

Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского  
Серия «Юридические науки». Том 27 (66). 2014. № 3. С. 32-49.

*УДК 340.5*

**МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОГО АНАЛИЗА:  
ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ, ОБОБЩЕНИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ  
ОСНОВНЫХ ПОДХОДОВ**

***Водяников А. Ю.***

*Научно-экспертный совет при Комитете Верховной Рады Украины  
по вопросам европейской интеграции,  
г. Киев, Украина*

В статье рассматриваются проблемы методологии сравнительно-правового анализа, делается попытка классификации основных методологических подходов в хронологическом порядке их возникновения. Автор выделяет пять основных методологических подходов (школ): сравнительное законодательство, компаративистские методы, функционализм, фактологизм и контекстуализм. Дается краткий обзор каждого из указанных подходов, их преимуществ и недостатков. В статье также поднимается вопрос о проблемах постсоветской юридической компаративистики.

**Ключевые слова:** методология сравнительно-правового анализа, эмпирические методы (сравнительное законодательство), компаративные методы, функционализм (функциональный подход), фактологизм (фактологический метод), контекстуальные подходы (контекстуализм).

**Введение.** Вопросы методологии сравнительно-правового анализа остаются предметом живой и зачастую жаркой дискуссии в научной среде. Ю.А. Тихомиров тонко подметил: «Несмотря на кажущуюся простоту правовых сравнений, аналогий и анализов, остается по-прежнему трудной задача освоения методологии сравнительного правоведения» [1, с. 54]. За последние пятьдесят лет вопросы методологии сравнительно-правового анализа стали предметом многочисленных научных изысканий, в первую очередь в западной правовой доктрине. Среди известных зарубежных компаративистов следует отметить работы таких специалистов, как М. Ансель, Г. Гаттеридж, Р. Давид, Л.-Ж. Константинеско, Х. Кетц, К. Цвайгерт, П. Легранд, У. Твининг и другие. В советский период проблематика сравнительного права стала предметом фундаментальных исследований С.Л. Зивса, А.Х. Саидова, А.О. Тилле, В.О. Тумонова, М.М. Файзиева, Г.В. Швецова и других. Среди украинских исследователей следует отметить труды Г.В. Александренко, Х.Н. Бехруза, В.Н. Денисова, В.К. Забегайло, Н.И. Козюбры, А.В. Кресина, П.Ф. Мартыненко, В.М. Шаповала, С.В. Шевчука и других.

С одной стороны, богатый научный дискурс дал толчок практическому использованию сравнительно-правовых подходов не только в сфере законодательной деятельности в разных странах мира, но и в сфере правоприменительной судебной практики. Даже такой бастион правовой автохтонности, как Верховный суд США, пал в начале XXI века под натиском сравнительно-правовых подходов: в решениях по делам *Roper v. Simmons* [2, с. 551–630], *Lawrence v. Texas* [3, с. 558–606], *Atkins v. Virginia* [4, с. 304–354]

он обратился к иностранной практике для целей толкования конституционных положений. Такой подход вызвал бурную и неоднозначную реакцию не только в американских научных кругах [5, с. 2695–2759; 6, с. 637–680; 7, с. 291–330], но и среди судей самого Верховного суда США [5, с. 2720–2722]. Более того, развитие наднациональных правовых систем, таких как право Европейского Союза, а также международных судебных учреждений, таких как Европейский суд по правам человека, Межамериканский суд по правам человека, Международный уголовный суд, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров и другие, неотвратимо привело к необходимости легитимации юридической аргументации в судебных решениях через обращение к национальным правовым системам, их подходам, концепциям, методам, открыв тем самым бездонные «шлюзы» для сравнительно-правовых концепций, заимствований, аналогий и общих принципов [8, с. 106–148].

С другой стороны, открытые «шлюзы» сравнительно-правовой аргументации показали отсутствие четкого понимания методологического инструментария сравнительного права. Например, практика международных уголовных трибуналов широко использует сравнительно-правовой подход для целей определения понятий, стандартов доказывания или элементов преступления, обращаясь при этом к наиболее репрезентативным правовым системам (в лучшем случае), или к национальному праву самих судей (как было, например, в деле *Erdemovic* [9; 10, с. 402, 404]). Понимая важность проблемы надлежащего сравнительно-правового метода, Международный трибунал по бывшей Югославии в деле *Furundžija* попытался сформулировать основные положения используемого им метода: «Если нормы международного уголовного права не определяют какое-либо понятие уголовного права, ссылки на национальное законодательство становятся оправданными при таких условиях: 1) если иное не предусмотрено международно-правовой нормой, ссылка не должна идти только на одну национальную систему, скажем, на систему стран общего права или стран континентального права. Вместо этого международные суды обязаны обращаться к общим концепциям и правовым институтам, общим для основных правовых систем мира. Это означает процесс определения общих знаменателей в этих правовых системах с тем, чтобы четко акцентировать их общие основополагающие понятия; 2) поскольку «международные уголовные производства проявляют определенные черты, отличные от национальных уголовных производств», следует учитывать специфику международных уголовных производств, применяя понятия национального права. Таким образом, возможно избежать как механического импортирования или транспозиции из национального права в международные уголовные производства, так и связанного с этим искривления уникальных черт таких производств» [11, с. 70].

Это лишь один из показательных примеров, которые указывают на имеющуюся практическую необходимость рационализации применения сравнительного права в правоприменительной практике через определение методологического инструментария. Поэтому на данном этапе имеет смысл провести небольшую инвентаризацию основных методологических подходов, сложившихся в сфере сравнительного права. В этом отношении автор считает необходимым «вынести за скобки» полемику относительно существования отдельного сравнительно-правового метода, отличного от сравнительного метода, широко используемого в различных отраслях научных изыска-

ний. Французский исследователь Б. Жалюзоз справедливо заметила: «Познавательный вопрос относительно того, является ли сравнительный метод специальным методом в сравнительном праве, подлежащим вычленению из сравнительного метода в целом, является бессодержательным, поскольку он неизбежно ведет к половинчатому ответу. Наоборот, действительным вопросом, который стоит, является вопрос методологии, непосредственно применимой в сравнительном праве» [12, с. 48]. Таким же образом не усматривается необходимость касаться вопроса о соотношении понятий «сравнительное право» и «сравнительное правоведение», которые, как представляется, являются следствием существования двух соперничающих методологических направлений в этой науке: функционализма («*porівняльне право*», «*comparative law*», «*droit comparé*») и контекстуализма («*порівняльне правознавство*», «*comparative legal studies*», «*études juridiques comparatives*») [13, с. 1099]. В этом отношении можно только кратко отметить, что некоторые ученые делают существенную ошибку, полагая, что различие между двумя терминами «объясняется, кроме различных подходов к определению объекта и предмета этой науки, неодинаковым правопониманием», и делая необоснованный вывод, что якобы в некоторых странах преимущественно используется один термин, а в других – другой [14, с. 516–517].

1. *В поисках истоков.* Истоки сравнительно-правовых методов нередко ищут во времена глубокой архаики, стараясь буквально «растянуть» историю сравнительного права от Гомера и Аристотеля через римских юристов, средневековые трактаты и работы деятелей эпохи Просвещения до наших дней [15, с. 12–31; 16, с. 1–19]. Это совсем не верно, поскольку нельзя отождествлять применение сравнений (а у некоторых авторов – и простых метафор в литературных произведениях) со сравнительным методом в праве. Хотя нельзя не признать особое влияние правовых идей и концепций в межкультурном диалоге между полисами Древней Греции и Римской республикой, тем не менее не существует свидетельств применения сравнительно-правовых подходов в законотворчестве или юридической науке, которая в свою очередь является продуктом периода поздней Римской республики [17, с. 1030; 18, с. 243–262]. Наверное, первым сравнительным исследованием в истории собственно правовой мысли, дошедшим до наших дней, является анонимная работа IV века *Collatio legume Romanorum et Mosaicarum*, в которой сравнивается римское право и Моисеев закон [19]. По мнению Д.В. Дождева, качество этого исследования очень низкое [20, с. 65], однако при всей своей простоте *Collatio* является первой известной нам попыткой сравнительно-правового подхода, а методы, используемые в этом произведении, оставались актуальными вплоть до XIX века. Вместе с тем *Collatio* иллюстрирует нам тезис об отсутствии каких-либо попыток сравнительно-правового подхода в период становления и развития римского права. Казуистика римской правовой аргументации, акцент на конкретных ситуациях, отсутствие идеи *lex generalis*, возникающей только во времена поздней империи [21, с. 17–50], – все это определило такой же казуистический подход автора *Collatio*. Ж.-М. Карбасс отмечает: «Для римских юрисконсультов норма не была чем-то *a priori*. Это не была норма заранее установленная, возникшая в силу реалий. Процесс был в точности наоборот. Из реальных юридических ситуаций *a posteriori* выводился принцип. Именно этот принцип римские юристы называли нормой» [22, с. 63; 23, с. 51]. Таким образом,

формирование норм права в римский период основывалось на понятии справедливого разрешения конкретного дела: собственно правоположение римского права сложно отождествить с современным понятием нормы или принципа. С такой точки зрения явно не обоснованными являются попытки найти элементы сравнительно-правовых подходов в современном их понимании в римскую эпоху.

Средневековая правовая мысль также не может дать примеров сравнительно-правового подхода по одной простой причине: в представлениях средневековых юристов предмет для такого сравнения отсутствовал. На начальном этапе такое положение дел было следствием неразвитости юридической науки и юридической профессии. В последующем, после того как в северной Италии были заново открыты юридические памятники римского права, право стало рассматриваться как трансцендентальное понятие, единое для всех народов, – *ius commune*. В. Шампей-Деплат отмечает: «Рассматривая в единстве римское право, его прочтение средневековыми юристами и каноническое право, юристы вычленяли общие принципы, которые со временем адаптировались к условиям каждой европейской страны. Такой «правовой метод *ius commune*» состоял в сравнении и установлении отношений иерархичности между правовыми нормами с целью вычленения тех норм, имеющих характер принципа, из массива всех иных норм, для определения как тех правоположений, которые противоречили принципам, так и тех, которые представляли собой их реализацию» [23, с. 57]. Этот же метод был положен в основу средневековых кодификаций местных обычаев. Однако в ментальности юристов позднего средневековья и эпохи Возрождения отсутствовали какие-либо представления о существовании отдельных правовых систем: право рассматривалось в своей совокупности единым и общим для всего христианского мира. Местные особенности и девиации в обычаях и практиках никоим образом не влияли на такое восприятие.

Научная революция XVI – XVII веков, которая коренным образом изменила картину мира в представлении человека, не только не поставила под сомнение существование единства права для всего христианского мира, но и дала новые аргументы и инструментарий для поиска общих принципов в праве. Математическая рациональность, попытки постичь природу при помощи математики, вера в существование имманентных априорных законов природы и социума прослеживаются во всем юридическом наследии этой эпохи. Работы И. Ньютона, Г. Лейбница, Р. Декарта сформировали особый дискурс, в том числе и в праве, основанный на представлении о существовании общих законов и закономерностей, которым подчиняется как человеческая природа, так и материальный мир. В. Шампей-Деплат утверждает: «Тот контекст трансформации концепций и методов научного знания полностью отразился и в сфере права. <...> Ранее получаемое в результате Божественного Откровения или решения власти знание естественного права стало связываться с рациональной логикой. С момента формулирования принципов естественного права их конкретные следствия могли теперь выводиться согласно логико-математической аргументации. Речь теперь шла о том, что все людские законы организованы вокруг определенного принципа, из которого их можно логически вывести...» [23, с. 60].

Не следует думать, что это влияние научной революции и математических подходов сошло на нет. Еще на Парижском конгрессе сравнительного права 1900 года

Р. Салей и Э. Ламберт, «отцы-основатели» науки сравнительного права, обосновали идею об универсальных принципах права, присущих всем правовым системам цивилизованных стран, поскольку право – рациональная наука, и в силу человеческой природы идеи разумности и рациональности подобны для всех развитых правовых систем [24, с. 738; 25, с. 7]. По мнению Р. Салея, именно в определении и исследовании принципов, общих для всех цивилизованных систем права, состоит основное задание сравнительного права; такие принципы являются универсальными, однако не имманентными составляющими «релятивного идеального права» (франц. *droit idéal relatif*) [26, с. 5]. Таким же образом лорд Р. Хальдейн в своей лекции 1900 года перед Юридическим обществом Шотландии отмечал: «Юриспруденция всех стран является преимущественно одинаковой в той части, которая касается ее основополагающих принципов. Уберите техническую терминологию – и отличия в значительной мере исчезнут. Тот, кто понимает правовой принцип и имеет достаточно широкое мировоззрение, чтобы не оставаться в плену провинциализма, является в любом случае наилучшим судьей» [27, с. 141–142]. Эти же резоны послужили основанием и мотивацией включения в перечень источников международного права, установленный Уставом Постоянной палаты международного правосудия, «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями».

Не вдаваясь в более детальное исследование истории идеи сравнительного метода в праве, следы которой можно проследить во всем философском и правовом наследии человечества [26, с. 11–22; 28, с. 76–98; 17, с. 1027–1070], следует, однако, признать, что сам этот метод формируется только тогда, когда возникает в правовой науке и практике осознанная необходимость в сравнении. Такая необходимость формируется в свою очередь во времена становления независимых национальных правовых систем в XIX веке, то есть только с возникновением осознанного наукой предмета сравнительно-правовых исследований.

2. *Эмпирические методы: сравнительное законодательство.* Наверное, самым старым методом в сравнительных исследованиях является метод сравнительного законодательства, предложенный в 1889 году Л. Ококом [29, с. 8] и детализированный в работах барона Ф. де Порталья [12, с. 31]. Этот метод, который Л.-Ж. Константиноско охарактеризовал как «описательный метод» [12, с. 31], а К. Цвайгерт и Х. Кетц как «законодательное правопведение» [28, с. 48], сформировался в рамках экзегетической школы XIX века и опирался исключительно на законодательные тексты, которые, надлежащим образом рассмотренные и растолкованные, по мнению сторонников этого метода, способны предоставить исчерпывающие ответы на исследовательские вопросы [25, с. 6]. Так, в своем сравнительно-правовом исследовании гражданского права Ф. де Порталь следующим образом определил этот метод: «Гражданское право стало нашей отправной точкой, нашим уникальным светочем; анализ должен нас привести к синтезу, однако в отправной точке [исследования] синтез может нас только запутать. Наша работа, соответственно, начинается с классификации гражданских законов вне какой-либо заранее определенной системы; мы надеемся, безусловно, получить научное решение <...>. После достижения цели классификации это право предстанет перед нами как ясная, явная истина по такой формуле: гражданские законы проявляют одинаковую сущность во всех своих социальных формах» [30, с. 37–38].



Согласно этому первому и в методологическом плане анахроничному методу, сохраняющему, к слову, свои позиции в советской и современной постсоветской юридической науке, предметом исследования выступает законодательство, то есть *lex scripta*, а в основе лежит текстуализм и экзегеза текста. Однако уже в начале XX века, во время первого Международного конгресса сравнительного права, состоявшегося в Париже в 1900 году, разгорелась жаркая дискуссия относительно методов сравнительного права, в которой приняли участие такие выдающиеся юристы, как Р. Салей, Э. Юбер, Э. Ламбер [12, с. 32–33; 24, с. 733–742]. Так, Э. Ламбер в своем докладе раскритиковал метод сравнительного законодательства: «Если компаративист ограничивается поиском выражений права в иностранных кодексах и законах, он преимущественно получит только проявления устаревшего права, уже вышедшего из употребления (*déjà tombé en désuétude*). Изучения требует не просто теоретическая структура каждой правовой системы, а собственно характер (*physionomie*), принимаемый такой системой в силу испытания временем и практикой применения. Существенного знания действительных решений, принимаемых судами каждой страны, также не достаточно. Необходимо для действительно полезного продвижения в своей компаративистской работе знать дух и смысл каждого такого решения» [31, с. 50].

Именно с этого момента начинается поиск надлежащих методов сравнительно-правового исследования. По мнению К. Цвайгерта и Х. Кетца, сравнительное право «зародилось» на Парижском конгрессе [28, с. 9; 25, с. 3–4]. А Й. Райнер характеризует доклад Э. Ламбера «по сути программой» дисциплины сравнительного права [32, с. 21]. Р. Сакко справедливо указал: «После Э. Ламбера, Р. Салейя и Э. Рабеля лицемерный сравнительный подход, жестко определяемый кодифицированными текстами, судебными решениями или концептуальными определениями, перестал более быть обоснованным; норма, бывшая предметом сравнительных исследований, более не является всего лишь формализованной нормой» [33, с. 1167].

Парижский конгресс стал отправной точкой поиска объективных методов сравнения, которые в своем большинстве вплоть до конца 1930-х годов сводились к эмпирическим техникам сравнительного анализа. Так, болгарский юрист Ж. Сталев указывал на необходимость определения критерия, способствующего установлению тех институтов, норм и юридических конструкций различных правовых систем, которые могут подлежать сравнению, и такое сравнение будет оправданным [1, с. 55]. Немецкий исследователь Г.А. Шварц-Либерманн фон Валендорф также отмечал, что «сравнение является возможным и будет согласованным и логичным только при условии его осуществления согласно объективным критериям»; оно должно «принимать во внимание как время, так и пространство», его важным предварительным условием выступает «знание реального права, а не только формального», а весь этот труд может быть продуктивным только при условии знания «генеалогий исследуемых институтов» [12, с. 33–34]. Ю.А. Тихомиров также следует этой тенденции, предлагая шесть методологических правил, «ноу-хау-право» [1, с. 57–58].

3. *Компаративные методы.* В качестве логического продолжения дискуссии, начатой на Парижском конгрессе, в теории сравнительного права возникает недолговечное направление, которое условно можно назвать школой компаративных методов. Представители этого направления (Л.-Ж. Константинеско, Р. Давид, П. Арменжон, барон

Б. Нольде) попытались выйти за пределы формализованной нормы, полагаясь на более системные подходы в сравнительно-правовом анализе. Развитие компаративных методов связано с именем румынского компаративиста Л.-Ж. Константинеско, посвятившего вопросам методологии второй том своей монографии «*Traité de droit comparé*». Л.-Ж. Константинеско, предлагая рациональный и достаточно детализованный метод сравнительно-правового анализа, определяет три стадии этого процесса, формулируя «правило трех С»: познание, понимание, сравнение (франц. «*la règle des trois C*»: *connaître, comprendre, comparer*) [12, с. 35]. Первая стадия, по его мнению, базируется на пяти основных правилах: 1) изучение термина как такового; 2) исследование сравниваемого термина в его исходных источниках; 3) изучение сравниваемого термина в совокупности и общности источников права исследуемой правовой системы; 4) соблюдение иерархии правовых источников соответствующего правопорядка; 5) толкование сравниваемого термина в соответствии с надлежащим методом того правопорядка, которому он принадлежит. Понимание как второй этап сравнительно-правового анализа состоит в возвращении термина в его собственную правовую систему (в широком значении этого слова) с исследованием одновременно его политической, экономической и социальной среды. На этапе сравнения Л.-Ж. Константинеско рекомендует методично и последовательно сравнивать все аспекты термина, при этом такой анализ должен преследовать три основные цели: 1) идентифицировать и выделить все отношения, то есть все отличия и общие черты между сравниваемыми терминами; 2) определить важность установленных соотношений; 3) определить содержание таких отношений, то есть попытаться определить их причины и цели [12, с. 35].

В силу своей простоты компаративные методы оставались довольно популярными в 50–60-х годах XX века и заложили основы дальнейших изысканий в сфере методологии сравнительно-правового анализа.

4. *Функциональный подход.* Самым распространённым в современном сравнительном праве является функциональный подход, автором которого считают немецкого юриста Э. Рабеля [13, с. 1100; 12, с. 40; 34, с. 104–106]. Э. Рабель, будучи известным специалистом в сфере международного частного права, сформулировал функциональный метод, исследуя собственно коллизионные нормы различных правовых систем мира. Он был убежден, что «чтобы сравнительное исследование нас чему-нибудь научило, оно должно сосредоточиться на основах. Оно устанавливает по всему миру факты, общие для всех, проблемы повседневной жизни, общие функции правовых институтов» [35, с. 355]. Достаточно показательным примером применения этого подхода стало исследование «Частное право западной цивилизации», опубликованное в четырех номерах «*Louisiana Law Review*» за 1949–1950 годы [36, с. 1–14; 37, с. 107–119; 38, с. 265–275; 40, с. 431–460].

Как подытожил Д. Гербер, главная идея методологии функционализма, сформулированная Э. Рабелем, заключается в том, чтобы «изучить, как определенная проблема решается в двух или более правовых системах, и проанализировать отличия и сходства в соответствующих решениях такой проблемы» [13, с. 1100]. Такой подход базируется на постулате, что «в праве единственными сравнимыми предметами выступают предметы, исполняющие одинаковую функцию» [12, с. 40]. К. Цвайгерт и Х. Кетц отмечают: «Основным методическим принципом сравнительного правоведения

<...> является функциональность. Разумеется, нельзя сравнивать несравнимое, а сравнимо в праве лишь то, что выполняет одну и ту же задачу, одну и ту же функцию» [28, с. 50]. Если резюмировать кратко, то методология функционального подхода заключается в следующем: 1) постановка вопроса о конкретной проблеме и путях ее решения; 2) обзор правовых систем, путей и способов решения этой проблемы в таких системах; 3) изложение сходств и отличий в решениях проблемы; 4) определение перспективы, с учетом которой должны быть проанализированы возможные объяснения и обоснования таких сходств и отличий; 5) критическая оценка и анализ таких сходств и отличий [13, с. 1103–1104].

Несмотря на кажущуюся простоту, функциональный подход в сравнительном праве не является однородным. Как метко указал Р. Майклс, само понятие «функциональный метод» уже является тройным мисномером: во-первых, существует не один, а несколько функциональных методов; во-вторых, не все такие методы являются функциональными; в-третьих, немало исследователей, исповедующих этот подход, не следуют какому-либо определенному «методу» [41, с. 342]. Этот же автор выделяет пять основных направлений в методологии функционализма, которые могут быть положены в основу классификации для целей данной работы.

**Неоаристотелевский подход** (Й. Эссер, Дж. Гордли) заключается прежде всего в вычленении определенным образом функции из причины ее возникновения, эволюции и даже носителя (правовой нормы) согласно аристотелевской онтологии и метафизике. Сторонники этого направления исходят из универсальности проблем, решаемых различными правовыми системами. Отличия таких систем, соответственно, заключаются в реагировании на такие проблемы. Это в свою очередь обуславливает существование общих правовых принципов (*jus commune*), лежащих в основе формально отличающихся правовых систем [42, с. 613]. В этом отношении неоаристотелевский подход отрицает дюркгеймовское понимание функции [43, с. 117–118], глубоко укоренившееся в основах социальных наук.

**Эволюционный функционализм** (Д. Митраньи, Э. Гаас) развился из исторической школы права под влиянием взглядов Р. фон Иеринга [44, с. 215–231] на эволюцию права как результат столкновения различных социальных интересов и роль государства и права как регуляторов принуждения в обществе [44, с. 193, 231–246]. Право в рамках такого подхода рассматривается как инструмент развития общества, его прогресса и эволюции, что позволяет использовать его для целей социального инжиниринга: опыт одних правовых систем с этой точки зрения может быть использован для обеспечения соответствующего прогресса и соответствующего направления развития в других обществах. Сегодня наиболее примечательным примером применения эволюционного функционализма на практике была подготовка государств Центральной и Восточной Европы к вступлению в Европейский Союз (далее – ЕС), процесс которой показал как преимущества, так и недостатки такого подхода [45, с. 103–121]. Этот же подход был заложен в основу концепции и программы адаптации национального законодательства Украины к праву ЕС [46, с. 5–37], а главным и мощным идеологическим центром этого процесса выступал в течение всего своего недолгого существования Центр сравнительного права при Министерстве юстиции Украины (2001–2003 годы) [45, с. 191–196].



**Структурный функционализм** (Э. Дюркгейм, Р. Салей, П. Лаполь, Р. Паунд, Ф. Гек, представители школы правового реализма): в основу структурного функционализма заложена дюркгеймовская социология, в частности сформулированное Э. Дюркгеймом понятие функции как соотношения между элементами, а не их качества, субъективности намерений или целей. Э. Дюркгейм писал: «Если вдаваться в объяснения социального феномена, необходимо исследовать отдельно действительную причину, лежащую в его основе, и функцию, им выполняемую. Мы используем слово «функция», а не «цель» именно потому, что социальные явления в целом не существуют для достижения каких-то полезных результатов, ими продуцируемых. То, что следует отметить, заключается в установлении соотношения между рассматриваемым фактом и общими потребностями социального организма без попытки исследования того, является ли оно намеренным. Все эти вопросы намерений, к тому же, являются слишком субъективными, чтобы быть рассмотренными в научной плоскости» [43, с. 117–118]. Соответственно, идея объективной функции, отдельной от ее источника, носителя и целей, сформулированная Э. Дюркгеймом, дала толчок мощному интеллектуальному течению в сравнительном праве, направленному на изучение права в действии, в отличие от права, записанного в законодательных актах. Этот подход заложил основы социологической школы права, основателями которой выступили Е. Эрлих, Ф. фон Лист, Ф. Гек и Р. Паунд, и дал начало теориям правового реализма. Такое понимание права в действии, отстаиваемое Р. Паундом, в отличие от права в книгах, означает, что определенная проблема может решаться в одной правовой системе при помощи одного правового института, в то время как в другой – абсолютно иным институтом [47, с. 12–36]. Такой подход указывает на необходимость брать во внимание не только правоприменительную практику, но и фактические последствия такой практики. Иными словами, если вести речь, например, о судебной практике, то особое внимание следует уделять не столько изложенному в судебном решении, сколько фактическим последствиям такого решения. Это в свою очередь открывает неразведанное пространство неявных или латентных функций (концепция, предложенная в социологической теории Р. Мертоном [48, с. 379–448]), которые проявляются в качестве непреднамеренного следствия внедрения какого-либо социального института [49, с. 462–473; 50, с. 51–60; 51, с. 29–44]. Р. Мертон утверждает: «В основе разграничения между явными и латентными функциями лежит следующее: первые относятся к тем объективным и преднамеренным последствиям социального действия, которые способствуют приспособлению или адаптации некоторой определенной социальной единицы (индивидуум, подгруппа, социальная или культурная система); вторые относятся к непреднамеренным и неосознанным последствиям того же самого порядка» [48, с. 426].

**Неокантианский функционализм** (Г. Радбрух, М. Саломон, Э. Кассирер), основы которого были заложены Г. Радбрухом, привнесшим в философию права кантианские идеи об идеальном праве: сравнительное право не может обеспечить нахождение идеального права, однако является инструментом поиска наилучших решений и совершенствования правовой системы [52, с. 150–163]. Соответственно, *tertium comparationis*, согласно такому подходу, выступает представлением об идеальном праве. Особый толчок развитию неокантианского функционализма в сравнительном праве был дан рабо-

тами Э. Кассирера, который, развивая взгляды И. Канта на законы природы (такие законы, собственно, не являются присущими природе, а составляют только человеческие конструкты, отображающие их человеческое понимание), указывал на необходимость переноса акцента в сравнительных исследованиях с определения сущности предмета или явления на рассмотрение такого предмета или явления исключительно в его функциональном (эпистемологическом) отношении с разных точек зрения, поскольку именно такой подход обеспечивает рассмотрение определенного предмета или феномена только в его взаимосвязи с иными элементами и целями. Э. Кассирер писал: «Было бы несурзацей пытаться понять «место» без того, чтобы в то же самое время не соотносить его с другими, отличными от него; или пытаться определить момент времени без того, чтобы рассматривать его как точку в упорядоченном множестве. «Здесь» получает свое значение только по отношению к «там», а «сейчас» – с более поздним или более ранним, с ним сопоставляемым. <...> Всегда существует и будет существовать система отношений в том смысле, что каждый конкретный конструкт в них обозначает только отдельную позицию, получающую свое содержание только через ее связь с множеством однопорядковых предметов» [53, с. 172]. Функциональный подход этой школы, соответственно, построен на исследовании не собственно правовых институтов, а их отношения к конкретным проблемам, на решение которых они направлены, на исследование их отношений во всей правовой системе. Так, Ж. Лангрод вслед за М. Гартманном указывает: «Сравнительный метод является обобщающей индукцией, позволяющей путем сравнения сходств и отличий воспроизвести сравниваемые объекты и процессы в системе общих понятий <...> и также определить функциональные связи между явлениями» [54, с. 364].

**Функциональная эквивалентность** (англ. – *equivalence functionalism*; Й. Эссер, К. Цвайгерт, Х. Кетц), как и структурный функционализм, развилась в отдельное течение в сравнительном праве под влиянием социологического функционализма Р. Мертона, В. Голдшмидта и научного наследия К. Реннера. Согласно такому подходу подобные социальные институты могут выполнять отличные функции в зависимости от общества и исторического периода; вместе с тем подобные социальные потребности могут удовлетворяться различными институтами, что требует от исследователя установления соответствующих функциональных эквивалентов [41, с. 357]. В дальнейшем этот подход был непосредственно приспособлен для целей сравнительного права Й. Эссером и К. Цвайгертом [55, с. 5–18].

Однако, несмотря на такое разнообразие подходов в сравнительно-правовом функционализме, в их основе лежат общие методологические элементы. Во-первых, это акцент не на самой норме права или нормативной конструкции, а на ее действии, практическом применении. В качестве основного материала для исследования берется правоприменительная практика (не только и не столько судебная) как реакция соответствующих правовых систем на подобные ситуации или проблемы реальной жизни. Во-вторых, такая практика рассматривается в контексте ее функциональной корреляции с общественными отношениями [41, с. 342]. В-третьих, функция правовой нормы или правоположения выступает основой сравнения, то есть играет роль *tertium comparationis* [28, с. 68]. Это означает, что соответствующие нормы или институты, как правовые, так и неправовые, могут быть сравнимы, если являются функционально эк-

вивалентными, то есть выполняют подобные функции в своих системах. Как отмечают К. Цвейгерт и Х. Кетц, процесс сравнительно-правового анализа согласно методологическим принципам функционализма происходит в соответствии с таким алгоритмом: 1) постановка функционального вопроса или рабочей гипотезы, то есть формирование исследуемой проблемы; 2) представление правовых систем и путей решения ими исследуемого вопроса; 3) определение сходств и отличий в подходах к решению данного вопроса; 4) нахождение пояснений и обоснований таким сходствам и отличиям; 5) критическая оценка результатов такого анализа, включая зачастую определение лучшего подхода к решению вопроса [28, с. 50–54, 66–75; 13, с. 1103–1104].

5. *Фактологический метод.* Функциональный подход в своей практической плоскости имеет много общего с так называемым фактологическим методом (англ. *case method, factual method*; франц. *méthode factuelle, méthode de fait, méthode de cas concrets*), детально разработанным и обоснованным в рамках проекта Корнельского университета «Общая основа правовых систем» («*Common Core of Legal Systems*»), реализованного под руководством профессора Р. Шлезингера [56, с. 2–71; 57, с. 1–12], а также в работах Б. Маркезиниса и Р. Сакко. Как отмечает Б. Жалюзозо, этот метод считается логическим продолжением функционального подхода [12, с. 42]. Он предполагает выбор конкретной практической ситуации, определение ее элементов («единиц, составляющих факты конкретного дела») и сравнение таких элементов в различных правовых системах [58, с. 769; 59, с. 421–424]. Б. Маркезинис, один из наиболее влиятельных и авторитетных сторонников этого метода, описывает его так: «По сути, исследователь сравнивает ситуации, ему известные, оставляя без внимания структуру или терминологию, которые либо трудно переводятся, либо вводят в заблуждение» [60, с. 810]. Этот подход, соответственно, исходит из правоприменительной практики как основы сравнения. Б. Маркезинис утверждает: «Покуда осуществляется такое сравнение, становятся явными отличия в решениях [конкретных проблем] и их обоснования. Необходимость их пояснения становится насущной, и исследователь направляется или даже погружается до уровня отличного и более глубокого анализа, требующего от него обнаружить скорее основы правовой политики, определяющие конкретное судебное решение, нежели [исследовать] технику его формулирования» [60, с. 823].

Преимущество фактологического подхода заключается в том, что его методология позволяет отыскать в правоприменительной практике те соображения правовой политики, которые определяют те или иные решения подобных проблем в различных правовых системах. Ведь именно такая практика дает возможность определить то, в чем заключается реальное значение определенной нормы или правового положения относительно конкретных законодательных формулировок.

6. *Контекстуальные подходы.* Контекстуальные подходы развились также в ответ на недостатки компаративного текстуализма. Они направлены на исследование «права в действии»: основное внимание уделяется контексту нормы права, который должен пояснить внешние факторы (экономические, политические, социологические, культурологические и другие), являющиеся для нее определяющими [12, с. 42]. В их основе лежит попытка устранить недостатки функционализма: в сравнительном праве в последние годы было выдвинуто несколько альтернативных методологических

подходов, уделяющих большее внимание внеправовому контексту существования правовых систем, поскольку для надлежащего понимания определенной нормы, правового института, отрасли или правовой системы в целом следует учитывать правовую культуру, экономические факторы, политические реалии, социальные условия и другие факторы, составляющие контекст или эпистемологические рамки существования таких норм, институтов, отраслей или систем.

Контекстуальные подходы основываются на отрицании функционализма как наиболее притягательной методологии в сравнительном праве, поскольку функционализм, зародившись в доктрине международного частного права и будучи генетически с ним связанным, ориентирован на нахождение и акцентирование сходств [13, с. 1106]. П. Легранд, наиболее последовательный и авторитетный представитель контекстуальной методологии, так обобщил идею контекстуализма: «Никакая форма слов, которые должны составлять «норму», не может полностью избежать семантического содержания, поскольку никакая норма не может быть бессодержательной. <...> Однако содержание нормы не раскрывается полностью собственно самой нормой, норма никогда не является самоочевидной. Наверное, содержание возникает из нормы, поскольку считается, что оно должно существовать, даже виртуально, в самой норме еще до применения интерпретационного аппарата. В такой степени содержание нормы является неконтекстуальным. Однако содержание также – и вероятно, чаще всего – выступает функцией применения нормы лицом, ее толкующим, конкретизации или применения ее в контексте событий, регулировать которые она направлена. <...> Поэтому содержание нормы является функцией эпистемологических установок лица, ее толкующего, которые в свою очередь являются исторически и культурно обусловленными» [61, с. 114]. Таким образом, по мнению сторонников таких подходов, норма не может быть вычленена из своего контекста, которым выступает правовая культура, и низведена до писаного текста. Поэтому само писаное право, законодательная норма как текст не может раскрыть само по себе содержание и особенности правовой системы. П. Легранд отмечал: «Нормы, например, являются в целом эфемерными и неизбежно обусловленными. <...> Поэтому независимо от того, являются они законодательными или судебными по своему происхождению, нормы губительны [для сравнительно-правового анализа – А. В.] в той мере, в которой они представляют только поверхностный образ правовой системы» [62, с. 55–56].

Названный ученый также утверждал: «Сравнительно-правовые исследования следует в лучшем случае рассматривать в качестве герменевтических пояснений и опосредствования различных форм правового опыта в рамках описываемого и критического метаязыка. <...> Сравнение должно носить не объединяющий, а множественный эффект: оно должно быть направлено на упорядочение разнообразия дискурсов в своих различных (культурных) формах и противостоять бессознательной тенденции к единообразию <...> сравнение должно включать первоочередное и фундаментальное исследование отличий» [61, с. 123–124]. Исходя из презумпции отличий, контекстуальный подход подчеркивает необходимость исследования в первую очередь эпистемологических основ правовой системы, ее *mentalité* по П. Легранду [61, с. 121].

*Выводы.* Приведенная выше классификация подходов в сфере сравнительно-правовой методологии никоим образом не претендует на исчерпывающий характер.

Однако даже такой беглый анализ указывает на существенное разнообразие и плюрализм, существующие в этой сфере научного знания. Вместе с тем следует отметить, что преобладающие взгляды и концепции в национальной науке все еще остаются устаревшими. А.Х. Саидов в этом контексте справедливо отметил: «Теория сравнительно-правового метода в том виде, в котором она существует сегодня, скорее может быть названа теорией сравнительного законодательства, нежели теорией сравнительного правоведения. Сравнительное законодательство – это сравнение нормативных источников по конкретным правовым проблемам, преимущественно на уровне отраслей права и правовых институтов» [63, с. 12].

Как представляется, причины такой ситуации следует искать не столько в теории сравнительно-правовых исследований, сколько в самой теории права, господствующей на постсоветском пространстве. Собственно, причины такой ретроградности заложены в том этатистском понимании права, сформировавшемся со времен Французской революции, кульминацией которого стали легалистские концепции советского права и правосознания. Как подытожил Р. Циппелиус, согласно таким подходам право понимается как «структура предписаний, которая фактически сводится к оформлению и выражению воли тех, кому принадлежит государственная власть» [64, с. 12]. Эту же черту подчеркивает и Н.М. Онищенко, которая характеризует легализм как определяющий право исключительно как веления государства [65, с. 46].

Согласно сформировавшейся в постсоветской доктрине догме право неразрывно связано с государством, им устанавливается и охраняется [66, с. 83–86; 67, с. 142; 68, с. 17–19]. Эта догматика – наследие жестких идеологических рамок, в которые была поставлена юридическая наука в СССР, рамок ленинско-сталинского ответвления марксизма. Можно даже определить дату установления этой догмы: в 1938 году А.Я. Вышинский определил право как «совокупность правил общежития, выражающих волю господствующего класса, применение которых обеспечивается силой государства». Все последующие и даже современные определения являются фактически вариациями этого определения. Так эта догма монополизировала советский и постсоветский университетский дискурс: ее заучивают на первом курсе юридического факультета, и нет ни одного учебника, где эта догма не присутствовала бы.

В таком прокрустовом ложе современной постсоветской юридической науки изначально отсутствуют предпосылки для полноценного развития сравнительно-правовых дисциплин. Если право, согласно такой юридической «ортодоксии», неразрывно связано с государством, им устанавливается и охраняется, то никакой другой подход, кроме «сравнительно-законодательного», не вписывается в такую парадигму; как, собственно, не вписывается в такую парадигму и правовая реальность. Р. Коттеррель справедливо отметил: «Любое общество, независимо от его природы, проявляет правовой плюрализм: в нем существуют различные правовые режимы, существующие и даже конкурирующие в одном и том же социальном пространстве. Некоторые из этих правовых режимов (особенно те, которые являются социально наиболее фундаментальными) не подпадают под контроль или надзор государства или юридической профессии» [69, с. 84]. Соответственно, право не всегда существует благодаря государству, а взаимосвязь государства и права следует рассматривать как «предмет для исследования, а не установленный факт» [70, с. 472].



Более ста лет назад Е. Эрлих указывал: «Даже если сосредоточиться на «официальном праве», все равно будет всплывать существенная зависимость от структур неофициальных или обычных правил в сфере определения критериев разумности или справедливости» [70, с. 472]. Существующие методологические подходы в современном сравнительном праве пытаются решить эту сложную дилемму методов, критериев и подходов, которые учитывали бы правовые реалии различных правовых систем, давно отбросив неадекватные «сравнительно-законодательные» подходы. Сформировавшиеся школы и направления (функционализм, контекстуализм, фактологизм) на данном этапе являются наиболее распространенными, имеющими многочисленных сторонников, определяющими тренд дальнейшего развития науки сравнительного права. Однако динамизм такого развития указывает на огромный потенциал для формирования и становления альтернативных подходов, основанных как на синтезе методологий этих школ, так и на абсолютно новых идеях и междисциплинарных подходах.

**Список литературы:**

1. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения / Ю.А. Тихомиров. – М. : Норма, 1996. – 432 с.
2. United States Supreme Court Judgment. *Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center v. Simmons* // United States Reports. – 2005. – Vol. 543. – P. 551–630.
3. United States Supreme Court Judgment. *Lawrence et al. v. Texas* // United States Reports. – 2002. – Vol. 539. – P. 558–606.
4. United States Supreme Court Judgment. *Atkins v. Virginia* // United States Reports. – 2001. – Vol. 536. – P. 304–354.
5. Benvenuto O.J. Reevaluating the Debate Surrounding the Supreme Court's Use of Foreign Precedent / O.J. Benvenuto // *Fordham Law Review*. – 2006. – Vol. 74. – Issue 5. – P. 2695–2759.
6. Parrish A.L. Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law / A.L. Parrish // *University of Illinois Law Review*. – 2007. – № 2. – P. 637–680.
7. Delahunty R.J. Against Foreign Law / R.J. Delahunty and J. Yoo // *Harvard Journal of Law & Public Policy*. – 2005. – Vol. 29. – № 1. – P. 291–330.
8. Водяников О.Ю. Теорія принципу в міжнародному праві / О.Ю. Водяников // *Український щорічник міжнародного права* (2009 р.). – К. : Фенікс, 2014. – С. 97–180.
9. Case № IT-96-22-A: *Prosecutor v. Erdemovic*, Judgment of the Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 7 October 1997, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf>.
10. Raimondo F.O. General Principles of Law as Applied by International Criminal Courts and Tribunals / F.O. Raimondo // *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. – 2007. – Vol. 6. – P. 393–406.
11. Case № IT-95-17/1-T *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment of the Trial Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 10 December 1998 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.
12. Jaluzot B. Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective / B. Jaluzot // *Revue internationale de droit comparé*. – 2005. – № 1. – P. 29–48.
13. Husa J. Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility? / J. Husa // *Revue internationale de droit comparé*. – 2006. – № 4. – P. 1095–1117.
14. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : [підручник] / О.Ф. Скакун. – пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с.
15. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права / В.И. Лафитский. – М. : Статут, 2010. – Т. 1. – 429 с.

16. Рассказов Л.П. Генезис сравнительного правоведения и его формирования как науки и учебной дисциплины / Л.П. Рассказов // Научный журнал КубГАУ. – 2014. – № 95(01). – С. 1–19.
17. Hug W. The History of Comparative Law / W. Hug // Harvard Law Review. – 1931–1932. – Vol. 45. – № 6. – P. 1027–1070.
18. Tuori K. The Myth of Quintus Mucius Scaevola: Founding Father of Legal Science? / K. Tuori // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. – 2004. – Vol. 72. – P. 243–262.
19. Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio. With Introduction, Facsimile and Transcription of the Berlin Codex, Translation, Notes and Appendices / ed. by rev. M. Hyamson. – London ; New York et al. : Henry Frowde ; Oxford University Press, 1913. – 280 p.
20. Дождев Д.В. Римское частное право : [учебник для вузов] / Д.В. Дождев ; под ред. В.С. Нерсесянца. – М. : Норма – Инфра-М, 1996. – 245 с.
21. Сильвестрова Е.В. Lex generalis. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V – X вв. н. э. / Е.В. Сильвестрова. – М. : Индрик, 2007. – 237 с.
22. Carbasse J.-M. Introduction historique au droit / J.-M. Carbasse. – Paris : P.U.F., 1998. – 379 p.
23. Champeil-Desplats V. Méthodologies du droit et des sciences du droit / V. Champeil-Desplats. – Paris : Daloz, 2014. – 432 p.
24. Jamin C. Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris / C. Jamin // Revue internationale de droit comparé. – 2000. – Vol. 52. – № 4. – P. 733–751.
25. Munday R. Accounting for an Encounter / R. Munday // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. – Cambridge : Cambridge University Press, 2003. – P. 3–28.
26. Gutteridge H.C. Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research / H.C. Gutteridge. – London : Cambridge University Press, 1946. – 208 p.
27. Haldane R.B. The Appellate Courts of the Empire. An address delivered in January, 1900, at Edinburgh, before the Scots Law Society / R.B. Haldane // Haldane R.B. Education and Empire. Addresses on Certain Topics of the Day / R.B. Haldane. – London : John Murray, 1902. – P. 131–161.
28. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кёгц. – пер. с нем. – М. : Международные отношения, 2000–. – Т. 1 : Основы. – 2000. – 480 с.
29. Aucoc L. Les études de législation comparée en France / L. Aucoc. – Paris : Alfonse Picard, 1889. – 17 p.
30. De Portal F. Politique des lois civiles ou Science des législations comparées / F. de Portal. – Paris : A. Durand et Pedone Lauriel, 1873–1877. – Т. 1. – 1873. – 458 p.
31. Lambert É. Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit ; transcription de l'intervention d'E. Lambert / É. Lambert // Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents : 2 vols. – Paris : LGDJ, 1905–. – Vol. I. – 1905. – P. 26–61.
32. Rainer J.M. Introduction to Comparative Law / J.M. Rainer. – Wien : Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 2010. – 158 p.
33. Sacco R. One Hundred Years of Comparative Law / R. Sacco // Tulane Law Review. – 2001. – Vol. 75. – P. 1159–1176.
34. Graziadei M. The Functionalist Heritage / M. Graziadei // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. – Cambridge : Cambridge University Press, 2003. – P. 100–130.
35. Rabel E. Comparative Conflicts Law / E. Rabel // Indiana Law Journal. – 1948–1949. – Vol. 24. – P. 353–362.
36. Rabel E. Private Laws of Western Civilization / E. Rabel // Louisiana Law Review. – 1949–1950. – Vol. X. – P. 1–14.
37. Rabel E. Private Laws of Western Civilization. Part II: French Civil Code / E. Rabel // Louisiana Law Review. – 1949–1950. – Vol. X. – P. 107–119.
38. Rabel E. Private Laws of Western Civilization. Part III: The German and the Swiss Civil Codes / E. Rabel // Louisiana Law Review. – 1949–1950. – Vol. X. – P. 265–275.
40. Rabel E. Private Laws of Western Civilization. Part IV: Civil Law and Common Law / Ernst Rabel // Louisiana Law Review. – 1949–1950. – Vol. X. – P. 431–460.
41. Michaels R. The Functional Method of Comparative Law / R. Michaels // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann and R. Zimmermann. – Oxford : Oxford University Press, 2006. – P. 339–382.
42. Gordley J. Is Comparative Law a Distinct Discipline? / J. Gordley // American Journal of Comparative Law. – 1998. – Vol. 46. – P. 607–615.

43. Durkheim É. Les règles de la méthode sociologique / É. Durkheim. – 7-ième edn. – Paris : Librairie Félix Algan, 1919. – 186 p.
44. Von Ihering R. Law as a Means to an End / R. von Ihering ; transl. from German by I. Husik. – Boston : The Boston Book Company, 1913. – 483 p.
45. Кравчук І.В. Гармонізація національних правових систем з правом ЄС / І.В. Кравчук, М.М. Парапан. – К. : ВД «Слово», 2004. – 320 с.
46. Європейська інтеграція України: політико-правові проблеми : [монографія] / за ред. В.П. Горбатенка. – К. : Юридична думка, 2005. – 332 с.
47. Pound R. Law in Books and Law in Action / R. Pound // *American Law Review*. – 1910. – Vol. 44. – P. 12–36.
48. Мертон Р.К. Явные и латентные функции / Р.К. Мертон // *Американская социологическая мысль* / под ред. В.И. Добренкова. – М. : Изд-во МГУ, 1994. – С. 379–448.
49. Merton R.K. Sociological Theory / R.K. Merton // *American Journal of Sociology*. – 1945. – Vol. 50. – № 6. – P. 462–473.
50. Helm P. Manifest and Latent Functions / P. Helm // *The Philosophical Quarterly*. – 1971. – Vol. 21. – № 82 – P. 51–60.
51. Campbell C. A Dubious Distinction? An Inquiry into the Value and Use of Merton's Concepts of Manifest and Latent Function / C. Campbell // *American Sociological Review*. – 1982. – Vol. 47. – № 1. – P. 29–44.
52. Радбрух Г. Філософія права / Г. Радбрух. – пер. з нім. – К. : Тандем, 2006. – 316 с.
53. Cassirer E. Substance and Function and Einstein's Theory of Relativity / E. Cassirer. – transl. from German. – Chicago ; London : The Open Court Publishing Company, 1923. – 465 p.
54. Langrod G. Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique / G. Langrod // *Revue internationale de droit comparé*. – 1957. – Vol. 9. – № 2. – P. 353–369.
55. Zweigert K. Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé) / K. Zweigert // *Revue internationale de droit comparé*. – 1966. – Vol. 18. – № 1. – P. 5–18.
56. Schlesinger R.B. Formation of Contracts – A Study of the Common Core of Legal Systems: Introduction / R.B. Schlesinger // *Cornell International Law Journal*. – 1969. – Vol. 2. – P. 2–71.
57. Longo G.E. The Cornell Project on the Common Core of Legal Systems: Views of a Civilian / G.E. Longo // *Columbia Journal of Transnational Law*. – 1965. – Vol. 4. – Issue 1. – P. 1–12.
58. Drobniг U. Memorial Address for Rudolf Schlesinger: Delievered at the University of Trento Law School / U. Drobniг // *Hastings International and Comparative Law Review*. – 1998. – Vol. 21. – Issue 4. – P. 765–770.
59. Rozmaryn S. Étude comparative de cas administratifs concrets / S. Rozmaryn // *Revue internationale de droit comparé*. – 1967. – Vol. 19. – № 2. – P. 421–424.
60. Markesinis B. Unité ou divergence: à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain / B. Markesinis // *Revue internationale de droit comparé*. – 2001. – Vol. 53. – № 4. – P. 807–830.
61. Legrand P. The Impossibility of “Legal Transplants” / P. Legrand // *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. – 1997. – Vol. 4. – Issue 2. – P. 111–124.
62. Legrand P. European Legal Systems are not Converging / P. Legrand // *International and Comparative Law Quarterly*. – 1996. – Vol. 45. – № 1. – P. 52–81.
63. Саидов А.Х. Теоретические проблемы советского сравнительного правоведения : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А.Х. Саидов. – М., 1984. – 204 с.
64. Циппеліус Р. Філософія права : [підручник] / Р. Циппеліус. – пер. з нім. – К. : Тандем, 2000. – 300 с.
65. Оніщенко Н.М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Н.М. Оніщенко. – К., 2002. – 426 с.
66. Общая теория права : [учебник для юрид. вузов] / [Ю.А. Дмитриев, И.Ф. Казьмин, В.В. Лазарев и др.] ; под общ. ред. А.С. Пиголкина. – 2-е изд., испр. и доп. – М. : Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1996. – 384 с.
67. Борисов Г.А. Теория государства и права : [учебник] / Г.А. Борисов. – Белгород : Изд-во БелГУ, 2007. – 292 с.
68. Основы государства и права : [учеб. пособие для поступающих в вузы] / [И.А. Андреева, С.П. Бузынова, К.С. Бельский и др.] ; под ред. О.Е. Кутафина. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрист, 1994. – 296 с.
69. Cotterrell R. Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies / R. Cotterrell // *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich* / ed. by M. Hertogh. – Oxford ; Portland : Hart Publ., 2009. – P. 75–94.
70. Hertogh M. A «European» Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich / M. Hertogh // *Journal of Law and Society*. – 2004. – Vol. 31. – № 4. – P. 457–481.

**Водяніков О. Ю. Методологія порівняльно-правового аналізу: історія становлення, узагальнення та класифікація основних підходів / О. Ю. Водяніков // Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія: Юридичні науки. – 2014. – Т. 27 (66). – № 3. – С. 32-49.**

У статті розглядаються проблеми методології порівняльно-правового аналізу, робиться спроба класифікації основних методологічних підходів у хронологічному порядку їх виникнення. Автор виокремлює п'ять основних методологічних підходів (шкіл): порівняльне законодавство, компаративні методи, функціоналізм, фактологізм та контекстуалізм. Робиться стислий огляд кожного зі вказаних підходів, їх переваг і недоліків. У статті також підіймаються питання про проблеми пострадянської юридичної компаративістики.

**Ключові слова:** методологія порівняльно-правового аналізу, емпіричні методи (порівняльне законодавство), компаративні методи, функціоналізм (функціональний підхід), фактологізм (фактологічний підхід), контекстуальні підходи (контекстуалізм).

#### **METHODOLOGY OF COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS: HISTORY OF EVOLUTION, OVERVIEW AND CLASSIFICATION OF PREVAILING APPROACHES**

*Vodyannikov O. Yu.*

*Scientific and Expert Council at the Parliamentary Committee for European Integration, Kyiv, Ukraine*

Comparative law methodology has gradually seized to be the topic of purely academic interest. Rich scholarly discourse, globalization and rapid proliferation of international tribunals, prompted practitioners to look at comparative law more closely. The well established demand for comparative law research and solutions from national legislatures is being vigorously supplemented by national and international judicatures who more often recourse to comparative law in order to fill lacunae in national and international law through extensive borrowings from other legal systems. This is even more evident in case of international tribunals where the need to legitimize judicial reasoning opened the floodgates for comparative legal concepts, borrowings, analogies and general principles.

This article aims to present a survey of comparative law methodology, its leading schools of thought. It argues that the emergence of comparative law as a discipline with a distinct methods and tools, separate from general comparative method known since Antiquity, dates back to the period of formation of national legal systems with their distinct ethos. The second half of XIX century can with surety be defined as starting point of comparative law.

The article review five major approaches to the comparative law methodology: comparative legislation, comparative methods, functionalism, case law methods and contextualism. Each approach is being presented with its peculiar advantages and drawbacks. The article also touches upon the persisting problems in post-soviet doctrines of comparative law.

The earliest methodological school emerged was comparative legislation (L. Aucoc, F. de Portal), premised on the idea that comparative law should be focused on positive legislation (*lex scripta*) and be limited to legislative comparisons. The reign of this school of thought lasted till the beginning of XX century until it sustained a devastating blow during the Paris International Congress of Comparative Law (1900), where “founding fathers” of contemporary comparative law discipline (R. Saleilles, E. Huber, E. Lambert) effectively attacked its drawbacks and vices.

The 1900 International Congress set the agenda of the comparative law discipline for the XX century. To address the appeal of the Congress, a number of methodological approaches were suggested that can be united under the head of comparative methods (L.-J. Constantinesco, R. David, P. Arminjon, baron B. Nolde). The most detailed and accentuated approach was offered by L.-J. Constantinesco who proposed “*la règle des trois C*” – know, understand, compare. The comparative methods went further than mere legislative texts comparisons and endeavored to bypass the textualist bias of XIX century. Despite their simplicity, their popularity was short-lived. However the school nurtured a conducive milieu for emerging and development of two competing schools – functionalism and contextualism.

Functionalism has become the mainstream in contemporary comparative law. Borne out of the private international law the functional method as was aptly observed by R. Michaels, is a “trifold misnomer”: there is not one but several functional methods, not all methods so called are functional, and some authors claiming to adhere to it fail to follow any recognizable method. There are at least five recognizable currents in the functionalism (not to mention often recourse to several or all of them at once): 1) neo-Aristotelianism; 2) evolutionary functionalism; 3) Durkheimian structural functionalism; 4) neo-Kantian functionalism; 5) equivalence functionalism.

Case-law method (factologism) is a promising offshoot of functionalism, developed under the Common Core of Legal Systems Project of the Cornell University. It consists in identification of a concrete situation, its decomposition into units of analysis and comparison of such units under various legal systems. This method allows to discern from the case law and legal practice those policy considerations that are not evident, overt or proclaimed in the legislative wordings but hidden, implied and at the same time decisive.

As a reaction to deficiencies and drawbacks of functionalism, within the tenets of sociological school of law emerged contextualism called to be premised on law in action, compared to law in books bias of functionalism. Contextual methods are based on the firm rejection of functionalism as the most attractive methodology in comparative law, as functionalism, originated from private international law, is focused on finding and highlighting similarities. This school of thought proceeds from the assumption that a rule of law may not be detached from its context, formed by legal culture, history, politics, social relations, traditions etc. Therefore contextual approaches proceed from presumption of differences, they seek to identify such differences and explore them.

**Key words:** comparative law methodology, empiric methods (comparative legislation), comparative methods, functionalism, case law methods, contextualism.