

сударство / Чичерин Б. / подг. текста, вступ. и коммент. И. И. Евлампиева. — СПб.: Изд-во РХГА, 2005. — С. 268. **9.** Речицкий В.В. Политический предмет конституции / Речицкий В.В. — К.: Дух и Литера, 2012. — С. 479. **10.** Гаск Ф.А. Право, законодавство і свобода. Нове визначення ліберальних принципів справедливості та політичної економіки / Гаск Ф.А. / пер. з англ. В. Дмитрук. — К.: Аквілон–Пресс, 2000. — С. 201. **11.** Там само. — С. 202. **12.** Гаск Ф.А. Цит. праця. — С. 218–220. **13.** Конституційні засади економічної системи України: монографія / В.А. Устименко, Р.А. Джабраїлов, В.М. Кампо та ін.; за ред. В.А. Устименка; НАН України, Ін-т м економіко-правових досліджень. — Донецьк: Юго-Восток, 2011. — С. 15. **14.** Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004 (справа про охоронюваний законом інтерес) // Офіційний вісник України. — 2004. — № 50. — Ст. 3288. **15.** Соціологічне дослідження «Виберіть твердження з яким Ви більшою мірою згодні (роль держави)» Українського центру економічних і політичних досліджень імені О. Разумкова, проведене з 19 по 25 червня 2008 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll\\_id=340](http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll_id=340). **16.** Соціологічне дослідження «Що є важливим для успішного розвитку України (перелік)» Українського центру економічних і політичних досліджень імені О. Разумкова, проведене з 19 по 25 червня 2008 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll\\_id=336](http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll_id=336). **17.** Соціологічне дослідження «Виберіть твердження, з яким Ви більшою мірою згодні (рівні доходи чи рівні можливості)» Українського центру економічних і політичних досліджень імені О. Разумкова, проведене з 19 по 25 червня 2008 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll\\_id=341](http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll_id=341). **18.** Гражданское общество: истоки и современность / науч. ред. И.И. Кальной, доц. И.Н. Лопушанский. 2-е изд., доп. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. — С. 78. **19.** Проблеми становлення середнього класу як основи розвитку громадянського суспільства в Україні. Аналітична записка [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/265>. **20.** Соціологічне дослідження «Якщо українське суспільство умовно поділити на три класи, то до якого Ви б себе віднесли?» Українського центру економічних і політичних досліджень імені О. Разумкова, проведене з 19 по 25 червня 2008 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll\\_id=333](http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll_id=333). **21.** Проблеми становлення середнього класу як основи розвитку громадянського суспільства в Україні. Аналітична записка [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/265>.

УДК 340.12

А. В. ХИРСІН

### ФУНКЦІОНАЛЬНИЙ ПІДХІД ДО ОБҐРУНТУВАННЯ ПРАВА

*Розкриваються концептуальні засади юридичного функціоналізму. Аналізуються переваги, вади та предметні межі релевантного застосування функціонального підходу до легітимації правової нормативності.*

**Ключові слова:** *правова методологія, юридичний функціоналізм, обґрунтування права, порівняльне правознавство.*

#### **Хирсин А.В. Функціональний підхід к обоснованию права**

*Раскрывается концептуальную основу юридического функционализма. Анализируются преимущества, недостатки и предметные границы релевантного применения функционального подхода к легитимации правовой нормативности.*

© ХИРСІН Андрій Васильович – кандидат юридичних наук, адвокат

**Ключевые слова:** правовая методология, юридический функционализм, обоснование права, сравнительное правоведение.

**ChirsinAndriu. The functional approach to the study of law**

*The article deals with the conceptual framework of legal functionalism. There's been analyzed the benefits, the defects and the limitations of relevant application of functional approach to the legitimation of legal normativity.*

**Key words:** legal methodology, juridical functionalism, justification of law, comparative jurisprudence.

Криза класичного праворозуміння, згідно з яким зміст права розглядався як логічно похідний від певних «універсальних підвалин» (матеріально-буттєвих чи ідеально-ціннісних), сприяла тому, що наразі цей зміст здебільшого пов'язується не стільки з якими-небудь «передумовами» демаркації правових та неправових дій, скільки із здатністю правових засобів (норм, інститутів, механізмів тощо) виконувати ті *цільові функції*, що визначаються організаційними параметрами наявних та потенційних станів суспільства, регульованого даними засобами. Зазначені ревізії отримали назву «функціонального повороту» в юриспруденції. Як охарактеризував його ще Ф.Кюен у своїй роботі «Трансцендентальний нонсенс та функціональний підхід», «замість того, щоб шукати приховані основи чи трансцендентні принципи за усім, що ми робимо та бачимо,... функціоналізм по-новому визначає абстрактні поняття, інтерпретуючи їх як функції речей, які ми дійсно спостерігаємо, чи дій, що нами виконуються...»<sup>1</sup>. Тобто юридичний функціоналізм цілеспрямовано оминає досить «слизькі» проблеми сутності права, зосереджуючись виключно на його фактичній дієвості.

Особливо відчутно така переорієнтація простежується в межах сучасної юридичної компаративістики: адже порівнювати правові норми, сформовані на ґрунті різних соціокультурних контекстів, навряд чи було б доречним з точки зору оцінки ступенів їхньої «правильності» (вже хоча б через істотні відмінності між системами ціннісних критеріїв останньої у різних народів); тож порівнянню піддаються здебільшого показники практичної функціональності нормативних основ права у відповідних їм сферах застосування. Тим більше, що навіть у дуже відмінних одне від одного суспільствах існує багато схожих проблем, а, отже, й цілком порівнюваних (принаймні, в плані ефективності) моделей їх вирішення. Як зазначає з цього приводу один з провідних теоретиків порівняльного правознавства Дж.Флетчер, «функціоналістська аргументація базується на тому, що в силу тяжіння розвинутих правових систем до еквівалентних змістовних вирішень конкретних проблем, концептуальні форми, яких ці рішення набувають, характеризуються аж ніяк не першорядною значущістю для порівняльних досліджень права. Метою порівняння стає сам факт рішення, а не ідеї, концепції чи правові аргументи, що сприяють здійсненню такого рішення»<sup>2</sup>. Тому, з позиції компаративістської парадигми, юридична нормативність обґрунтовується мірою забезпечуваності на її основі дієвих розв'язань соціальних конфліктів та проблем.

Концептуальні засади юридичного функціоналізму активно розробляються в сучасній теоретико-правовій літературі. Серед дослідників цієї проблематики можна назвати таких відомих правознавців, як М. Ансель, П. Легран, Е. Рабель, М. Рейнстайн, А. Саїдов, Р. Сакко, О. Тихомиров, Дж. Флетчер та багато інших. Проте методологічний аспект функціонального підходу до права представлений надто неоднозначно, аж до категоричного заперечення будь-яких його «методо-

логізацій», пояснюваного неможливістю зведення суспільства до «єдиної органічної сутності» (Дж.Флетчер).

Якби право та механізми його здійснення були явищами суто об'єктивними, незалежними від людської волі та уявлень про належний стан речей в організації суспільних відносин, то, напевне, проблема його обґрунтування у жодному разі не стояла б на порядку денному. Так само, як узгодження наших просторових переміщень із законами механіки та гравітації не потребує свого аргументованого правового дозволу (оскільки таке узгодження, в силу його об'єктивності, є безвідносним до способів виявлення нашої суб'єктивної свободи), не було б потреби і у підтвердженні необхідності визнання тих чи інших прав та їх забезпечення кореспондуючими обов'язками відповідних суб'єктів. Саме тому, що право може бути *порушеним* (на відміну, скажімо, від об'єктивних законів природи), воно має захищатися певними гарантіями та інституціями; але ж, певна річ, за умови обґрунтування суспільної значущості його нормативних вимог.

Як вже згадувалося, в межах функціонального підходу така значущість асоціюється передусім з ефективністю правових засобів у нівелюванні та вирішенні проблемних ситуацій у правовідносинах з метою врівноваження та стабілізації останніх: «перед юридичною наукою стоїть завдання дослідити функції кожної правової норми та інституту в соціальному плані. Це означає, що у праві ніщо не може розглядатись як заздалегідь дане. Існування кожної норми та інституту повинно бути виправданим, і для цього недостатньо встановити, яку функцію виконує норма чи даний інститут у сучасному суспільстві. Необхідно також відповісти на питання, чи належним чином виконується ця функція і чи не краще ця функція буде виконана за допомогою іншої норми... Завдання порівняльного правознавства полягає у тому, щоб продемонструвати, до яких наслідків призведе збереження, зміна чи скасування норми, про яку йде мова»<sup>3</sup>.

Треба визнати при цьому, що не так вже й рідко подібні обґрунтування можна побудувати з математичною строгістю й переконливістю. Наприклад, коли йдеться про обґрунтування права власності, то з теоретико-ймовірнісної точки зору цілком очевидними є переваги, що створюються з конституюванням та захистом даного права. Причому ці переваги виявляють себе як по відношенню до кожного окремого індивіда, так і стосовно суспільства в цілому. Адже у такому разі незрівнянно послаблюється потреба в індивідуальному захисті своєї власності, зменшуються ризики щодо вільного користування нею, унормовується порядок її набуття, передачі, успадкування, втрати тощо (тоді як за відсутності юридичного права власності зазначені ризики є прямо пропорційними чисельності соціуму, в межах якого об'єкти даного права являють собою значущу цінність). Врешті-решт, законодавче закріплення цього права та нормативна регламентація його реалізації створюють суттєву протидію розгортанню так званої «війни всіх проти всіх» за володіння суспільними благами і тим самим, безумовно, сприяють загальній збалансованості та злагодженості функціонування суспільства.

Навіть коли мова йде не просто про обґрунтування доцільності встановлення й визнання права власності (зокрема, при мотивуванні такої доцільності шляхом порівняння функціональних наслідків, спричинюваних, з одного боку, відсутністю офіційного закріплення даного права, а з іншого – його наявністю), але й про форми його законодавчої інституціоналізації, то і у цьому разі існує можливість побудови чітких математичних доведень, заснованих на аргументах економічних переваг. Скажімо, порівнюючи потенційний економічний ефект та

ступінь надійності використання таких форм власності, як суспільна та приватна, можна обґрунтувати пріоритетність (за цими показниками) другої перед першою (а, отже, аргументовано визнати вищу міру соціально-економічної функціональності інституту приватної власності порівняно з інститутом власності суспільної).

Продемонструємо це на простій моделі. Нехай, наприклад, є соціум  $S$ , численність представників якого –  $N$ ;  $C(s_i)$  – обсяг вкладу (фінансового, діяльнісного, інтелектуального тощо) суб'єкта  $s_i$  у виробництво суспільно значущої продукції (товарів, послуг, духовних цінностей та ін.);  $R(s_i)$  – результати діяльності  $s_i$ , а  $k_i$  – коефіцієнт соціально-економічної рентабельності його діяльності (так що  $k_i = R(s_i) / C(s_i)$ ). Зауважимо, що даний коефіцієнт символізує не лише ступінь «валової» продуктивності дій, але й загалом їхню результативність у плані «виробництва капіталу» (адже остання визначається не стільки кількісними обсягами продукції, скільки її суспільним рейтингом, попитом на неї серед населення, механізмами її реалізації тощо). Тобто тут йдеться про середню «капіталопродуктивність» одиниці суб'єктивних витрат в процесі такої діяльності. Безумовно, згадані витрати можуть мати досить різноманітний характер; тому в межах суто економічного аспекту вони для порівнюваності зазвичай виражаються у їх грошовому еквіваленті, визначуваному поточною динамікою ринку.

За умови приватної власності, коли суб'єкт, працюючи «на себе», водночас працює і в інтересах суспільства (інакше його праця не користуватиметься суспільним попитом і не дасть «на виході» бажаних «вигод»), показники «особистої вигідності» його діяльності ( $P(s_i)$ ) та її результативності ( $R(s_i)$ ) кількісно збігаються:

$$(1) \quad P(s_i) = R(s_i) = k_i C(s_i).$$

У випадку ж суспільної власності, при зрівняльному розподілі результатів її використання,

$$(2) \quad P(s_i) = \frac{\sum_{i=1}^N R(s_i)}{N}$$

оскільки «особиста вигідність» діяльності для окремо взятого її учасника є прямо пропорційною її сумарній (для даного соціуму) результативності та обернено пропорційною чисельності суб'єктів суспільної власності, серед яких розподіляються результати її використання. Тож, якщо хто-небудь з  $s_i$  в односторонньому порядку підвищує результативність своєї діяльності на  $X$  одиниць, то в результаті суспільного перерозподілу за зрівняльним принципом отримувана ним частка винагороди збільшиться не на  $X$ , а на  $X/N$ .

У той же час, результативність праці кожного з таких суб'єктів обчислюється за тією ж формулою, що і за умови приватної форми власності:

$$(3) \quad R(s_i) = k_i C(s_i);$$

адже даний показник залежить виключно від значень коефіцієнта рентабельності цієї праці та обсягу суб'єктивного вкладу у її процес і не визначається а ртію тим, хто саме є власником основного капіталу. Інша річ, що за умови суспільної форми власності ця результативність поступово падатиме а posteriori через прогресування різниці між результативністю  $R(s_i)$  та вигідністю  $P(s_i)$  з ростом значення  $N$ : збільшуючи на  $n$  свої діяльнісні затрати і тим самим підвищуючи

чи результативність своєї праці на величину  $k_1n$  (оскільки різниця між новим та попереднім значеннями цієї результативності становитиме:  $R^*(s_j) - R(s_j) = k_1(C(s_j)+n) - k_1C(s_j) = k_1n$ ), суб'єкт  $s_j$  при цьому може претендувати на підвищення своєї винагороди лише в обсязі  $k_1n/N$  (як впливає з формули (2)).

Припустимо, наприклад, що зрівняльний перерозподіл результатів виробничого використання суспільної власності здійснюється в межах мікросоціуму, що налічує всього 10 суб'єктів (тобто  $N = 10$ ), нормований вклад кожного з яких у суспільне виробництво становить  $C$ . Тоді у разі подвоєння свого вкладу певним його учасником  $s_j$  (при незмінності коефіцієнта рентабельності того виду діяльності, котрим займаються представники даного мікросоціуму) подвоїться, відповідно, і результативність його праці (згідно з формулою (3)). Однак розмір його винагороди у даному разі збільшиться не вдвічі (як цього можна було б очікувати за умови приватизації ним прав на результати власної діяльності), а в 1,1 рази (оскільки при строгому дотриманні норми виробництва усіма його учасниками винагорода кожного з них становила  $10kC/10 = kC$ ; тоді як після подвоєння діяльнісних затрат одним з учасників така винагорода складатиме  $11kC/10 = 1,1kC$ ). Якщо ж  $N = 100$ , то одностороннє подвоєння певним суб'єктом свого особистого вкладу у суспільне виробництво збільшить обсяг матеріальної винагороди всього лиш в 1,01 рази і т.д. Отже, за такого типу інституціоналізації права власності та виробничих відносин, з цілком об'єктивних причин зростатиме різниця між ступенями «самовіддачі» та економічної вигоди. Річ у тім, що співмірність динаміки показників індивідуальної результативності та соціальної винагороди (від якої суттєво залежить персональна зацікавленість у інтенсифікації праці) у даному разі може досягатися лише за умови синхронного підвищення такої результативності усіма членами соціуму  $S$ ; однак ймовірність досягнення подібного стану речей пропорційно знижується із збільшенням чисельності  $N$  даного соціуму.

До того ж, «трагедія суспільної власності» полягає у нераціональному, аж до варварського, використанні ресурсів, що знаходяться у відкритому доступі. До виснаження ресурсів... призводить невідповідність приватних та суспільних витрат їх використання. Інакше кажучи, при відсутності чітко встановлених прав власності на ресурс, його використання пов'язане з виникненням негативних зовнішніх ефектів, або екстерналій... Встановлення ж прав власності відповідає інтересам економічних агентів принаймні з двох причин: знижується невизначеність у їхніх взаємодіях та оптимізується використання ресурсів»<sup>4</sup>.

Таким чином, функціональний підхід дозволяє досить переконливо обґрунтувати низку правових інститутів. Однак при цьому не слід ігнорувати тієї обставини, що в контексті даного підходу практично неможливо досягти синхронізації усіх функцій, які передбачаються правовим регулюванням суспільства. Йдеться, насамперед, про так звану «багатовекторність» самого права, у зв'язку з якою на нього покладається доволі широкий діапазон функціонально-цільових завдань, у тому числі й полярно протилежних за своєю спрямованістю. Адже, прагнучи правового гарантування й забезпечення людської свободи та реалізації суб'єктивних інтересів, доводиться враховувати існування цілком природних розбіжностей, наприклад, між суспільними та індивідуальними, державними та громадськими, національними та міжнародними інтересами тощо. Тоді як розглядуваний методологічний підхід частіше за все постає перед дилемою: або чітко визначити предметні рамки свого застосування (шляхом зосередження на співвіднесенні де-

якого обмеженого набору функціональних параметрів, абстрагуючись при цьому від решти вимірів дієвості аналізованих правових засобів), або ж, піддаючись бажанню уникнути концептуальних «спрощень» та «абсолютизацій», втратити будь-яку надію на згадану визначеність, проголосивши тим самим власний «псевдометодологізм». Як іронічно висловився з цього приводу О.Бранд, функціоналізм сучасного порівняльного правознавства нагадує «жахливе блукання болотистою місцевістю, ... де на кожному кроці підстерігає небезпека, пов'язана з тим, що компаративісти намагаються відшукати твердий ґрунт без серйозного звернення до методологічного мислення...» Тому «функціоналізм більше не є придатним та належним методологічним інструментом для усього порівняльного правознавства, оскільки він дуже обмежений у застосуванні через проблематичність його засадничих підвалин»<sup>5</sup>.

Як неважко було помітити у наведеному вище компаративно-функціональному обґрунтуванні економічних переваг як права власності взагалі (порівняно з відсутністю його офіційного проголошення та захисту), так і, зокрема, її приватної форми перед суспільною, основним критеріальним показником у такому порівнянні фігурує міра ефективності в плані матеріального стимулювання підприємницької ініціативи в розширенні та інтенсифікації виробництва. Проте у даному відношенні слід, передусім, зауважити на те, що легітимація правових норм та інститутів не може зводитись до оцінки їхньої ефективності, вже хоча б через неоднозначний та багатовимірний характер останньої: підвищуючи функціональну ефективність в одних цільових аспектах права, ми, тим самим, можемо створювати значні перешкоди на шляху реалізації інших його сутнісних функцій.

До того ж, «ефективність є проблематичним мірилом для порівняльно-правових досліджень... через те, що вона спотворює перспективи таких досліджень. По-перше, ефективність є швидко мінливим феноменом. Навіть незначні зміни економічних обставин позбавляють дослідницькі результати їхньої релевантності, оскільки те, що розглядається як ефективне у сьогоденних економічних умовах, може бути неефективним завтра. Таким чином, ефективність зорієнтована на досягнення короткострокових результатів. По-друге, аналіз ефективності спрямований виключно на розподіл ресурсів. Усі проблеми, котрі безпосередньо не пов'язані з ефективністю, ігноруються й маргіналізуються. Таке фокусування на одному ексклюзивному критерії подає право та його місце в суспільстві з редуцціоністської точки зору»<sup>6</sup>.

Нарешті, суб'єктивна свобода, якої потребує ініціативне використання приватної власності та додаткові резерви якої ця власність створює для суб'єкта, далеко не завжди використовується на благо суспільства. Скажімо, за ефективністю в плані економічної рентабельності, мало які види вільного підприємництва можуть конкурувати з наркобізнесом та торгівлею зброєю; однак навряд чи це дає підстави для обґрунтування правового характеру подібних видів діяльності. Та й далеко не всі здатні розпоряджатися такою свободою успішно (або ж, принаймні, *однаково* успішно), що доволі швидко призводить до соціально-економічного розшарування суспільства. Як вже давно помічено, такі правові цінності, як свобода та рівність знаходяться у відношенні взаємної протилежності, а тому вектори руху суспільства у напрямку їх здійснення, так би мовити, «компенсують» один одного (аналогічно тому, як це спостерігається при «взаємопереродженні» потенційної та кінетичної енергії у замкнених механічних системах, на кшталт маятника, де сума значень цих енергій є постійною величиною). Тож, чим більшу

міру суб'єктивної свободи забезпечує правова система певного суспільства, тим більш віддаленим від стану фактичної рівності громадян опиняється дане суспільство, що істотно дестабілізує його та зменшує гарантії реального захисту права на власність, на життя, на особисту недоторканність тощо). Як застерігав свого часу Б.Чичерін, свобода завжди породжує прогресуючу нерівність, а фактична рівність може досягатися лише ціною «абсолютно немислимого всезагального знищення свободи»<sup>7</sup>.

В силу об'єктивних закономірностей соціально-економічної динаміки, тенденція зростання добробуту фінансової еліти може підтримуватися лише за рахунок «противажних» тенденцій до зменшення питомої частки останньої в суспільстві та, відповідно, розширення числа «аутсайдерів», відносний рівень добробуту яких буде знижуватися. В результаті спостерігається масовий підйом суспільної невдоволеності та «кризове переосмислення» ліберально-демократичних цінностей: «демократичні народи відчувають природне прагнення свободи та болісно переживають її втрату. Однак рівність викликає у них пристрасть, палку, незгасиму, неодмінну та непереборну; вони жадають рівності у свободі, і, якщо вона для них стає недосяжною, вони воліють рівності бодай у рабстві»<sup>8</sup>. З огляду на відзначені обставини, при обґрунтуванні юридичної нормативності сучасного демократичного суспільства треба відштовхуватися не лише від її економічної, політичної чи іншої ефективності, але й від умов оптимальної регламентації правової свободи з метою її збалансованого розподілу між різними суб'єктами у напрямку параметрів досягнення й підтримання загальної рівноваги в системі «людина – суспільство – природа».

Що ж стосується релевантності застосування функціонального підходу до легітимації правових норм та інститутів, то при цьому завжди варто враховувати його відносність щодо окремо взятих вимірів «доцільності» правового регулювання суспільства. Це, звичайно ж, не є приводом для категоричної відмови від даної методологічної парадигми, а лише застерігає від негативних наслідків її абсолютизації (оскільки будь-який різновид функціонального порівняння здатен продукувати лише партикулярне знання, котре не може бути екстрапольованим на досліджувану систему в цілому<sup>9</sup>). Інакше кажучи, даний підхід є одним з необхідних засобів обґрунтування права (будучи джерелом «компаративності» нормативних положень та конкретизації аналізу їх дієвості), але він не є достатнім у цьому відношенні, зачіпаючи переважно кількісні аспекти такого обґрунтування. Адже, якщо мотивувати легітимність того чи іншого закону виключно з огляду на величину «стимулюючих параметрів» його дії, абстрагуючись при цьому від якісних вимірів спрямованості цієї дії та її наслідків по відношенню до стану й характеру людських стосунків, то будь-якому з найжорстокіших репресивних режимів довелось б на даній підставі віддати перевагу перед гуманними та цивілізованими формами правової регуляції суспільства. Справді, право є лише знаряддям такої регуляції. А тому, як і усяке інше знаряддя, воно може бути зверненим як на користь, так і на шкоду людині. І, чим потужнішим потенціалом воно володіє, тим більшими є ризик та відповідальність його застосування. Тож ігнорування сутнісно-цілових аспектів права при його обґрунтуванні, обмежуючись суто «скалярними» характеристиками його ефективності, можна без перебільшення визнати безвідповідальним та, у ряді аспектів, небезпечним.

У той же час, як згадувалося вище, функціональний підхід порівняльного правознавства ґрунтується на ідеї уникнення будь-яких «трансцендентальних»

міркувань з приводу «сутності права», в контексті яких можна було б оцінювати конкретно-емпіричні форми його існування. Подібні оцінки мають здійснюватися (згідно з розглядуваною парадигмою) лише на підставі співвіднесення індексів суспільної функціональності юридичних норм та інститутів; при цьому самі їхні функції визначаються шляхом встановлення «взаємооднозначних» зв'язків між правовими положеннями, з одного боку, та соціальними потребами й проблемами – з іншого. У даному розумінні «схожість проблем з необхідністю призводить до змістовної (сислової) ідентичності інститутів, між якими можуть залишатися лише формальні (зовнішні) відмінності, котрі виводяться за межі порівняльно-правових досліджень»<sup>10</sup>. Проте сама теза щодо такої «ідентифікуючої кореляції» вбачається досить сумнівною. По-перше, одні й ті самі суспільні проблеми можуть вирішуватися на базі змістовно відмінних один від одного (і, навіть, взаємно протилежних) правових інститутів, специфіка яких визначається не стільки самою суттю проблеми, скільки соціокультурними особливостями уявлень про належний стан міжлюдських стосунків. Наприклад, проблема регулювання сімейно-шлюбних відносин абсолютно по-різному (в інституціональному плані) вирішується у східних та західних культурах: перші зазвичай віддають перевагу інститутам, що ґрунтуються на принципі полігамії, тоді як другі схиляються до моногамної інституціоналізації. По-друге, попри цілком зрозуміле прагнення прибічників юридичного функціоналізму зробити «споріднені» правові інститути порівнюваними шляхом зведення їхньої комплексності до деякої єдиної (визначальної) функції, «для оцінювання інститутів недостатньо фокусуватися тільки на цій одній функції, оскільки інститути є мультифункціональними; фокусування ж на усіх інших функціях та дисфункціях відроджує його комплексність»<sup>11</sup>, позбавляючи тим самим даний методологічний підхід його дієвості.

Хоча функціональний підхід є чи не найвпливовішим у сучасному правознавстві (особливо у царині юридичної компаративістики, оскільки він відкриває досить широкі можливості в плані експлікації та обґрунтування правової нормативності шляхом визначення та порівняння характеристик її суспільної дієвості), однак варто визнати, що такий підхід є, по суті, черговою спробою «репозитивізації» юридичної науки, її повернення «у лоно чистого права», відокремленого від яких-небудь «метаюридичних домішок». Але ж не слід забувати й про те, що позитивізм як такий є продуктом екстраполяції концептуально-методологічного апарату природничих наук на сферу гуманітарного пізнання. Тож напевно чи міркуваннями «юридичної чистоти» можна аргументувати пріоритетність розглядуваного підходу.

З іншого боку, історична вичерпаність класичних моделей легітимації права на підставі пошуку певних його «субстанційних першооснов» утримує від повернення до таких пошуків та відмови, бодай, від «партикулярної переконливості» функціоналізму. До того ж, абсолютно неможливим є обґрунтування права самим лише правом, не виходячи за його предметно-функціональні межі (вже хоча б через те, що його нормативність не є самоцільною та самодостатньою).

Відповідно, процедурні моменти та результати застосування функціонального підходу до виправдання правових інститутів та норм мають координуватися з більш масштабними за своєю предметністю методологічними засобами, що забезпечували б можливість оцінити не тільки «відносну функціональність» юридичного закону, але й його «абсолютний ефект» на цілісну систему людського буття.



1. *Cohen F.S.* Transcendental nonsense and the functional approach / F.S.Cohen // Columbia Law Review. – 1935. – Vol. 35. – №6. – P. 826. 2. *Fletcher G.P.* The universal and the particular in legal discourse / G.P.Fletcher // Brigham Young University Law Review. – 1987. – P. 335. 3. *Рейнстайн М.* Предмет и задачи сравнительного правоведения / М.Рейнстайн // Очерки сравнительного права: сборник; сост., перевод и вступ. статья В.А.Туманова. – М.: Прогресс, 1981. – С. 89-90. 4. *Олейник А.Н.* Институциональная экономика / Олейник А.Н. – М.: Инфра-М, 2002. – 106-107. 5. *Brand O.* Conceptual comparisons: towards a coherent methodology of comparative legal studies / O.Brand // Brooklyn Journal of International Law. – 2006-2007. – Vol. 32. – P. 407-408, 420. 6. *Ткаченко А.В.* Энигма функционализма: некоторые размышления относительно происхождения, содержания и перспектив функционального метода сравнительного правоведения: монография / Ткаченко А.В. – К.: Науковий світ, 2012. – С. 123. 7. *Чичерин Б.* Собственность и государство. Ч. 2 / Чичерин Б. – М.: тип. Брискорн, 1883. – С. 326. 8. *Токвиль А. де.* Демократия в Америке: пер. с франц. / Предисл. Г.Дж.Ласки. / Токвиль А. де. – М.: Прогресс, 1992. – С. 373. 9. *Gerber D.J.* System dynamics: toward a language of comparative law? / D.J.Gerber // The American Journal of Comparative Law. – 1998. – Vol. 1. – N 4. – P. 719-737. 10. *Ткаченко А.В.* Энигма функционализма: некоторые размышления относительно происхождения, содержания и перспектив функционального метода сравнительного правоведения: монография / Ткаченко А.В. – К.: Науковий світ, 2012. – С. 60. 11. *Ткаченко А.В.* Энигма функционализма: некоторые размышления относительно происхождения, содержания и перспектив функционального метода сравнительного правоведения: монография / Ткаченко А.В. – К.: Науковий світ, 2012. – С. 115.

УДК 321.01

Я. М. ДУПАЙ

## ДОСТУПНІСТЬ ЗАКОНОДАВСТВА – ПЕРЕДУМОВА ПРАВОВОЇ ПОІНФОРМОВАНОСТІ СУСПІЛЬСТВА

*Розкривається поняття доступності законодавства, однієї із передумов виконання правом своєї соціальної ролі; зміст презумпції знання закону, яка виступає необхідним організаційним принципом сучасної правової системи. Розглянуто її реальний та фіктивний аспекти. Звертається увага на місце оприлюднення нормативно-правових актів у системі заходів по забезпеченні доступності законодавства та правової поінформованості суспільства.*

**Ключові слова:** доступність законодавства, презумпція знання закону, оприлюднення нормативно-правових актів.

**Дупай Я.М.** Доступность законодательства – предпосылка правовой осведомленности общества

*Раскрывается понятие доступности законодательства, как одной из предпосылок выполнения правом своей социальной роли, содержание презумпции знания закона, которая выступает необходимым организационным принципом современной правовой системы. Рассмотрены ее реальный и фиктивный аспекты. Обращается внимание на место обнародования нормативно-правовых актов в системе мер по обеспечению доступности законодательства и правовой осведомленности общества.*

**Ключевые слова:** доступность законодательства, презумпция знания закона, обнародования нормативно-правовых актов.

© ДУПАЙ Ярина Миколаївни – аспірантка Інституту держави і права ім. В.М. Ко-рецького НАН України