

ційних організацій, що прагнуть досягти певних політичних цілей або радикального соціально-політичного перетворення суспільства шляхом застосування стратегії психологічного насильства.

*Ключові слова:* тероризм, насильство, політика, терор, сучасний тероризм, боротьба з тероризмом, міжнародна співпраця.

### Summary

**Smaznova I. S. Social and Cultural Aspects of Terrorism.** — Article.

Essence descriptions of terrorism in his historical development are analyzed, and also in correlation with philosophical-legal categories: violence, policy, justice. The basic methodological problems of research of modern terrorism are considered: taking of terrorism to the especially political phenomenon or to the criminal crime; absence of the generally accepted differentiation of concepts is terrorism, terror, war, national liberation motion, partisan fight; conditional classification of terrorism.

*Keywords:* terrorism, violence, policy, terror, modern terrorism, terrorism, fight against terrorism, international cooperation.

УДК 340.5:340.115

*А. В. Ткаченко*

## ЭНИГМА ФУНКЦИОНАЛИЗМА СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Современная картина сравнительно-правовой методологии представляет собой сад, наполненный засохшими и бесплодными цветами [1, 435].

Ввиду наличия в сравнительном правоведении существенных отличий между понятиями «функционализм», «функциональный метод», «функциональный подход», автор считает необходимым подчеркнуть, что в пределах данной статьи оные употребляются как тождественные. «Основным методическим принципом сравнительного правоведения, на котором основываются другие элементы учения о методе — выбор права для сравнительного исследования, объем исследовательских работ, системы понятий и т.д., — является функциональность» [2, 50]. Эта короткая методологическая формула на протяжении последних пятидесяти лет [3] была ядром того «могущественного и, более того, господствующего языка, который повсеместно, планомерно и ежедневно насаживает себя и который в сравнительно-правовых исследованиях главным образом воплощается во «Введении в сравнительное правоведение» [4, 632] К. Цвайггера и Х. Кётца.

Однако связь этой формулы с методологией не является ординарной, эта связь кажется парадоксальной, хотя при углублении в предмет здесь и можно проследить внутреннюю логику развития, — методологическое содержание проявляется в ней не через конституирование, а через отрицание, выявляет себя в функционализме через свое отсутствие, тем самым предоставляя методологии явиться в сферу сравнительно-правового познания только через преодоление

функционализма. Это обстоятельство является одновременно главной проблемой и главной возможностью сравнительного правоведения в новую методологическую эпоху, его загадкой. Как тонко подмечает Е. Урюку, к сравнительному правоведению «можно подходить только как к загадке (энигме). Сравнительное правоведение — энигматическая дисциплина» [5, 1]. В полной мере это относится и к методологии сравнительного правоведения, главной загадкой которого и остается функционализм.

Исходя из сказанного, содержание этой загадки можно сформулировать и так: сам функционализм не является результатом осмысления методологических проблем сравнительно-правового познания [6, 41], напротив, такое осмысление только и возникает в процессе его деструктирующего преодоления. Последнее, в свою очередь, привело сравнительно-правовой дискурс к утверждению, что «функциональный метод является химерой, одновременно для теории и для практики сравнительного правоведения» [7, 341, 435].

Более того, невозможность осуществления в сравнительном правоведении интеллектуального проекта функционализма связана, прежде всего, с проблематичностью самого его существования — пока что не удалось (и скорее всего не удастся) наполнить его собственным, особенным методологическим содержанием, адекватным природе сравнительно-правовых исследований.

Этот достаточно категоричный вывод вытекает, в частности, и из следующего. Во-первых, в сравнительном правоведении имела место логически некорректное восприятие функционализма, его возможностей и исследовательского инструментария. Функционализм приобретает реальное методологическое содержание лишь при условии учета логической структуры, ограничивающей его исследовательский арсенал и тот круг вопросов, которые он может адекватно решать. В частности, классическая парадигма функционализма сравнительного правоведения (старый канон) [8] принадлежит логической модели антропологического функционализма, исследовательский инструментарий которого уязвим в двух аспектах — в вопросе о функциональных эквивалентах и в вопросе о функциональных императивах системы. Эта модель функционализма не дает возможности понимать эмпирически данное как необходимое. Также, из-за индуктивистской направленности такого функционализма, а следовательно и в связи с отсутствием в нем расчлененных аналитических представлений о правовых системах, он неспособен определить, что некая данная множественность функциональных потребностей системы является достаточной, то есть полной [9].

Однако все попытки применения функционализма в сравнительном правоведении демонстрируют полное игнорирование со стороны его приверженцев указанных ограничений, и, следовательно, они с самого начала обречены на логическую неадекватность, которая, в частности, выявляется в неспособности функционалистов обосновать как нормы и институты, которые они провозглашают сравнимыми, на самом деле являются решением социальной проблемы.

Во-вторых, функциональный метод сравнительного правоведения оказался внутренне противоречивым из-за того, что методологические подходы, на кото-

рых он основывается, являются взаимоисключающими. Иллюстрацией этого может выступать указание на то, что такие рубрики функционалистской программы, как «*tertium comparationis*» и «универсальность проблем», возникли в неокантианской версии функционализма; «*praesumptio similitudinis*» — в неоаристотелевской версии; концепты «социальной инженерии» и «лучшего права» — в эволюционизме; а принципы нейтральности и объективности — в структурном функционализме [7, 339–382].

Таким образом, старый канон попробовал объединить в пределах одной исследовательской программы то, что обычно рассматривается как непреодолимая оппозиция — финализм и каузальность. Опять же необходимо отметить, что такая противоречивость собственных методологических оснований функционализмом сравнительного правоведения не ощущается и не выступает предметом рефлексии, что, в свою очередь, наталкивает на мысль об искусственности, механичности и случайности объединения названных элементов в пределах одного метода. В итоге это приводит к неразрешимым в пределах функционализма логическим противоречиям (апориям) [10, 296].

В-третьих, невозможность осуществления функционалистской программы в сравнительном правоведении обуславливается также и его опорой на принцип методологического позитивизма [11, 97]. Последнее выражается, в частности, в том, что старый канон рассматривает концепт *tertium comparationis* не как аналитический принцип, а материализует его в качестве принципа реальности. В переводе на методологический язык это означает, что *tertium comparationis* постулируется как реальное явление, то есть явление, имеющее пространственно-временное измерение. Такая квалификация дает возможность его локализации в пределах субъект-объектной дихотомии и, как следствие, рассматривать *tertium comparationis* в качестве предмета познания, полностью отделенного от субъекта. А последнее, в свою очередь, должно гарантировать его абсолютно объективное, то есть одинаковое для всех субъектов, познание [2, 21].

Однако, как продемонстрировало последовательное разворачивание функционалистской исследовательской программы, такое утверждение *tertium comparationis* в качестве эмпирической предметности, исследуемой с помощью эмпирического (функционального) метода, вызывает серьезные возражения:

1. Старому канону не удалось (и не могло удасться!) сформулировать нейтральную эмпирическую предметность, которая давала бы возможность построить сравнительно-правовую методологию по модели методологии естественных наук (а точнее, просто заимствовать эту методологию в сравнительном правоведении) [12, 64].

2. Старый канон репрезентирует ошибочные представления о соотношении предмета и метода и, следовательно, о феномене методологической трансляции — невозможным является перенос методов из одних предметных сфер в другие [13].

3. Функциональный метод на самом деле не является эмпирическим, в частности и из-за невозможности эксперимента в сфере сравнительного правоведения.

4. Парадигма объяснения в целом, и функциональные (квазителеологические) объяснения в частности, являются невозможными в сфере гуманитарного познания, поскольку могут адекватно воспринимать только целеориентированную деятельность, в то время как человеческое поведение является интенциональным [14].

В-четвертых, проблематичной является и сама эволюция понимания функционального метода в сравнительном правоведении. Такая эволюция, на наш взгляд, отображается в постепенной трансформации содержания концепта *tertium comparationis*. В пределах своеобразно воспринятой функционалистами сравнительного правоведения логической структуры антропологического функционализма концепт *tertium comparationis* имеет очень дифференцированную сферу значения. Мы можем выделить, по крайней мере, три его вариации: 1) рабелевская интерпретация *tertium comparationis* как нейтрального референта сравнения, выступающего в качестве «лезвия Оккама» — принципа редукции, который должен обеспечить деконтекстуализацию сравнительно-правовых исследований и содержательность сравнения — то есть его направленность непосредственно на универсальные правовые смыслы; 2) интерпретация старого канона, определяющей особенностью которой является дуализм — с одной стороны, *tertium comparationis* является элементом функционального метода, обеспечивающим его стабильность и направленность на достижение главной цели — обоснование и подтверждение презумпции идентичности, а с другой, — *tertium comparationis* выступает в качестве самостоятельной предметности правильного (лучшего, идеального) права, оценка на соответствие которому обеспечивает содержательную наполненность сравнения; 3) *tertium comparationis*, как экономически эффективное (идеальное) право, — экспликация второй вариации *tertium comparationis*, целью которой является преодоление ее логической противоречивости [15].

Проблематичность такой трансформации содержания *tertium comparationis* (и эволюции функционализма в целом) состоит в том, что переход к каждой последующей вариации основывался на метафизическом, априорно-нормативном предположении. Так, переход от первой ко второй вариации *tertium comparationis* основывался на необоснованной идее генерализации функционального метода до пределов всего сравнительного правоведения, а переход от второй к третьей вариации — на не менее сомнительном допущении существования нейтральных, системно необусловленных правовых норм.

В-пятых, функционализм исходил из допущения принципиальной возможности построения полной и непротиворечивой аксиоматичной теории социальной и правовой системы. Функционалистские презумпции, и в частности презумпция идентичности, исходили из принципиальной возможности априорной аксиоматики, по образцу математической аксиоматики, в качестве экспланаторного инструмента в сравнительном правоведении [16].

Осмысление указанных и иных проблем функционализма сравнительного правоведения и привело к тому, что в современном сравнительном правоведении все больше утверждается мысль о невозможности нейтрального, независи-

мого от концептуальной структуры правовой системы, описания фактов, а следовательно, и о невозможности функционализма. В современном сравнительном правоведении можно считать признанным то обстоятельство, что «концептуальная структура направляет любое описание реальности. Реальность упорядочивается, и в определенной степени конструируется, на основе такой концептуальной структуры» [8, 434; 17].

Однако на этом значение функционализма для сравнительного правоведения не исчерпывается. Отрицание, а, по сути, самоотрицание функционализма создало для сравнительного правоведения методологическую проблему, как минимум, не меньшую, чем его существование.

Эту проблему вполне полно и адекватно формулирует О. Бранд, когда он метко указывает, что современная методология сравнительного правоведения находится в состоянии сократической апории: «наша вера в функционализм является полностью разрушенной, однако никакой замены ему не предлагается» [1, 434; 5, 55; 18, 127].

Как следствие, компаративисты видят будущее своей дисциплины в необходимости актуализации методологических исследований. Так, М. А. Дамирли указывает, что «современные реалии ставят перед правовой компаративистикой такие новые проблемы и задачи, которые требуют соответствующих методологических разработок» [19, 47], и что «сейчас...много теоретико-методологических проблем правовой компаративистики еще далеки от удовлетворительного решения. Поэтому настоятельной является активизация саморефлексии в сравнительно-правовой науке» [20, 98; 21, 16, 19].

На наш взгляд, можно говорить о двух измерениях указанной актуализации методологических исследований в сравнительном правоведении. Первое измерение составляет проблематизация самой возможности развивать юридическую науку в целом и сравнительное правоведение в частности по образцам других сфер познания, даже тех, которые считаются сегодня наиболее передовыми, или путем простого заимствования самых современных исследовательских инструментов из метанаучных сфер. Причем такая проблематизация должна исходить, с одной стороны, из признания того обстоятельства, что эпистемологическая модель естественнонаучного познания не может быть применена к сравнительному правоведению [22, 65].

С другой стороны, оправданно манифестируя себя как науку гуманитарную, сравнительное правоведение оставляет без внимания свою методологическую специфику, неявно предполагая в этом отношении некоторую очевидную общность гуманитарных наук. В то же время указание на методологические особенности сравнительного правоведения как гуманитарной науки по основаниям объекта исследования является недостаточным для понимания его своеобразия.

Таким образом, для сравнительного правоведения императивом методологической работы становится признание того обстоятельства, что его методологические проблемы являются делом самого сравнительного правоведения и что они не могут решаться путем простого переноса исследовательских средств из философии, метатеории и иных наук. Основным вопросом современной

методологии сравнительного правоведения является вопрос о специфике правовых, и в частности сравнительно-правовых методов, наполнение методологическим содержанием понимание сравнительного правоведения как процесса «познания правовой действительности, выработки и организации юридических знаний в пределах особенного предмета и с помощью особенного метода» [23, 80].

Вторым измерением актуализации методологических исследований в сравнительном правоведении является содержательное наполнение и последовательное применение принципа методологического плюрализма. Необходимо отказаться от использования единого принципа при описании мира как от эпистемологически неадекватного инструмента. «Мир необходимо объяснять исходя из его полиморфизма, какими угодно многочисленными способами... попытка сузить человеческое восприятие должна быть оставлена как бесперспективная» [8, 446; 24, 34; 25; 26, 652].

Таким образом, сравнительному правоведению необходимо осуществить «методологический поворот», ибо лишь обращение к проблемам методологии сможет возродить познание в качестве центрального лейтмотива теории и практики сравнительно-правовых исследований [4, 661–662].

Ввиду этого новое сравнительное правоведение становится принципиально эпистемологическим, оно исходит из принципа эпистемологической неоднородности и рассматривает специфику правового в двух аспектах: в особенных моделях рациональности и особенных видах деятельности [27, 56].

На наш взгляд, именно таким образом можно представить содержание того «методологического поворота» очертание которого уже можно четко рассмотреть на горизонте современного методологического дискурса сравнительного правоведения [19, 51].

Принципиально подчеркнуть, что такой методологический поворот требует от компаративистов изменения референтного стиля методологического мышления на конститутивное, что означает утверждения необходимости непосредственного приобщения к методологической работе, отказа от понимания методологии сравнительного правоведения как импорта готовых методологических средств из других предметных сфер, осознание того, что только при условии вплетения проблем методологии в предметную ткань сравнительного правоведения можно будет надеяться на нахождение твердой эпистемологической почвы, и на адекватность сравнительно-правовой методологии целям и задачам, которые выдвигает перед гуманитарным (в том числе и сравнительно-правовым) познанием новая методологическая эпоха. В противном случае неминуемо встанет вопрос о перспективах существования самого сравнительного правоведения как самостоятельной сферы правового познания.

#### *Литература и примечания*

1. Brand O. Conceptual comparisons: towards a coherent methodology of comparative legal studies / O. Brand // *Brooklyn Journal of International Law*. — 2006–2007. — Vol. 32.
2. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 1. Основы : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М. : Междунар. отношения, 2000.
3. *Methodologie du droit compare // Melanges Maury*. — 1960. — P. 579–596; Zweigert K. Zur

- Methode der Rechtsvergleichung // Studium Generale — Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildung und Forschungsmethoden. — 1960. — N 13. — S. 193–200; Comparative law in Germany today // Revue internationale de droit compare. — 1999. — Vol. 51, N 4. — P. 753–768.
4. Legrand P. Paradoxically, Derrida: for a comparative legal studies / P. Legrand // *Cardozo Law Review*. — 2005. — Vol. 27, issue 2.
  5. Orucu E. *The Enigma of Comparative Law. Variations on a Theme for the Twenty-first Century* / E. Orucu. — Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
  6. Хайдеггер М. *Время картины мира // Время и бытие : статьи и выступления : пер. с нем. / Мартин Хайдеггер*. — М. : Республика, 1993.
  7. Michaels R. *The functional method of comparative law* / R. Michaels // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. — Oxford : Oxford Univ. Press, 2006.
  8. Husa J. Farewell to functionalism or methodological tolerance? / J. Husa // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. — 2003. — Bd. 67. — S. 419–447.
  9. Юдин Б. Г. Системные представления в функциональном подходе / Б. Г. Юдин // *Системные исследования : ежегодник*. — М. : Наука, 1973.
  10. Legrand P. *The same and the different* / P. Legrand // *Comparative legal studies: traditions and transitions* / ed. by P. Legrand, R. Munday. — Cambridge : Cambridge Univ. Press, 2003.
  11. Тарасов Н. Н. *Методологические проблемы современного правоведения : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Тарасов Николай Николаевич*. — Екатеринбург, 2002.
  12. Честнов И. Л. *Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности / И. Л. Честнов*. — С.Пб., 2000.
  13. Тарасов Н. Н. *Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) / Н. Н. Тарасов // Правоведение*. — 2001. — № 1.
  14. Вригт Г. Х. фон. *Логико-философские исследования / Георг Хенрик фон Вригт*. — М., 1986.
  15. Ткаченко О. В. *Проблеми визначення поняття, еволюція змісту і перспективи застосування концепту tertium comparationis в контексті порівняльно-правового дискурсу про функціоналізм / О. В. Ткаченко // Держава і право*. — 2008. — Вип. 41. — С. 595–607.
  16. *Невозможность построения полной и непротиворечивой аксиоматической системы была математически обоснована К. Геделем в его двух теоремах о неполноте*.
  17. Van Hooeke M. *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law* / M. Van Hooeke, M. Warrington // *International and Comparative Law Quarterly*. — 1998. — Vol. 47, N 4. — P. 524; Jansen N. *Comparative law and comparative knowledge* / N. Jansen // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. — Oxford : Oxford Univ. Press, 2006. — P. 318, 334.
  18. Грязин И. *Текст права. Опыт методологического анализа конкурирующих теорий / И. Грязин*. — Таллинн : Ээсти раамат, 1983.
  19. Дамирли М. А. *Теоретико-методологические проблемы сравнительного правоведения: попытка актуализации и некоторые размышления / М. А. Дамирли // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. — 2006. — № 3.
  20. Дамирли М. А. *Сравнительное правоведение: актуальные проблемы эпистемологической саморефлексии (некоторые критико-полемиические размышления) / М. А. Дамирли // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. наук. ст. / за ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна*. — К., 2006.
  21. Саидов А. Х. *Современное сравнительное правоведение: методология и новые парадигмы // Порівняльно-правові дослідження*. — 2007. — № 1–2.
  22. Тарасов Н. Н. *Юридическая наука: «расписание на завтра», или Некоторые вопросы «горизонтов развития» юриспруденции XXI века / Н. Н. Тарасов // Юриспруденция XXI века: горизонты развития / под ред. Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник*. — С.Пб., 2007.
  23. Луць Л. А. *До питання про теорію порівняльно-правового методу / Л. А. Луць // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. наук. ст. / за ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Таврійс. нац. ун-т ім. В. І. Вернадського, Київ. ун-т права НАН України*. — К., 2006.
  24. Суриков К. А. *Эпистемология. Шесть философских эссе / К. А. Суриков, Л. Г. Пугачева*. — М. : Эдиториал УРСС, 2002.
  25. Husa J. *About methodology of Comparative law — Some Comments Concerning the Wonderland [Електронний ресурс] / J. Husa // Maastricht Faculty of Law Working Paper*. — 2007. — N 5. — P. 17, 19. — Режим доступа : <http://ssrn.com/abstract=1085970>.

26. Demleitner N. V. Challenge, Opportunity and Risk: An Era of change in comparative law / N. V. Demleitner // The American Journal of Comparative Law. — 1998. — Vol. 46, N 4.
27. Овчинников Н. Ф. Методологические принципы в истории научной мысли / Н. Ф. Овчинников. — Изд. 2-е, стер. — М. : Эдиториал УРСС, 2003.

### Анотація

**Ткаченко О. В. Еніґма функціоналізму порівняльного правознавства.** — Стаття.

Обстоюється думка про неможливість нейтрального, незалежного від концептуальної структури правової системи опису фактів, а отже, і про неможливість функціоналізму у компаративістиці. Нове порівняльне правознавство є принципово епістемологічним, воно виходить з принципу епістемологічної неоднорідності і розглядає специфіку правового в двох аспектах: в особливих моделях раціональності і особливих видах діяльності. Такий методологічний поворот вимагає від компаративістів зміни референтного стилю методологічного мислення на конститутивне.

*Ключові слова:* епістемологія, функціоналізм, компаративістика, методологія порівняльного правознавства.

### Summary

**Tkachenko O. V. Enigma of Functionalism of Comparative Jurisprudence.** — Article.

An idea about impossibility neutral, independent of conceptual structure of the legal system, description of facts, and, consequently, about impossibility of functionalism in comparative science is affirmed. New comparative jurisprudence is principally epistemological, it stems from the principle of epistemological heterogeneity and examines a specificity of law in two aspects: in the special models of rationality and special types of activity. Such a methodological turn requires from comparative lawyers to change their reviewer style from methodological thinking to constitutive one.

*Keywords:* epistemology, functionalism, comparative jurisprudence, methodology of comparative jurisprudence.

УДК 343.9:343.43:342.721

**Ю. В. Раковська**

### ПРОБЛЕМА ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ У КОНТЕКСТІ ПРАВ ЛЮДИНИ

Людина є найвищою соціальною цінністю, а тому основним завданням держави є всебічна охорона її життя [6, 169]. Торгівля людьми є однією з найнебезпечніших форм порушення прав людини у сучасних умовах. Небезпечність торгівлі людьми обумовлена тим, що вона порушує комплекс основних прав і свобод особи, передбачених Конституцією України. Закріплення прав людини на міжнародному рівні є ще однією з гарантій захисту її прав та інтересів, зокрема у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (1976), Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (1966), Загальній декларації прав людини (1948), Конвенції прав дитини (1989) і т.д. При торгівлі людьми безпосередньо чи побічно порушуються майже всі їх права. У жертви залишається практично єдине право — право на життя, якого її теж нерідко позбавляють.

Особливе занепокоєння теоретиків та практиків зумовлене масштабами порушення прав людини у процесі торгівлі людьми. Вивченням різних аспектів