйнятою є практикою вважати, що в основі конституціоналізму лежить верховенство права, верховенство основних прав і свобод та легітимність публічної влади (обмежене правління), а також конституційна юстиція<sup>6</sup>.

На основі приведеного аналізу можна сформулювати деякі принципи методології порівняльно-правових досліджень, серед яких можна виділити такі: додержання вимог наукової та професійної етики юриста; незаангажованість та неупередженість досліджень; функціоналізм; поєднання концептуалізму із конкретно-прикладними методами дослідження; синтетизм та поліваріантність робочих гіпотез; застосування інструментів формальної юридичної логіки та юридичної техніки; досягнення академічної та прикладної прийнятності та коректності результатів дослідження.

Важливим у сучасному порівняльному конституційному праві є мистецтво формулювати конституційні ідеї та смисли, яке умовно можна назвати конституційною ідеографією. Основоположником цього підходу є відомий конституціоналіст Ран Гіршл. На його думку, ідея порівняльного конституційного права поступово проходить трансформацію до порівняльного конституційного вчення<sup>7</sup>. Гадаю, це є вдалою постановкою вирішення

---

<sup>5</sup> Ребет Лев, *Порівняльна метода у науці про право*. Київ: Логос, 2017.

<sup>6</sup> Tushnet, Mark, *Constitutional Interpretation, Character and Experience*, *Boston University Law Review*, Vol. 72, no. 4.

<sup>7</sup> Hirschl, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2014. p. 151–191.

питання, над яким б'ються тривалий час ориджиналісти та контекстуалісти при тлумаченні конституції чи приборчники природного та позитивного права. Науковець також пов'язує це із актуалізацією міждисциплінарного підходу, що наразі сприяє поглибленню розуміння сутності та сенсів конституційних явищ і процесів, зокрема конституційної ідентичності у контексті явищ глобалізації та інтеграції у праві. На думку Гіршла, кристалізація конституційного порівняльного права як вчення відбулося на рубежі XIX–XX стст. завдяки працям Алберта Венна Дайсі, Георга Єліннека, Джеймса Брайса [6, р. 158]. Пізніше визначний вклад у вчення порівняльного конституційного права внесли Райнер Арнольд, Арнім фон Богданді, Стівен Голмс, Доналд Горовіц, Аренд Ліпгарт, Хуан Лінц, Алфред Степан, Джованні Сарторі, Адам Пшеворскі, Мішель Розенберг, Ондраш Шайо, Петер Шульце.

Оскільки конституційне право пов'язане, насамперед, із сферою політичного, за відомим висловом Жан Жака Руссо є «політичним правом», значно зростає роль міждисциплінарного підходу у розмежуванні права і політики, зокрема, доктрини політичного питання у діяльності конституційної юстиції чи питань свободи політичної діяльності у контексті доктрини демократії, здатної до самозахисту, яка визначає засади легітимності партій, лояльності до конституції та політичної нейтральності публічних службовців, деконцентрації влади тощо. У зв'язку із інтеграційними процесами та глобалізацією важливого значення набуває врахування етнографічних, демографічних та культурних чинників у самоідентичності спільнот, реалізації ними права на самовизначення, кристалізації цих спільнот у політичні нації, що претендують на створення національної державності (Nation-State). Таких прикладів чинників розвитку конституційного права у компаративній перспективі можна наводити досить багато. Конституційна ідеографія, окрім подолання відомої дилеми ориджиналістів та контекстуалістів, дає змогу досягнути особливості висвітлення певних ідей та цінностей через юридичні конструкції у тексті конституцій, актах законодавства та судової практики. Також такий підхід доволі прозоро пояснює досягнення *opinio iuris doctorum* через інтерсуб'єктний дискурс між учасниками конституційних правовідносин. Розуміння природи суспільно-політичних дебатів, ступеня конкретизації і деталізації положень конституції в актах законодавства та судових рішеннях дає змогу з'ясувати межі законодавчого, адміністративного та судового розсуду, додержання засад юридичної визначеності та обґрунтованості рішень. Це також має чи не вирішальне значення для інтерпретації таких універсальних цінностей, як гідність людини, свобода, рівність.

Рівні компаративного дослідження:

- Мікро-, мезо- та макрорівень порівняння, про форми прояву якого буде нижче сказано при характеристиці стосовно взаємодії національних правопорядків;
- Діахронне та синхронне порівняння. Таке порівняння відповідно передбачає порівняння певних інституцій у різні проміжки часу та однаковому історичному етапі розвитку;
- Роль юридичної техніки у компаративних дослідженнях (термінологія, законодавча техніка, інтерпретація конституції).

**2.2. Функціональний метод.** Сутність цього методу полягає у визначенні оптимального способу вирішення конкретної проблеми, яку ставить перед собою компаративіст. Він ґрунтується на постановці проблемного питання, що супроводжується робочою гіпотезою, підбіркою зарубіжного правового матеріалу, вибором критеріїв їх дослідження та формулювання методики “автономного” тлумачення обраної правової проблематики. На думку прибічників цього методу Конрада Цвайгерта і Гайнца Кьотца, це дає змогу зробити коректний порівняльно-правовий аналіз правових явищ і процесів. На переконання авторів функціональний метод вирішує як теоретичні, так і практичні завдання юриспруденції, він створює «умови для більш глибокого вивчення правового матеріалу, щоб досягти його адекватного осмислення і в кінцевому результаті підняти право на більш високий якісний рівень»<sup>8</sup>.

Зміст функціонального методу зводиться до певного алгоритму, послідовності дій аналітика при проведенні порівняльного дослідження:

- 1) постановка робочої гіпотези у компаративних дослідженнях;
- 2) при зборі матеріалів для порівняльно-правового аналізу, компаративісту необхідно володіти “винахідливістю” щодо систематизації норм іноземного права, функціонально ідентичних норм національного права;
- 3) “презумпція ідентичності” виступає як засіб прийняття практичних рішень:
  - насамперед може вказати досліднику правильний шлях – яку сферу іноземного права необхідно обрати для виявлення відповідності та подібності норм іноземного та вітчизняного права, щоб прийняти аналогічне рішення на практиці;
  - служить засобом контролю правильності досягнутих результатів, дозволяє корелювати обсяг дослідження;
- 4) виведення загальних принципів права. Критерії порівняльного аналізу необхідно будувати на загальних рисах правових інститутів, які регулюються у національному праві, що є типовими у конкретній правовій сім’ї;
- 5) визначення варіантів вирішення академічної проблеми та здійснення автономного тлумачення при вирішенні прикладних проблем.

На основі цього формулюється власне єдина система порівняльно-правового дослідження, в яку необхідно включити однотипний понятійний апарат, гетерогенний по відношенню до порівнюваних правових інститутів. У цьому випадку можна освоїти специфіку стилю законодавчих актів (статутного права), засобів судового тлумачення.

Позитивним моментом функціонального методу є розкриття механізму вирішення конкретної правової проблеми у національному правопорядку без прив’язки до системи юридичної термінології власного правопорядку дослідника. Негативною рисою принципу функціоналізму є те, що компаративіст повинен рішуче звільнитися від концепцій і понять власного права, які укорінилися у його правосвідомості. Позитивом цього методу є те, що

---

<sup>8</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*: В 2-х тт. Том I. Основы: пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 2000. С. 51.



можна визначити, яку конкретну сферу іноземного права необхідно досліджувати, щоб знайти аналоги рішень власних юридичних проблем.

**2.3. Державно-правова ідентифікація.** На думку проф. Юрія Тихомирова, цей метод інтегрує в собі логічні методи та метод порівняльного аналізу у компаративістичних дослідженнях. Правова ідентифікація заснована не тільки на об'єктах, формах і методах правового регулювання, а також на виявленні місця правового акту в конкретній правовій системі та його внутрішньогалузевих і міжгалузевих зв'язках. "Вона означає усвідомлене ототожнення громадянина як зі своєю системою права, законодавства, так і з близькими політичними, релігійними і моральними поглядами"<sup>9</sup>. З певних причин надається пріоритет порівняльного аналізу законодавства, хоча не відкидається можливість порівняльного дослідження інших аспектів правових систем.

Важливий момент у порівняльно-правовому аналізі, на думку Тихомирова, полягає у визначенні об'єкта дослідження, організації роботи, основних проблемах компаративістики, плануванні дослідницької роботи, визначенні формально-юридичних та юридично-змістовних критеріїв досліджень та у підготовці інформаційно-аналітичних матеріалів.

*i) Формальний аспект.* В якості об'єктів порівняльно-правового аналізу служать нормативно-правові акти зарубіжних країн та міжнародні акти, а також правові інститути, норми, засоби юридичної техніки. Об'єкти порівняльного дослідження повинні бути сумісними за предметом правового регулювання і включати весь масив нормативно-правових актів у досліджуваній сфері.

З формально юридичної точки зору визначається ефективність нормативного регулювання досліджуваних правових інститутів, галузей, масивів законодавства з традиційних позицій російської теорії права. Необхідно визначити кількісний і якісний стан нормативного регулювання, зокрема, ступінь розвитку законодавчої техніки, правового режиму тощо.

*ii) Змістовний аспект.* При дослідженні змістовних аспектів правових інститутів, норм беруться до уваги варіанти вирішення економічних, соціальних та інших завдань, їх відповідність конституції та міжнародним актам. При порівняльно-правовому аналізі відповідності правових рішень загальноновизнаним принципам і нормам міжнародного права необхідно враховувати: механізм забезпечення правових рішень, способи вирішення колізій; ступінь забезпеченості правових рішень фінансовими, матеріально-технічними, організаційними і кадровими ресурсами; ступінь відповідності порівнюваних норм правам і законним інтересам учасників правовідносин; ступінь нормативного регулювання, наявність прогалин у праві.

Метод державно-правової ідентифікації очевидно побудований на домінанті публічного інтересу у проведенні порівняльно-правового аналізу. Кидається у вічі при формуванні змістовних критеріїв порівняльного дослідження формалізація процедур, коли надається перевага стану правового регулювання. "Догмат закону" закриває критичний погляд на можливі варіанти та пріоритети при прийнятті правових рішень, можливого

---

<sup>9</sup> Тихомиров Ю. *Курс сравнительного правоведения*. Москва: Юридическая литература, 1996. С. 57.

розвитку правових процедур. Також залишаються нез'ясованими об'єктивні умови та фактори самоорганізації правової системи у цілому, побіжно вирішуються проблеми юридичного функціонування.

**2.4. Синтетизм.** Порівняльне правознавство переслідує як академічні, так і прикладні цілі, тому згадані підходи (вони подібні відповідно до методу державної правової ідентифікації та функціонального методу) необхідно певним чином інтегрувати. Це зумовлено тенденціями розширення сфери нормативного регулювання, підвищенням ролі закону, принципів верховенства права і конституційної держави та необхідністю забезпечення правової безпеки у суспільстві. Одночасне проведення порівняльних досліджень з метою визначення сумісності правових інститутів, норм та можливості їх переведення з однієї правової системи до іншої, а також юридичного режиму їх функціонування крізь призму порівняльного аналізу юридичного стилю, юридичної техніки та системи тлумачення норм права дасть змогу виявити позитивні та негативні характеристики порівнюваних правових явищ і процесів.

Можна запропонувати синтетичну методіку порівняльного аналізу, засновану на закономірних зв'язках та впливі на них випадкових факторів усередині правової системи. Алгоритм синтетичного компаративного дослідження такий:

1) визначення проблеми, яка потребує вирішення, виходячи із функціонального критерію;

2) накопичення матеріалу дослідження, з огляду на особливості правової традиції, системи джерел права та їх інтерпретації, а також правової культури правил, процедур, інститутів або правових систем, які порівнюються;

3) визначення нормативної основи порівняльно-правового дослідження:

– горизонтальної структури конституційного та міжнародного права, ступінь конкретизації цих норм у національних правопорядках, насамперед у поточному законодавстві;

– вивчення прецедентного права органів конституційної юстиції та заснованих на конституційній преюдиції актів загальних судів вищих інстанцій;

– визначення сфери закону та техніки делегування законодавчих повноважень парламентами урядові та можливість видання главами держав актів, що прівірюються за юридичною силою до закону;

– визначення ступеня свободи розсуду уряду та адміністрації у регламентарній правотворчості;

4) визначення зворотних зв'язків між законодавством і судовою практикою:

– можливість судового коригування стану законодавчого упушення у випадку “мовчання” закону;

– можливості судів формулювати прецеденти в силу застереження в законі;

– характер судової практики та її впливу на стан визнання правовідносин у національних правопорядках.

5) визначення юридичної природи інтерпретації правових норм можна вести за такими параметрами:

– дослідження ролі повноважень судів юстиції в інтерпретації (тлумаченні) правових норм, тобто у загальній сукупності їх повноважень стосовно розгляду спорів про право;

– визначення “правового стилю” ухвалення рішень судами, порядку добору судами матеріалів справи та формування відповідної доказової бази;

– засоби юридичної техніки, зокрема техніки формулювання юридичних конструкцій, понять та термінів; з’ясування домінуючих методів формальної юридичної логіки, які лежать в основі обґрунтування рішень судів (зокрема ролі юридичної догматики);

– юридичний зв’язок судової практики із практикою правотворення, зокрема форм впливу цих органів на законотворення, статутне право парламентів;

– сумісність актів інтерпретації судів із системою джерел права, їх вплив на правову систему, зокрема через керівні принципи, правові позиції судочинства;

6) сумісність структурних елементів порівнюваних правопорядків на основі загальних принципів права;

7) визначення можливості запозичення/рецепції правил, процедур, інститутів іноземного права та їх адаптації; можливості зближення/уніфікації законодавства.

Відповідні засоби і способи синтетизму при компаративному дослідженні можуть певним чином поєднуватися у залежності від предмета дослідження та конкретної проблематики, яку має дослідити та вирішити науковець та практик. Наприклад, при дослідженні законодавчої техніки буде більше звертатися увага на комплексність правового регулювання певної сфери у взаємозв’язку із іншими соціальними регуляторами, а при запозиченні певної судової практики – засоби і способи аргументації судових рішень.

### **3. Конституційна ідентичність та конституційні системи**

Порівняльне конституційне право розкриває деякі відповіді, пов’язані із конституційною ідентичністю. Водночас конституційна ідентичність має пряму кореляцію із національною конституційною традицією, що на сьогодні визначається переважною більшістю національних правопорядків, в яких реалізовані основні постулати сучасного конституціоналізму.

**3.1. Особливості конституційної ідентичності.** Конституційна ідентичність після становлення Вестфальської системи у 1648 р. по закінченні Тридцятилітньої війни насамперед уособлюється у національній державі (*State-Nation*). Основою сучасного

розуміння є концепт соціолога Лоренца Кольберга, який виділяє такі рівні ідентичності: індивідуальну, соціальних груп (спільнот), національних держав. Також сьогодні тривають дебати про наднаціональну ідентичність, серед форм якої розглядають принаймні громадянство Європейського Союзу.

Якщо стосовно наднаціональної ідентичності ще існує невизначеність, то в основі національної конституційної ідентичності лежить ідея політичної нації як єдності громадян конкретної держави. Національну конституційну ідентичність складають такі основні елементи: а) національна конституційна культура і доктрина; б) правовий стиль ухвалення юридичних рішень; в) система судового конституційного контролю; г) інституційний дизайн: горизонтальний і вертикальний поділ влади; д) вибори та контроль над владою.

**3.2. Основні форми взаємодії національних конституційних порядків та конституційні системи.** Різноманітність національних конституційних культур і традицій зумовлює обмін ідеями, техніки розробки та прийняття конституції, тлумачення конституції та здійснення законодавчої діяльності. Така взаємодія відбувається на трьох рівнях:

i) Мікрорівень взаємодії включає в себе: а) правові норми та процедури; б) техніку ухвалення та обґрунтування рішень; в) запозичення засобів юридичної техніки, зокрема інтерпретації принципів і норм.

ii) Мезорівень взаємодії між конституційними порядками зумовлений: а) конкуренцією судових юрисдикцій; б) запозиченням принципів права та доктрин; в) запозиченням та/або інкорпорацією інститутів.

iii) Макрорівень взаємодії передбачає: а) співвідношення конституційного та міжнародного права; б) співвідношення конституційного та наднаціонального права; в) конвергенцію конституційних систем; г) конституційну динаміку та конституційний перехід (транзит).

Взаємодія національних конституційних традицій зумовлює такі функції порівняльного публічного права: а) зближення національних стандартів забезпечення основних прав і свобод, запровадження демократичних інститутів та процедур; б) вироблення і запровадження єдиних стандартів функціонування публічної влади, заснованої на повазі до особистості індивіда, його гідності та основних прав; в) уніфікація правил та процедур прийняття владних рішень у відповідності до принципу верховенства права, поваги до гідності індивіда; г) вироблення єдиних стандартів та критеріїв тлумачення конституційних норм.

**3.3. Застосування зарубіжного права у діяльності конституційної юстиції.** Якщо доктрина відіграє основну роль у поширенні ідей конституціоналізму, то взаємодія органів конституційної юстиції сприяє імплементації цих ідей як нормативної основи вирішення конкретних юридичних спорів та критеріїв конституційності правових актів органів публічної влади. Зростає роль обміну досвідом діяльності органів конституційної юстиції у рамках Світового конгресу конституційних судів та подібного роду регіональних об'єднань

органів конституційної юрисдикції (наприклад, Європейської конференції конституційних судів) тощо.

Це сприяє зближенню (конвергенції) конституційної юриспруденції, що полягає у взаємному впливі при застосуванні техніки обґрунтування рішень конституційної юстиції, запозичення окремих ідей чи викладу сутності основоположних принципів чи цінностей як юридичної основи аргументації власних рішень. Природа конвергенції судової юрисдикції полягає насамперед у застосуванні ними загальних принципів права в якості нормативної основи аргументації судових рішень. У даному випадку важливим є розуміння органами конституційної юстиції у визначенні судових стратегій та застосуванні принципів права, яке було піднято у свій час Рональдом Дворкіним. Це має важливе значення для розуміння доктрини політичного питання, зокрема, питань зовнішньої політики та захисту конституційних цінностей, перебігу політичного процесу та проблеми забезпечення балансу правлячої більшості та опозиції тощо.

У свою чергу, це породжує конкуренцію судових юрисдикцій, яка може виступати у таких варіаціях: а) верховні суди та наднаціональні інституції (наприклад, Суд ЄС); б) конституційні суди та наднаціональні суди у контексті верховенства конституції; в) конституційні суди, верховні суди та міждержавні суди (наприклад, ЄСПЛ).

Додержання вимог поваги до гідності людини є джерелом демократичної легітимації юрисдикційної діяльності. Саме з цих підстав знамените рішення Федерального конституційного суду Німеччини у справі *Lueth* ґрунтується на ідеї, що гідність людини знаходиться на верхівці конституційних цінностей, які обумовлюють систематику юридичного захисту та його ефективність.

Якщо все це екстраполювати на специфіку України, то існує вплив міжнародних юрисдикційних установ на національну систему захисту прав людини в Україні. Особливу роль це має для запозичення техніки обґрунтування власних рішень Конституційним Судом України елементів обґрунтування рішень Європейського суду з прав людини при розгляді конституційних скарг. У зв'язку із актом агресії Росії проти України, анексії нею Криму та скоєння низки злочинів проти людяності і миру мають значення рішення Міжнародного суду ООН (справи Намібії, Нікарагуа), Міжнародного трибуналу у справах колишньої Югославії (справи Караджича, Мілошевича) та Європейського суду з прав людини (Мозер проти Молдови та Російської Федерації).

#### **4. Конституційні перенесення (transplant) та запозичення (borrowing)**

**4.1. Основні поняття та структура конституційного запозичення.** Існують різні точки зору щодо обміну досвідом у конституційному праві – перенесення (*A. Watson*), запозичення, акультурація, взаємодія, сприйняття, міграція, циркуляція. Роско Паунд у свій час зазначав, що «історія системи права переважно є історією запозичення юридичного матеріалу з інших правових систем або пристосування матеріалів поза правом»<sup>10</sup>. Переважно конституційні запозичення здійснюється у сфері конституційної

---

<sup>10</sup> Roscoe Pound, *The Formative Era of American Law* (1938), p. 94.

юриспруденції та сфері законотворення. З точки зору розвитку доктрини, то тут конституційні запозичення є найбільш динамічними, але вони можуть мати нетривкий характер або це залежить від ступеня впливу конкретної взятої доктрини на розвиток глобального конституційного права. Якщо розглядати цю проблематику з боку конституційної ідентичності, то на перший план виступають ідентифікуючі маркери конституційного порядку конкретної країни. Наприклад, для України такими марками служать індивідуальна свобода, унітаризм, збалансований розвиток регіонів, інституційна спроможність держави.

Термін конституційна трансплантація була введена в обіг у 1974 р. Аланом Вотсоном передбачає механічне перенесення певних правових інститутів, правил і процедур у національне право із зарубіжного. Скоріше за все це була певна рефлексія на ухвалення британським парламентом Акту про Європейські Співтовариства 1972 р., яким було імплементовано у правову систему Англії окремі елементи права ЄС.

Конституційні запозичення передбачають включення у національну конституційну систему певних елементів зарубіжних чи міжнародного правопорядку, яке передбачає їх модифікацію із урахуванням особливостей конституційної системи держави-реципієнта.

Прикладом поєднання цих процесів може служити рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2016 у справі госпіталізацію особи у психіатричний заклад. Суд сформулювавши принцип дружного ставлення до міжнародних договорів практично застосував метод трансплантації. Тлумачачи ч. 1 ст. 29 Конституції Суд вказав, що вона містить загальну заборону від довільного обмеження свободи особи без судового контролю, який є обов'язковим. Оскільки Конституція не містить переліку щодо підстав затримання особи і віддає на розсуд законодавця, то це жодним чином не означає, що Верховна Рада регулює ці питання на свій розсуд. Насправді Верховна Рада є зв'язаною ст. 5 Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, яка містить виключний перелік підстав для обмеження свободи особи. У цьому рішенні Конституційний Суд здійснив і конституційне запозичення, оскільки він адаптував зміст принципу пропорційності до особливостей правової системи України.

У порівняльному конституційному праві визначають таку структуру запозичення: а) об'єкт; б) період; в) мотивація; г) зв'язки<sup>11</sup>. При визначенні структури конституційного запозичення слід мати на увазі різні модули конкретизації конституції на рівні законодавства та судової практики; на цей процес може впливати також організація публічної влади, зокрема судоустрій. Три останні компоненти запозичення пов'язані із природою стійкості та жорсткості внесення змін до конституції – тут головним чинником виступають запобіжники щодо зловживання з боку влади при внесення змін до конституції. Загалом при конституційних запозиченнях варто орієнтуватися на конституційні цілі – гарантії прав людини та збалансований поділ влади.

Існують особливості перенесення у публічному та приватному праві. Специфічною рисою перенесень у конституційному праві є те, що це з процес трансформації чи імплементації норм чи принципів, що володію найвищою юридичною силою і маю пряму

---

<sup>11</sup> Rosenfeld/Sajo (Eds.) (2003), *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, p. 1313-1322.

дію у національній правовій системі. Конституційні норми і принципи є концентрованим виразом правової матерії і вони часто визначають зміст положень публічного і приватного права. У разі існування конституційних положень, спрямованих на захист певних цінностей (права людини, національний суверенітет, світський характер держави тощо), то процес конституційних запозичень ускладнюється і може бути блокованим. Запозичення на рівні законодавства та судової практики є більш гнучкими і вони також можуть розглядатися як легітимні у разі належної конкретизації конституційних принципів і норм. Якщо говорити про запозичення у приватному праві, то вони є набагато гнучкішими, оскільки мають багатоманітність прояву: у договірній практиці, у типових умовах договорів, запозиченні на рівні судової практики та актів законодавства.

**4.2. Значення зарубіжного права в інтерпретації конституції.** Глобалізація накладає свій відбиток на діяльність конституційної юстиції, оскільки передбачає обмін ідеями та формулювання на цій основі нових ідей та сенсів. Якщо доктрина відіграє основну роль у поширенні ідей конституціоналізму, то взаємодія органів конституційної юстиції сприяє імплементації цих ідей як нормативної основи вирішення конкретних юридичних спорів та критеріїв конституційності правових актів органів публічної влади, про що зокрема також говорить і Ран Гіршль<sup>12</sup>. Зростає роль обміну досвідом діяльності органів конституційної юстиції у рамках Світового конгресу конституційних судів та подібного роду регіональних об'єднань органів конституційної юрисдикції (наприклад, Європейської конференції конституційних судів, ) тощо.

Обмін досвідом між конституційними судами сприяє зближенню (конвергенції) конституційної юриспруденції, що полягає у взаємному впливі при застосуванні техніки обґрунтування рішень конституційної юстиції, запозичення окремих ідей чи викладу сутності основоположних принципів чи цінностей як юридичної основи аргументації власних рішень. Природа конвергенції судової юрисдикції полягає насамперед у застосуванні ними загальних принципів права в якості нормативної основи аргументації судових рішень. У даному випадку важливим є розуміння органами конституційної юстиції у визначенні судових стратегій та застосуванні принципів права, яке було піднято у свій час Рональдом Дворкіним<sup>13</sup>. Це має важливе значення для розуміння доктрини політичного питання, зокрема, питань зовнішньої політики та захисту конституційних цінностей, перебігу політичного процесу та проблеми забезпечення балансу правлячої більшості та опозиції тощо.

Існує вплив міжнародних юрисдикційних установ на національну систему захисту прав людини в Україні. Особливу роль це має для запозичення техніки обґрунтування власних рішень Конституційним Судом елементів обґрунтування рішень Європейського суду з прав людини при розгляді конституційних скарг. У зв'язку із актом агресії Росії проти України, анексії нею Криму та скоєння низки злочинів проти людяності і миру мають значення рішення Міжнародного суду ООН (справи Намібії, Нікарагуа), Міжнародного

---

<sup>12</sup> Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 11.

<sup>13</sup> Рональд Дворкин, *О правах всерьез*, Москва: РОССПЭН, 2004, с. 43-53

трибуналу у справах колишньої Югославії (справи Караджича, Мілошевича) та Європейського суду з прав людини (Мозер проти Молдови та Російської Федерації).

Існує співвідношення між принципом верховенства конституції та мінімальними стандартами захисту прав людини у міжнародному праві. Найскладнішим є тлумачення Конституції у співвідношенні з міжнародними договорами. Є зворотна сторона медалі цього процесу – верховенство Конституції над міжнародними договорами. Міжнародні договори закладають мінімальні стандарти захисту прав людини. Рано чи пізно Конституційному Суду України доведеться вирішувати цю дилему. І звісно на користь Конституції у разі, якщо її тлумачення свідчатиме про більш високі стандарти захисту, аніж це гарантує міжнародний договір.

Правовий плюралізм сьогодні полягає у залученні до процесу творення права недержавних суб'єктів та горизонтальному ефекті прав людини. Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цими конституційним принципам і правилам. У конституції існують основоположні правила, які визначають зміст інститутів речового, договірнього та зобов'язального права<sup>14</sup>. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lueth*<sup>15</sup>, положення конституції просякнуті загальнолюдськими цінностями, у відповідності до яких конституція «встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності основоположних прав. Цю систему цінностей, у центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і служить пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя. Таким чином, очевидно, що ця система цінностей здійснює вплив на цивільне право. Кожна цивільно-правова норма повинна бути сумісною з цією системою і трактуватися у відповідності до її духу»<sup>16</sup>. Відповідно формулювання правил і процедур на кшталт *Lex Mercatoria*, *lex digitalis* свідчать про посилення приватно-правових механізмів їх демократичної легітимації, оскільки вони ґрунтуються на соціальній взаємодії та виражають згоду щодо змісту певних цінностей.

---

<sup>14</sup> Марк Ташнет, Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту», *Сравнительное конституционное обозрение*. 2006. № 2, с. 28.

<sup>15</sup> *Luth Case, BVerfGE 7, 198*

<sup>16</sup> Kommers D.P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2<sup>nd</sup> ed. Durham: Duke University Press, 1997. P. 363.