

О. В. ТКАЧЕНКО,
кандидат юридичних наук

ПРОБЛЕМА ПОРІВНЯЛЬНОПРАВОВОГО НЕОФУНКЦІОНАЛІЗМУ. КОНСТРУКТИВІСТСЬКИЙ ФУНКЦІОНАЛІЗМ

У статті проблематизується можливість розуміння конструктивістського функціоналізму як одного з варіантів порівняльноправового неофункціоналізму. Викладено основні змістовні положення цього підходу. Вказано також на основні підстави його критики, наслідком якої є неможливість сприйняття конструктивістського функціоналізму як самостійного методологічного інструментарію порівняльноправових досліджень, а отже, і як порівняльноправового неофункціоналізму.

Ключові слова: конструктивістський функціоналізм, неофункціоналізм, порівняльноправові дослідження, презумпція ідентичності, порівняльноправовий неоромантизм.

В статье проблематизируется возможность понимания конструктивистского функционализма в качестве одного из вариантов сравнительно-правового неофункционализма. Изложены основных содержательных положений этого подхода. Также указываются основные основания его критики, следствием которой является невозможность восприятия конструктивистского функционализма в качестве самостоятельного методологического инструментария сравнительно-правовых исследований, а, следовательно, и в качестве сравнительноправового неофункционализма.

Ключевые слова: конструктивистский функционализм, неофункционализм, сравнительноправовые исследования, презумпция идентичности, сравнительноправовой неоромантизм.

In the article author has posed the problem of possible understanding of constructivist functionalism as one of the ways of comparative law neofunctionalism. Expounded summary of main statements of this approach. Also it is underscored on main grounds of its critics. The sequent of these critics is impossibility of understanding constructivist functionalism as independent methodological instrument of comparative legal studies, and also as comparative law neofunctionalism.

Key words: constructivist functionalism, neofunctionalism, comparative legal studies, presumption of similarity, comparative legal neoromantism.

Однією з важливих складових сучасного порівняльноправового дискурсу є спроби конструктивного переосмислення функціоналізму з урахуванням основних положень його критики і конституювання замість класичної інтерпретації «зменшених» версій функціоналізму, які відмовляються від одних, на їх погляд, найпроблемніших його рубрик, і намагаються відстояти інші.

Спільною рисою всіх цих спроб є їх рефлексивний характер – навіть ті структурні елементи функціоналізму, які захищаються, сприймаються не самі по собі, а лише у світлі їх критичного переосмислення. Оскільки йдеться про реконструкцію функціоналістської парадигми, на наш погляд, важливою складовою переосмислення цієї парадигми в цілому є проблематизація можливості існування такого явища сучасної методології порівняльного правознавства, як неофункціоналізм. У цілях подальшого викладу ми будемо виходити з презумпції існування порівняльноправового неофункціоналізму.

Наразі кристалізувалися два основні альтернативні напрями неофункціоналістської методологічної рефлексії: перший відкидає всі нетехнічні властивості і виміри права, а другий намагається зберегти функціоналізм шляхом зменшення його експланаторних претензій. Відповідно до цих двох альтернатив сформувалися основні неофункціоналістські методологічні концепти – першій відповідає підхід «порівняльне правознавство і економіка», другій – «поміркований» і «конструктивістський» функціоналізми. Останньому і присвячена дана стаття.

Конструктивістський функціоналізм є надзвичайно складним і теоретично оснащеним. Його найпопулярнішим представником у порівняльному правознавстві є Р. Міхаельс. Безпосередній вплив на формування конструктивістського функціоналізму здійснила теорія соціальних систем Н. Луманна, а опосередкований – теорія функціоналізму Р. Мертона, «загальна теорія системи» Л. фон Бергаланфі та епістемологія Е. Кассіра. В основі цього методо-

логічного концепту лежать два метанаукові методологічні підходи: епістемологічний функціоналізм та еквівалентний функціоналізм.

Конструктивістський функціоналізм у порівняльному правознавстві виникає як рефлексія методологічних проблем класичного функціоналізму. При цьому сутнісною ознакою конструктивістського функціоналізму є те, що з точки зору логіки організації і спрямованості дослідження він належить до іншої, порівняно з класичним функціоналізмом, логічної структури дослідження.

Основою логіки конструктивістського функціоналізму є формалізація функціональних еквівалентів у порівняльному правознавстві: «якщо ми визначаємо b як окрему проблему, x як змінну правових систем $b_1, 2, 3 \dots$, і y , як змінну правових інститутів $v_1, 2, 3 \dots$, тоді ми можемо формалізувати функціональне порівняння різних правових інститутів як ряд, де, наприклад, $bb_1 v_1$ є відповіддю (v_1) французького права (b_1) на проблему b , $bb_2 v_2$ є відповіддю (v_2) німецького права (b_2) на тотожну проблему b , і так далі»¹.

При цьому в межах конструктивістського функціоналізму множинність правових проблем виявляється фіксованою. За своєю природою ця операція є такою, що не може бути виконана емпірично, індуктивно. Оскільки ці фіксовані правові проблеми виконують роль, аналогічну ролі аксіом у формальному численні, даний тип аналізу в літературі називають «формальним функціоналізмом»².

Відповідно епістемологічною основою конструктивістського функціоналізму є постулювання неможливості визначення класів елементів лише за їх спільними характерними рисами, тому що такого роду абстракція буде ігнорувати необхідні відношення між цими елементами і цілим. Окремі елементи повинні розумітися стосовно окремих аспектів як різні результати тієї самої функції. Елементний ряд $bb_1 v_1, bb_2 v_2, bb_3 v_3 \dots$ не можна розуміти лише за спільним критерієм b , а скоріше за регулярністю, з якою ці елементи використовуються через функцію b x y , в якій змінна x визначає всі b , змінна y визначає всі v , і всі ці елементи перебувають у функціональній безперервності, що робить можливим створення нових елементів ряду.

Конструктивістський функціоналізм порівняльного правознавства, на відміну від класичного порівняльноправового функціоналізму, не розглядає проблеми і структуру суспільства як реальність (емпіричну чи філософську), а радше подає пропозиції щодо того, як можуть і повинні розумітися суспільства, а не лише як вони працюють. Тобто, за словами Р. Міхаельса, «те, яка проблема існує, і який інститут є відповіддю на неї, не повинно доводитися; але зв'язок між подіями та інститутами потрібно зробити правдоподібним як спосіб розуміння. Функціоналізм у зв'язку з цим повертається від наукового до конструктивного (інтерпретативного) підходу до права, на шлях наділення смислом, який є відмінним від способів наділення правової системи смислом її учасниками»³.

Отже, основою конструктивістського функціоналізму виступає прагнення відмовитись від «одного з найстійкіших стереотипів нашого мислення: звички оперувати сутностями, відокремленими від пізнавальних актів»⁴. Це означає визнання тієї обставини, що «кожен акт пізнання задає свій власний контекст,

і тільки в межах даного контексту сутність може розглядатися як та сама. Фігурально висловлюючись, їй можна приписати один-єдиний предикат. Це якраз і означає, що дана сутність – функціональний, а не субстратний елемент, частина цілісної єдності, яка не може бути вилучена з неї, здатна до існування лише у співвіднесенні з іншими функціональними елементами, що входять до складу даної єдності»⁵.

Таким чином, оскільки конструктивістський функціоналізм ґрунтується на ствердженні неможливості виведення функціонального елемента із субстратного, він пояснює правові інститути як можливі, але не обов'язкові відповіді на проблему, як одне можливе рішення з декількох можливостей. Правовий розвиток, таким чином, перестає бути необхідним, а стає лише можливим, не задалегідь визначеним, а випадковим. Такий метод вимагає розуміння суспільства (і його підсистем, включаючи право) як системи, утвореної відношенням її елементів, а не як заснованої елементами, які є незалежними один від одного.

Вказане, за словами Р. Міхаельса, «не скасовує критику щодо тавтологічності – інститути продовжують розумітися у їх відношенні до проблем, а проблеми розуміються як такі, що відносяться до інститутів. Але, оскільки функціоналізм є конструктивістським, він може використовувати тавтології як спосіб, за допомогою якого суспільства конституюють себе, наділяючи інститути смыслом»⁶. Тобто конструктивістський функціоналізм визнає, що «раціональне осягнення цілого вимагає не об'єктної, а конститутивної установки свідомості, звернення до сутностей особливого типу: до сутностей-феноменів»⁷.

Наведена логіко-методологічна характеристика конструктивістського функціоналізму дозволяє дати змістове наповнення його відмежуванню від класичного порівняльно-правового функціоналізму.

Першою принциповою відмінністю є те, що конструктивістський функціоналізм робить неважливим припущення універсальності проблем. Це пов'язується з тим, що, оскільки формулювання проблем розуміється радше як конструктивний, а не як емпіричний акт, універсальність проблем є також конструктивним актом, а не простою репрезентацією реальності. Як зазначає Р. Міхаельс, «ствердження універсальності проблем є інтерпретативним кроком, плідним способом створення смислу однієї правової системи у її відношеннях з іншими»⁸.

Друга відмінність пов'язана з усвідомленням конструктивістським функціоналізмом нездатності доведення монофункціональності норми чи інституту. З рефлексії цієї проблеми виходить і така неklasична інтерпретація функціоналізму, як підхід «порівняльне правознавство та економіка». Однак конструктивістський функціоналізм пропонує цілком відмінне, порівняно із вказаним підходом неofункціоналізму, розв'язання проблеми множинності, згідно з якою для кожної функціональної проблеми може існувати невичерпна множинність способів її розв'язання.

Конструктивістський функціоналізм розв'язує цю проблему шляхом побудови ідеальної схеми, що виконує нормативну роль стосовно дослідження і

внаслідок цього здійснює переорієнтацію перспективи дослідження. На відміну від класичного функціоналізму, завданням конструктивістського функціоналізму є не опис чи пояснення чогось емпірично даного. Його метою є лише створення тієї понятійової структури, яку згодом (поза межами функціонального аналізу) можна використовувати для систематичного опису і пояснення емпіричного матеріалу.

Отже, на наш погляд, принципова відмінність класичного і конструктивістського функціоналізмів найповніше виявляється в межах опозиції конкретних і аналітичних структур. Перші два варіанти порівняльноправового функціоналізму (класичний функціоналізм і «порівняльне правознавство і економіка»), з огляду на їх належність логіці антропологічного функціоналізму, зосереджуються виключно на конкретних структурах, тобто тих, що можна зафіксувати емпірично. Оскільки конкретними структурами є одиниці, що беруть участь у соціальній дії, як істотна ознака функції розуміється те, що «вона є визначеною частиною діяльності»⁹.

На відміну від цього, аналітичні структури визначають ті аспекти діючих одиниць, котрі навіть теоретично неможливо уявити у вигляді конкретно відмежованих від інших структурних аспектів. Аналітичним структурам відповідає твердження, що «функції за своєю суттю є лише потенційною можливістю чи необхідністю діяти певним чином за визначених умов, реально функція сама по собі не існує, вона спостерігається в процесі конкретної цілеспрямованої діяльності... Функції соціальних систем є їх потенційними характеристиками, які є не частиною діяльності, тобто матеріальним процесом, а лише напрямками цієї діяльності»¹⁰.

З огляду на це для конструктивістського функціоналізму «органіцизм є аналітичною теорією, а не матеріалізацією аналогії»¹¹. Він спирається на принцип «детермінованості функціональної сторони соціальних систем їх концептуальною стороною, безпосередньо її цілями і завданнями»¹².

Зміна конструктивістським функціоналізмом фокусу дослідження з конкретних на аналітичні структури веде до важливого наслідку – стає не обов'язковим визнання певної сутності окремого елемента; достатнім є розуміння елемента як мінливого результату функціонального зв'язку з іншим мінливим елементом. Окремі елементи не мають сутності, її має лише тотальність усіх елементів. Функціоналізм за такої інтерпретації не має проголошувати існування будь-якого *в* чи будь-якого *в*, а лише те, що якщо є певне *в*, з необхідністю з'являється певне *в*.

Вказана принципова відмінність між розглядуваними варіаціями функціоналізму, на нашу думку, найповніше проявляється в їх відмінному розумінні визначальної для функціоналізму порівняльного правознавства презумпції подібності (*praesumptio similitudinis*). На відміну від класичного функціоналізму, в конструктивістському функціоналізмі подібними презюмуються не правові інститути, і не проблеми, які розв'язуються ними, і не потреби суспільств, яким вони відповідають, а функціональні відношення між проблемами і рішеннями: якщо суспільство має певну проблему *б*, воно повинно мати правовий інститут *у*, і різні рішення *б* будуть функціонально еквівалентними.

З позицій конструктивістського функціоналізму це не означає, що різні розв'язання подібних проблем є справді «подібними»; формулювання «подібності» К. Цвайгерта і Х. Кьотца відкидається. Наприклад, деліктне право і страхове право не є подібними тільки тому, що вони виконують подібну функцію забезпечення потерпілих від нещасного випадку відповідним відшкодуванням. Вони є відмінними – не лише в їх доктринальній структурі, а й за їх результатами і функціями (чи дисфункціями) стосовно проблем, інших ніж відшкодування, таких як стримування, створення певного виду практики (суддівської чи страхової), сутяжництво, чи погляд на соціальне забезпечення. Вони є подібними стосовно лише одного елементу – а саме, розв'язання однієї особливої проблеми. Це не подібність. Це функціональна еквівалентність.

Функціональна еквівалентність є подібністю у відмінностях: можна встановити, що інститути є подібними в одному відношенні (а саме щодо однієї з функцій, яку вони виконують), хоча вони є (чи принаймні можуть бути) відмінними у всіх інших відношеннях – не лише в їх доктринальних формулюваннях, але також стосовно інших функцій чи дисфункцій, які вони можуть мати поруч з тією, на якій фокусується порівняльне дослідження. Рішення досліджувати певну проблему, а, отже і певну функцію, таким чином, стає вирішальним для встановлення подібностей. Але це завжди подібність тільки щодо однієї функції. Як наслідок, встановлення подібностей стає для порівняльно-правових досліджень випадковим.

Оскільки функціональна еквівалентність означає подібність щодо однієї функції, презумпція виявляється тавтологічною: якщо тільки інститути, які виконують подібні функції, є порівняльними, за визначенням вони повинні бути подібними щодо їх властивості виконувати цю функцію. Конструктивістський функціоналізм нічого не говорить про будь-яку додаткову подібність чи відмінність. Він вказує на порівняльність інститутів, які можуть у зв'язку з цим зберігати свою відмінність, навіть у порівнянні. Отже, це не веде (і це насамперед ним навіть не презюмується), до правової подібності.

Таким чином, на відміну від класичного порівняльноправового функціоналізму, конструктивістський функціоналізм розглядає як предметну сферу застосування презумпції ідентичності не конкретні, а аналітичні структури дійсності. Орієнтація на аналітичні структури (структури мислення) в презумпції ідентичності дає можливість конструктивістському функціоналізму обійти (безумовно, тільки на теоретичному рівні) труднощі, пов'язані з поліфункціональністю – наявністю множини функцій у деякого інституту і поліструктурністю – наявністю множини структур та інститутів, що реалізують одну й ту саму функцію. Але це досягається ціною відмови від будь-яких претензій на пояснення юридичної дійсності, тим більше, що зазначені труднощі виникнуть знову, як щойно в дослідження буде залучено емпіричний матеріал.

Крім того, слід зазначити, що таке переосмислення презумпції ідентичності конструктивістським функціоналізмом може викликати істотні заперечення. Річ у тім, що «положення про те, що функціональна проблема так чи інакше повинна розв'язуватися, є логічним наслідком самих вихідних передуд-

мов функціоналізму, а не емпірично отриманим результатом»¹³. Тобто може виявитися, що насправді конструктивістський функціоналізм, пройшовши довгий шлях, прийшов до того, з чого й почав, зафіксувавши лише ті поняття, які слугували його передумовами.

Вказана інтерпретація конструктивістським функціоналізмом презумпції ідентичності обумовлює його відмову від однієї з основних рубрик класичного функціоналізму – концепту «кращого права», а отже, і від будь-яких спроб оцінки права різних країн.

Як зазначає Р. Міхаельс, «функціоналізм пропонує несподівано обмежений інструмент для оцінювання. Окрема функція сама по собі не може виступати мірилом, оскільки за визначенням функціонально еквівалентні інститути мають однаковою цінність стосовно конкретної функції – еквівалентність означає рівну цінність. Оскільки окрема функція використовується для визначення взаємної подібності, тоді та сама функція не може визначати вищість, яка передбачає взаємну відмінність. Крім того, неможливо ізолювати функцію правового інституту від його доктринального формулювання і вимірювати той функціональний елемент, що виявляється певною ідеальною функцією, оскільки жодної такої ідеальної функції не існує поза земною реальністю правового порядку. З огляду на зазначене, теорія кращого права є несумісною з функціоналістським порівняльним правознавством»¹⁴.

Інакше кажучи, «функціональне порівняння може відкрити для нас альтернативні рішення, але воно не може визначати, чи є ці рішення кращими чи ні. Функціоналізм може забезпечити нас зовнішнім поглядом на наше право, але чи є те, що ми таким чином побачимо, необхідним для нас, має визначатися за допомогою інших критеріїв. Функціоналізм може критикувати доктринальність, але він не може вказати шлях до права поза будь-якої доктриною і він не може забезпечити таке право»¹⁵.

На наш погляд, в основі таких міркувань конструктивістського функціоналізму, як і в основі цього нефункціоналістського підходу в цілому, лежить позиція Н. Лумана, згідно з якою «замість пошуків найкращого соціального і ціннісно-нормативного порядку соціологи мають прагнути до посилення ціннісно-нормативної комунікації між невіправно відмінними, за відсутності вищого оцінюючого авторитету, традиціями і співтовариствами, здійснюючи переклад тверджень, зроблених у межах однієї традиції, мовою іншої»¹⁶.

Таким чином, фокусування конструктивістського функціоналізму на функціональній еквівалентності замість подібностей і відмінностей є навмишнім кроком применшення комплексності інститутів без применшення їх особливостей: інститути робляться порівнюваними саме через їх зведення до однієї функції. Однак даний інститут можна розглядати з точки зору його детермінації будь-якою з багатьох охоплюючих його систем, або явищ того ж системного рівня, або, нарешті, його власними складовими, так що зовсім незрозуміло, якому з них і на яких підставах слід віддати перевагу. Крім того, навіть якщо такий вибір і зроблено, навряд чи існує принципова можливість вивести всі особливості якогось типу поведінки, спираючись тільки на одне уявлення про охоплюючу його систему. Тому для оцінювання цих інститутів не є до-

статнім фокусування лише на цій одній функції, оскільки інститути є мультифункціональними; фокусування на всіх інших функціях і дисфункціях відтворює його комплексність.

З огляду на все вказане конструктивістський функціоналізм не може розглядатися як самостійний методологічний інструмент сучасного порівняльно-правового пізнання, а отже, і як неофункціоналізм.

Річ у тім, що у нього відсутня основна риса і умова неофункціоналізму: «успішна реконструкція і ревізія критики, яка спрямована на знищення функціоналістської традиції»¹⁷, адже він, в результаті послідовного розгортання власної аргументації, зрештою тільки відтворює критику функціоналізму, найповніше втілену в порівняльно-правовому неоромантизмі, елімінуючись в його межах.

Найрельєфніше такий процес елімінації простежується у творчості Н. Лумана. Зокрема, йдеться про заперечення ним концепту онтологічного натуралізму, тобто можливості перенесення знань однієї дисципліни на інші сфери реальності. За його словами, «на відміну від старого європейського мислення, більше не існує поняття світу, яке завдяки уявленню про світ чи творіння могло б дати уявлення про основоположну єдність світу, континуум раціональності. Залишається можливим лише пропонувати абстрактні теорії, які не приховують своєї власної контингенції, а явно закладають її в принцип власної побудови і його історію»¹⁸.

Таким чином, Н. Луман відмовляється від традиційно-класичної орієнтації, наполягаючи на «нелінійності, плюральності, поліцентричності, когерентності, нестационарності соціальних процесів»¹⁹. Проекція цих уявлень на сферу права приводить до розуміння тієї обставини, що «нормативно-правова реальність є невіддільною від факту контингентності застосування права»²⁰.

Н. Луман відкидає також дихотомію суб'єкта і об'єкта, тобто означає, що будь-яке дослідження потребує звернення до судження самого дослідника, а також до інструментів, за допомогою яких дослідження змінює власну сферу об'єктів. При цьому він окремо підкреслює, що наразі «теорія, яка б доросла до цієї катастрофи розмежування суб'єкта/об'єкта і при цій катастрофі могла б ще здійснювати заспокійливий вплив, відсутня»²¹.

Тому, на наш погляд, цілком коректним є співвідношення теорії Н. Лумана і класичного функціоналізму, згідно з яким вона є «його найдовершенішим і, разом з тим, найпарадоксальнішим, руйнівним для основ завершенням»²². Це повною мірою може екстраполюватися і на співвідношення класичного і конструктивістського функціоналізмів у порівняльно-правовому пізнанні.

1. *Michaels R.* The functional method of comparative law // The Oxford handbook of comparative law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. – Oxford: Oxford University Press, 2006. – P. 355–356. 2. *Юдин Б. Г.* Системные представления в функциональном подходе // Системные исследования: Ежегодник. – 1973. – М.: Наука, 1973. – С. 121. 3. *Michaels R.* Op. cit. – P. 365–366. 4. *Смирнов Г. А.* Элементаризм, целостность и проблема универсалий // Системные исследования: методологические проблемы: Ежегодник 1989–1990. – М.: «Наука», 1991. – С.158. 5. *Смирнов Г. А.* Указ. соч. – С. 158–159.

6. *Michaels R.* Op. cit. – P. 359. 7. *Смирнов Г. А.* Указ. соч. – С. 159. 8. *Michaels R.* Op. cit. – P. 372. 9. Введение в теорию государственно-правовой организации социальных систем / Под общей ред. Е. Б. Кубко. – К.: Юринком, 1997. – С. 32. 10. Там же. 11. *Isajiw W.W.* Causation and functionalism in sociology. – London: Routledge & Kegan Paul, 1968. – P. 129. 12. Введение в теорию ... – С. 31. 13. *Юдин Б. Г.* Указ. соч. – С. 119. 14. *Michaels R.* Op. cit. – P. 371–372. 15. *Michaels R.* Op. cit. – P. 379–380. 16. *Феофанов К. А.* Никлас Луман и функционалистская идея ценностно-нормативной интеграции: конец вековой дискуссии // Социологические исследования. – 1997. – № 3. – С. 59. 17. *Александр Д., Коломи П.* Неофункционализм сегодня: восстанавливая теоретическую традицию // Социологические исследования. – 1992. – № 10. – С. 120. 18. *Луман Н.* Почему необходима «системная теория»? // Контексты современности – 1: актуальные проблемы общества и культуры в западной социальной теории / Хрестоматия: Пер. с англ. и нем. – 2-е изд., перераб. и доп. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2000. – С. 58. 19. *Феофанов К. А.* Указ. соч. – С. 58. 20. *Феофанов К. А.* Указ. соч. – С. 57. 21. *Луман Н.* Указ. соч. – С. 58. 22. *Феофанов К. А.* Указ. соч. – С. 48.