

РОЗДІЛ 1

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

УДК 340.5:001.8

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРАВИЛА ФУНКЦІОНАЛЬНОГО ПОРІВНЯННЯ

METHODOLOGICAL RULES OF FUNCTIONAL COMPARISON

Баранова Ю.О.,

*здобувач кафедри права Європейського
Союзу та порівняльного правознавства*

Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті досліджуються особливості функціонального порівняння. Здійснено аналіз концепцій функціонального порівняння. З метою усунення теоретичних та практичних помилок вироблена система методологічних правил функціонального порівняння.

Ключові слова: методологічні правила, види порівняння, функціоналізм, функціональне порівняння, функціональний підхід, порівняльно-правове дослідження.

В статье исследуются особенности функционального сравнения. Осуществлен анализ концепций функционального сравнения. С целью устранения теоретических и практических ошибок выработана система методологических правил функционального сравнения.

Ключевые слова: методологические правила, виды сравнения, функционализм, функциональное сравнение, функциональный подход, сравнительно-правовое исследование.

In the article the features of functional comparison. The analysis of the concepts of functional comparison. In order to eliminate the theoretical and practical errors generated by methodological rules functional comparison.

Key words: methodological rules kinds of comparisons, functionalism, functional comparison, functional approach, comparative legal research.

Актуальність теми. В рамках порівняльно-правових досліджень може використовуватись досить велика кількість видів порівняння. Застосування кожного з них тягне залучення певних методологічних правил, дотримання яких сприяє успішному проведенню порівняльно-правового дослідження. В рамках даного дослідження розглянуто лише найбільш актуальні та складні види порівняння, та запропоновано методологічні правила їх здійснення. Безумовно, наведений перелік цих правил щодо конкретних видів порівняння не є вичерпним.

Виклад основного матеріалу. Вивченню питань функціонального порівняння присвячували свої праці такі вчені, як К. Цвайгерт та Х. Кьотц, М. Грезіде, Р. Мертон, Р. Майклс та ін. Однак не дослідженими на сьогоднішній день залишаються питання щодо вироблення методологічних правил функціонального порівняння.

Метою даної статті є вироблення та обґрунтування методологічних правил функціонального порівняння.

Виклад основного матеріалу. Функціональне порівняння є одним з найбільш дискусійних видів порівняння в рамках порівняльно-правової науки. Безперечним є той факт, що функціональна одназначність, тобто виконання одного й того ж завдання інститутами різних правових систем робить можливим та доцільним їх порівняння. Воно починається

з постановки певної соціальної проблеми та продовжується пошуком правової норми або інституту, за допомогою яких можливе вирішення цієї проблеми. Порівняння рухається не від норми до соціального факту, а навпаки – від соціального факту до його правового регулювання. При функціональному порівнянні правові норми та інститути вважаються порівнюваними, якщо вони вирішують схожу соціальну проблему.

На думку К. Цвайгерта та Х. Кьотца, функціональне порівняння сприяє кращому розумінню та оцінці норм і інститутів порівнюваних правових систем [1, с. 36]. Будь-які об'єкти, які використовуються в порівняльно-правових дослідженнях, мають свої цілі, завдання, обумовлюються рядом чинників, внаслідок чого відіграють певну роль відповідно до теоретичних та практичних установок. У 1971 р. К. Цвайгерт проголосив монополію в галузі методології: «Основним методологічним принципом всього порівняльного правознавства є функціональність» [2]. Фактично з того часу функціональне порівняння виступає в ролі символу традиційного порівняльного правознавства.

Італійський компаративіст М. Грезіде зазначає, що в порівняльному правознавстві термін «функціоналізм» має принаймні два взаємопов'язані, але різні значення. Перше перебуває у площині методологічного аналізу. В цьому контексті розуміння функціоналіз-

му зводиться до вивчення переваг і недоліків функціонального методу, який є одним з найвідоміших інструментів порівняльно-правового дослідження. Друге розуміння функціоналізму виходить з ідеї про те, що право відповідає на потреби суспільства – погляд, який прихильники функціоналізму вважають найкращим при поясненні відмінностей і подібностей між правовими системами світу [3, с. 100]. Завдяки функціональному порівнянню можна більш глибоко вивчати порівнювані об'єкти, тимчасово абстрагуючись від їх динамічних характеристик.

На думку Р. Мертон, функціоналізм може мати або не мати евристичного значення. Його заслуга – у формулюванні головної теореми функціонального аналізу, сутність якої полягає в тому, що точно так, як одне й те ж явище може мати багаточисельні функції, так і одна й та ж функція може по-різному виконуватися різними явищами [4, с. 120].

На думку К. Цвайгerta і Х. Кьотца, можна порівняти в праві лише те, що виконує одну і ту ж задачу, одну й ту ж функцію. Правопорядок кожної країни вирішує одну й ту ж юридичну проблему по-своєму, навіть якщо кінцевий результат буде однаковий. Компаративіст з принципом функціональності найчастіше стикається, коли він приходить до посліпного висновку про відсутність в іноземному праві матеріалу з даної проблеми. Вивчення причин відсутності в будь-якій іноземній правовій системі потреби у вирішенні даної юридичної проблеми часто призводить до плідних висновків про власне або іноземне право. Часто трапляється також, що вирішення ряду юридичних проблем власним правом втратило актуальність і їх існування пояснюється лише потребою теоретиків мати в усіх відношеннях досконалий і науково розроблений кодекс. Тому постановка питань для порівняльно-правового дослідження з самого початку повинна носити функціональний характер, а проблема для вивчення сформульована без прив'язки до системи понять власного правопорядку [1, с. 51].

Однак слід зазначити, що далеко не всі вчені поділяють позицію всеосяжності функціонального методу в порівняльному правознавстві. Наприклад, Р. Майклс зазначає, що «функціональний метод» – це тричі помилкова назва: по-перше, немає єдиного функціонального методу, їх безліч; по-друге, не всі функціональні методи є функціональними; по-третє, деякі проекти, що претендують на використання даного методу, не слідує жодному відомому методу взагалі [5, с. 128].

Прихильники функціонального підходу виділяють наступні елементи функціонального порівняльного правознавства [2]. По-перше, функціональне порівняльне правознавство – це фактографічна наука. Предметом вивчення даної науки є не норми права, а їх ефект, не наукові концепції та їх обґрунтування, а фактичні явища. Внаслідок цього об'єктами функціонального дослідження найчастіше є судові рішення як відповіді на конкретні життєві ситуації, а правові системи порівнюються шляхом аналізу притаманних їм різних способів судового вирішен-

ня схожих ситуацій. По-друге, функціональне порівняльне правознавство поєднує властивий йому фактографічний підхід з теорією, згідно якої об'єкти функціонального дослідження повинні пізнаватися виходячи з тих функцій, які вони виконують у суспільстві. Таким чином, право і суспільство мисляться як явища, відокремлені один від одного, але в той же час пов'язані один з одним. Відповідно, і по-третє, функція сама по собі грає роль *tertium comparationis* (третій елемент порівняння). Інститути, як правові, так і неправові, навіть якщо вони розрізняються на доктринальному рівні, порівнюються, якщо є функціонально-еквівалентними, якщо виконують схожі функції в різних правових системах. Четвертим елементом, однак таким, що включається не в усі різновиди функціонального методу, є можливість функціональності виступати в якості критерію оцінки. Завдяки цьому елементу функціональне порівняльне правознавство стає порівнянням з метою вибору кращого права: кращим з порівнюваних законів є той закон, який виконує свою функцію краще за інших.

При функціональному порівнянні відбувається процес пошуку функціональної пари, тобто аналога вирішення поставлених завдань дослідження в різних правопорядках з метою порівняння [6, с. 7]. Звичайно, функціоналізм в порівняльному аналізі не вимагає сурової прив'язки до традиційних національно-правових концепцій. В цьому полягає його слабка сторона. Позитивний сенс полягає в орієнтації на те, щоб знайти аналогії вирішення власних правових проблем в тих або інших сферах іноземного права [1, с. 52–53]. Виходячи з цього, К. Цвайгерт і Х. Кьотц формулюють основний закон порівняльного права: різні правопорядки, незважаючи на всі відмінності в своєму історичному розвитку, доктринальних поглядах і стилях функціонування на практиці, вирішують дуже часто одні й ті ж життєві проблеми, аж до найдрібніших деталей, однаково. У той же час, деякі сфери соціального життя знаходяться під таким сильним впливом національно забарвлених моральних і етичних цінностей, що сягають корінням в релігійні уявлення та історичні традиції розвитку культури або в характер націй, що породжувані цими соціальними факторами відмінності не можуть створити сприятливий ґрунт для розвитку в різних правопорядках співпадаючих правових норм, які регулювали б зазначені сфери життя суспільства. По завершенню роботи ця презумпція служить засобом контролю за правильністю досягнутих результатів: якщо компаративіст констатує на основі всієї сукупності досліджуваних матеріалів ідентичність або принаймні схожість у рішеннях правових проблем порівнюваних правопорядків, він може бути задоволений [1, с. 60]. Таким чином, функціональне порівняння, на думку німецьких вчених, здатне довести універсальність правового регламентування при вирішенні конкретних проблем. Проте до даного тезису слід відноситись з обережністю, більш того, говорити про його абсолютний характер не слід.

К. Цвайгерт і Х. Кьотц визначають функцію як вихідну точку та основу правового порівняння. На

їх думку, вона виступає *tertium comparationis* – третім елементом порівняння. Для процесу порівняння це означає, що функціональність правопорядків, що досліджуються, їх регулюючий механізм беруться в чистому вигляді, тобто без національної специфіки, притаманної їх юридичним поняттям, доктринальним поглядам та рішенням. Це означає, що кожне рішення з точки зору даної функції слід оцінювати як єдине (для всіх правопорядків, що вивчаються) і порівнювати, абстрагуючись від відмінностей, які вони отримують в національних правопорядках, незалежно від того, йде мова про «норму права», тлумачення, судову практику чи будь-яке інше правове явище [7, с. 69]. Слід звернути увагу на те, що вибір в якості *tertium comparationis* функціональної спрямованості об'єктів має недоліки. По-перше, цей вибір носить суб'єктивний характер. Спроби визначити функцію правових інститутів залежать від суб'єктивних інтерпретацій, які неможливо відділити від оціночних суджень. Крім того, навіть якщо застосування до певних норм та інститутів функції є очевидним, то підхід, що використовується для пошуку кращого рішення, не враховує більше фундаментальне питання, а саме чи є функція, яку норма чи інститут виконують, доречною. По-друге, не враховуються латентні функції, що виконуються правовими інститутами. По-третє, функціоналізм не передбачає оцінку функції як теоретичної категорії, не допомагає у вирішенні загальнотеоретичних питань про право.

Застосування функціонального порівняння дозволить подолати не лише теоретичні, а й практичні труднощі, оскільки в будь-якому випадку єдина функціональна спрямованість сприяє раціональному розумінню і ефективній імплементації позитивного досвіду. Наприклад, досліджуючи функцію судового контролю за конституційністю законів і підзаконних нормативно-правових актів, можна порівнювати правову регламентацію діяльності Верховного суду США та Конституційного суду України, в той час як Верховний суд України не виконує дану функцію. В тому випадку, якщо об'єкти мають протилежну функціональну спрямованість, можна констатувати факт непорівнюваності, оскільки вони мають різні сфери застосування.

Слід зазначити, що використання функціонального порівняння є досить складним завданням для вченого, оскільки компаративіст повинен звільнитися від укорінених в його правовому мисленні концепцій і понять власного права. Це стосується, зокрема, і проблеми оцінки джерел права. Компаративіст повинен ставитися до них, як юрист тієї країни, до права якої він звернувся. Він повинен піклуватися про те, щоб постійно поглиблювати і підтримувати в робочому стані свої знання про інші країни і культури. Трапляється (і нерідко), що підібрати відповідну функціональну пару в іноземному правопорядку для національної правової норми не виявляється можливим. І тоді рішення слід шукати за допомогою порівняльно-правового дослідження поза законодавчою сферою. У цю сферу входять не зазначені в юридичних підручниках умови ведення

ділових операцій, неписані правила правових звичаїв, неправові рішення проблем тощо [1, с. 56–57]. Власне все це вимагає від вченого досить глибоких та актуальних знань не тільки правової, а й усіх інших сфер суспільного життя порівнюваних країн, без цього функціональне порівняння не може бути здійснено в повному обсязі.

Говорячи про функціональне порівняння, слід мати на увазі, що існує щонайменше сім концепцій:

- 1) фіналізм – неоарістотелевський функціоналізм, заснований на внутрішній телеології;
- 2) адапціонізм – еволюційний функціоналізм в рамках дарвінівської традиції;
- 3) класичний функціоналізм (функціоналізм Дюркгейма), що пояснює соціальні інститути через призму їх корисності для суспільства;
- 4) інструменталізм – нормативістська теорія використання права з метою «соціального інженірингу»;
- 5) вдосконалений функціоналізм – функціоналізм, який замінив ряд постулатів класичного функціоналізму емпірично перевіреними гіпотезами;
- 6) епістемологічний функціоналізм – епістемологічна концепція функціоналізму, що робить акцент на функціональних зв'язках між явищами, а не на онтології явищ;
- 7) еквівалентний функціоналізм, заснований на перерахованих вище концепціях функціоналізму, однак при цьому проголошує відсутність телеологічного і причинного характеру функціональних зв'язків [2].

Слід зазначити, що функціональне порівняльне правознавство використовує всі перераховані вище концепції, подекуди не враховуючи їх несумісність. У зв'язку з цим критика функціонального порівняння не є рідкістю, зокрема, наголошується, що можливості функціоналізму є обмеженими, він не може розглядатися в якості методу, придатного для будь-яких порівняльно-правових досліджень, він може бути цікавою і іноді навіть плідною, але, очевидно, не виключною формою методології в межах сфери правових дослідження. При цьому підкреслюється, що функціоналісти часто підкреслюють винятковість їхнього методу, таким чином, можна говорити про імпліцитну відсутність методологічної толерантності, хоча це і не є доречною ідеєю в контексті сучасності – існують також й інші підходи у порівняльному правознавстві [8, с. 124].

З огляду на особливості функціонального порівняння, можна запропонувати наступні методологічні правила, які дозволять реалізовувати даний вид порівняння на високому науковому рівні:

- 1) при функціональному порівнянні доцільно виробити власну систему термінів та понять (в процесі порівняльно-правових досліджень корисно звернутися до складання словника ключових понять, фіксує в ньому всі їхні тлумачення, таким чином, це методологічне правило має подвійне обґрунтування) – це викликано тим, що поняття порівняльного права опосередковують ті явища суспільного життя, які не потрапляють в сферу дії понять національного права. Таким чином, система термінів порівняльно-

го правознавства набуває обрисів досить невизначеної структури з більш узагальненим змістом понять, ніж в національному праві, з інтернаціоналізацією порівняльно-правового дослідження зростає значимість системи понять порівняльного правознавства [1, с. 71]. Під час функціонального порівняння науковцеві необхідно оперувати поняттями, які не завжди відображені в національній юридичній лінгвістиці, для уникнення плутанини, неточностей та помилок слід попередньо узгодити значення понять, що використовуються;

2) функціональне порівняння доцільно здійснювати, головним чином, на мікрорівні. Виходячи з того, що функціональне порівняння передбачає дослідження вирішення конкретної проблеми в різних правових системах, воно може здійснюватись на рівні вивчення конкретних правових норм, інститутів, а не на рівні правових систем в цілому чи правових сімей;

3) слід розмежовувати функції і причини правових явищ, дослідження об'єктивних функцій інститутів, відмежованих від їх причин і цілей, дозволяє шукати загальні закономірності, що, відповідно, дозволить досягти ефективних результатів дослідження. Ототожнення функцій та причин правових явищ не дозволить адекватно підібрати порівнювану пару та адекватно описати суть правового регулювання;

4) при функціональному порівнянні слід враховувати не тільки явні функції правового явища (тоб-

то функції, навмисно виконувані і визнані членами суспільства [2]), а й латентні (тобто функції, що виконуються ненавмисно і про які членам суспільства невідомо [2]);

5) слід враховувати, що схожі інститути можуть виконувати різні функції в різних суспільствах або в різних історичні періоди, в той же час функціонально схожі соціальні потреби можуть бути задоволені різними інститутами, тому функціональне порівняння вимагає особливої уваги від дослідника та глибокого занурення в матеріал дослідження;

6) функціоналізм досліджує не тільки правові, але й не правові способи задоволення соціальних потреб, тому компаративіст має зосереджувати увагу не тільки на нормативно-правовому матеріалі, а й на всіх інших даних, які дозволять здійснити функціональне порівняння.

Висновки. Методологічні правила функціонального порівняння: доцільно виробити власну систему термінів та понять; функціональне порівняння доцільно здійснювати головним чином на мікрорівні; слід розмежовувати функції і причини правових явищ; слід враховувати не тільки явні функції правового явища, а й латентні; функціональне порівняння вимагає особливої уваги від дослідника та глибокого занурення в матеріал дослідження; компаративіст має зосереджувати увагу не тільки на нормативно-правовому матеріалі, а й на усіх інших суспільних даних.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2-х т. Т. 1: Основы / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М. : Междунар. отн., 1998. – 480 с.
2. Михаэльс Р. Функциональный метод сравнительного правоведения / Р. Михаэльс [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.juristlib.ru/book_9620.html.
3. Legrand P., Munday R., eds. Comparative legal studies: traditions and transitions / P. Legrand, R. Munday – Cambridge: Cambridge University Press, 2003. – 300 p.
4. Мертон Р. Социальная теория и социальная структура / Р. Мертон. – М. : АСТ, Хранитель, 2006. – 880 с.
5. Ван Хук М. Методология сравнительно-правовых исследований / М. Ван Хук // Правоведение. – 2013. – № 3(308). – С. 121–147.
6. Баранова Ю.О. Применение правила функционализма в процессе сравнения правовых объектов / Ю.О. Баранова // Материалы I Международной научно-практической конференции «Право и проблемы функционирования современного государства» НИЦ «АПРОБАЦИЯ». – М. : Издательство «Перо», 2012. – С. 6–8.
7. Hill J. Comparative Law, Law Reform and Legal Theory Oxford Journal of Legal Studies / J. Hill. – 1989. – 216 p.
8. Ткаченко А.В. Энигма функционализма: некоторые размышления относительно происхождения, содержания и перспектив функционального метода сравнительного правоведения : [монография] / А.В. Ткаченко. – К. : Науковий світ, 2012. – 192 с.