

УДК 340.5

А. О. САПАРОВА

## НЕКЛАСИЧНІ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПІДХОДУ ПРАВОВИХ ТРАНСПЛАНТАНТІВ

*Аналізуються основні неklasичні інтерпретації підходу правових трансплантантів, такі як: «право як транспозиція», «правові подразники», «поміrkована інтерпретація правових трансплантантів» та «епістемологічний оптимізм», формулюються висновки про переосмислення самої ідеї правової трансплантації як форми і методу взаємодії правових систем.*

**Ключові слова:** порівняльне правознавство, методологія права, правові трансплантанти, взаємодія правових систем.

### **Сапарова А.А. Неклассические интерпретации подхода правовых трансплантантов**

*Анализируются основные неклассические интерпретации подхода правовых трансплантантов, такие как: «право как транспозиция», «правовые раздражители», «умеренная интерпретация правовых трансплантантов» и «эпистемологический оптимизм», формулируются выводы про переосмысление самой идеи правовой трансплантации как формы и метода взаимодействия правовых систем.*

**Ключевые слова:** сравнительное правоведение, методология права, правовые трансплантаты, взаимодействие правовых систем.

### **Saparova A.O. Non-classical interpretations of legal transplants approach**

*In article analyzed the main non-classical interpretations of legal transplants approach such as “law as transposition”, “legal irritants”, “moderate interpretation of legal transplants” and “epistemological optimism”, formulated conclusions about re-thinking the idea of legal transplantation as a form and method of interaction of legal systems.*

**Key words:** comparative law, methodology of law, legal transplants, interaction of legal systems.

Інтелектуальний рух, спрямований на ствердження неможливості правових трансплантантів в якості фундаментальної ознаки права і правового мислення, який був ініційований французьким компаративістом П. Леграном, будучи за своїм змістом і спрямованістю постмодерністським, продукує смислове поле, що виходить за межі первісно окресленого ним деконструюючого проекту. А точніше, представлена П. Леграном критика має й інший вимір деконструкції підходу правових трансплантантів, окрім ствердження неможливості ототожнення правотворення з правовими запозиченнями й відсутності в останніх ознак правового феномену.

Таким іншим, не менш значимим, і значно більш варіативним за своїм змістом, напрямом критичного переосмислення ідеї запозичення у праві є усвідомлення недоліків класичної конструкції підходу правових трансплантантів, запропонованої А. Ватсоном, але без наміру її заперечення. Тобто, мова йде про

---

© САПАРОВА Анастасія Олександрівна – викладач кафедри теорії держави і права, адміністративного і фінансового права Київського міжнародного університету, здобувач кафедри філософії права та юридичної логіки Національної академії внутрішніх справ

спроби врахування культуралістської критики з тим, щоб зберегти саму ідею правових запозичень – обґрунтувати можливість правових трансплантантів, але не у первісному, а лише модернізованому вигляді.

Над цією проблематикою працюють відомі сучасні вчені-компаративісти: О. Орюку, Г. Тюбнер, У. Евальд, В.А. Слищенков, А.Ватсон та ін.

У сучасному західному порівняльному правознавстві формалізовані наступні неklasичні концепції розуміння природи правових запозичень.

#### **«Право як транспозиція»**

Першою неklasичною варіацією ідеї правового запозичення, яка набула широкого визнання у сучасному західному порівняльному правознавстві, розглянемо концепцію «права як транспозиції» турецької вченої Е. Орюку. Вона вказує, що поняття правової трансплантації потребує оновлення для того, щоб залишатися адекватним сучасним процесам творення і розуміння права. Таке оновлення передбачає інтерпретацію правового трансплантанта в якості правової транспозиції. Ця трансформація передбачає збереження метафоричності при схопленні феномену правового запозичення, але при цьому змінюється референт: місце хірургічної практики у випадку правових трансплантантів займає музика. Іншими словами, право постулюється як онтологічно споріднене музиці.

Останнє, на думку Е. Орюку, обумовлюється тим, що право, так само як і музика, допускає лише опосередкований доступ до нього. У музиці сприйняття залежить від трьох факторів, взятих у сукупності: від композитора, завдяки якому народжується музичний твір, від виконавця-інтерпретатора, який пропускає цей твір через свій емоційний світ, і від слухача, завдяки якому твір набуває завершеного вигляду. Музичний твір віддзеркалює особистість композитора і образ інтерпретатора. Так само і в порівняльному правознавстві: ми починаємо з іноземного права – композиції – яке відображає суспільство, у внутрішньому і зовнішньому контексті якого це право і вгадується; композитором є творець права, у низхідному розумінні це законодавча влада, а у висхідному розумінні – суддя. Компаративіст є інтерпретатором, а цільова аудиторія є слухачами. Оскільки право має розглядатися компаративістом в контексті, в якому воно живе, він, як інтерпретатор, є посередником. Саме через концепцію права відповідного компаративіста цільовій аудиторії і показується таке право<sup>1</sup>.

З огляду на це, переміщення правового матеріалу з однієї правової системи до іншої є транспозицією, а не трансплантацією. В музиці кожна нота може займати те саме місце в лінійці нового ключа, яке вона займала і у попередній, однак таке нове розміщення ноти безумовно вимагає транспозиції – налаштування, яке здійснюється для врахування особливостей конкретного інструменту або діапазону голосу співака. Так само і у праві. Для використання інституту чи норми зарубіжної правової системи у правовій системі реципієнта необхідне її налаштування (транспозиція) для врахування конкретної соціо-правової культури і потреб реципієнта. Концепція правового запозичення як правової транспозиції доходить наступного загального висновку: «правові системи постійно змішуються, плавляться, потім при охолодженні застигають у нових формах, і весь цей час відбуваються транспозиції та налаштування. Це безперервний процес. Завжди відбуватимуться нові переміщення, нова транспозиція та подальше налаштування. Право є результатом серії транспозицій»<sup>2</sup>.

Твердження: «право є результатом транспозиції» не є ідентичним твердженням: «право є трансплантантом». Відмінність між ними фіксується у тому, що дек-

ларуючи лояльність ідеї правових запозичень, концепція «права як транспозиції» сприймає як беззаперечний постулат, що розвиток концепту в конкретному історичному і культурному сузир'ї визначає його остаточну форму, так що навіть якщо вихідний пункт той самий, стаються розходження. «Ми знаємо, що немає тотожного права»<sup>3</sup> – ця максима Е. Орюку й дозволяє зафіксувати ефект смислового прирощення ідеї правового запозичення, порівняно з теорією правових трансплантантів А. Ватсона.

#### **«Правові подразники»**

Іншою інтелектуальною течією сучасного західного порівняльного правознавства, яка започаткувала новий вимір осмислення феномену правових запозичень, є теорія «правових подразників» (legal irritant) англійського компаративіста Г. Тюбнера. Метою своїх міркувань він називає концептуальне вдосконалення дискусії про природу правових запозичень, тобто обґрунтування такого формату розгляду трансферу правових ідей і інститутів, який би уможливив аналіз без необхідності протиставлення контексту (культурної залежності) і автономії (ізоляції права від суспільства). Стратегією такого концептуального вдосконалення є одночасна конструктивна критика як підходу правових трансплантантів, так і ідеї культурної герметичності правових систем.

Щодо критики першого Г. Тюбнер вказує, що поняття «трансплантант» створює хибне враження, що після складної хірургічної операції перенесений матеріал залишатиметься ідентичним самому собі, відіграючи свою стару роль у новому організмі, що правові ідеї і інститути можуть просто «вирізатися» з однієї правової системи і «вставлятися» в іншу. Вчений переосмислює «тезу конвергенції» – припущення, що в умовах сучасного руху до інтернаціоналізації, європеїзації та глобалізації має відбуватися конвергенція соціально-економічних структур промислово розвинених країн, яка робить уніфікацію права водночас можливою та бажаною.

Замість цієї тези конвергенції Г. Тюбнер пропонує «тезу фрагментаризації», згідно якої «конвергенція економічних режимів в умовах розвинутого капіталізму не відбувається. Натомість виникають нові розбіжності, навіть за уніфікаційних спроб у межах Європейського спільного ринку. Всупереч лібералізації світових ринків та праву Спільного ринку, дещо дивним результатом останніх тридцяти років стало утвердження більше ніж однієї форми розвинутого капіталізму»<sup>4</sup>. Тобто, правові запозичення сприяють не універсалізації права, а навпаки – його фрагментації, вони збільшують не сферу тотожного, а сферу різнорідного.

Теза фрагментації Г. Тюбнера є різновидом культуралістської тези, навіть більше того, вона радикалізує традиційний порівняльно-правовий культуралізм, заснований на дихотомічній конструкції інституційного трансферу О. Кан-Фройнда, згідно якої розрізняються правові інститути, які є культурно глибоко вкоріненими, та інші, які є фактично ізольованими від культури і суспільства. Відповідно, правові інститути впорядковуються у вигляді спектру, який варіюється від «механічного», де перенесення є порівняно легким, до «органічного», де перенесення є дуже складним чи навіть прямо виключеним.

Г. Тюбнер знімає цю компромісну, й лояльну підходу правових трансплантантів конструкцію, обґрунтовуючи, що навіть у сферах слабого зв'язку, в яких легше здійснити інституційний трансфер, останній не є настільки «механічним», як вважав О. Кан-Фройнд, і не може розумітися за аналогією із заміною карбюратора у двигуні. Він зазначає, «навіть у тих випадках, коли право є достатньо

«технічним», ізольованим від свого соціального контексту, правовий трансфер не є легким та простим, проте він має бути асимілюваний у глибинній структурі нового права, соціальної конструкції світу, які є унікальними в кожній правовій культурі»<sup>5</sup>.

Однак, критика Г. Тюбнером підходу правових трансплантантів з позицій порівняльно-правового культуралізму не призводить до розчинення його міркувань у концепції неможливості правових трансплантантів П. Леграна. Змістом відмежування Г. Тюбнером своєї концепції правових подразників від міркувань П. Леграна є те, що на його думку останні не враховують фрагментацію, диференціацію, відокремлення й закритість дискурсів, внаслідок чого відсутнє адекватне відображення подвійної фрагментації глобального суспільства, яка полягає не лише в багатокультурності, але й у глибоких розколах між дискурсами, які ігнорує П. Легран. Якщо концепція П. Леграна засновується на розумінні культури як деякої нероздільної єдності відносин, емоцій і переконань – ментальності, що включає в якості своєї органічної частини право як предмет дослідження, теорія Г. Тюбнера пропонує аналітичний підхід до культури, за якого остання виступає сукупністю елементів і процесів, вплив кожного з яких на право можна визначити і виміряти. Якщо П. Легран дає негативну відповідь на питання, чи є право відносно самостійною стороною культури, з власною специфікою, яка вимагає від компаративіста зосереджуватися на відмінностях між правовими системами, то Г. Тюбнер, навпаки, позитивно відповідає на це питання, що дає компаративісту можливість розвинути за культурно обумовленими відмінностями спільні для двох чи більше правових систем основи правового регулювання.

З огляду на це, концепція «правових подразників» поділяє з теорією П. Леграна припущення, що право невід'ємно пов'язане з культурою, а з теорією А. Ватсона усвідомлення, що наївно говорити про віддзеркалення суспільства в праві. Однак, для цієї теорії не є імперативними як теза про цілісність культури, так і теза про незалежність права. Теорія правових подразників виявляється концепцією взаємозалежності права з специфічними дискурсами в суспільстві.

#### **«Помірквана» інтерпретація правових трансплантантів**

Важливою для сучасного порівняльного правознавства є також спроба американського компаративіста У. Евальда пристосувати концепт правових трансплантантів до потреб сучасного порівняльного правознавства шляхом диференціації і розширення смислового поля його можливого тлумачення. Зокрема, вказаний вчений здійснює розмежування між категоричною і поміркованою інтерпретацією правових трансплантантів. Обидві можливі інтерпретації об'єднують те, що вони опонують теорії відображення у праві, тобто тезі про те, що право є відображенням певного набору чинників (соціального, політичного, економічного та ін.), зовнішніх щодо самого права.

Така диференціація необхідна У. Евальду задля того, щоб припустити, що концепція правових трансплантантів А. Ватсона не є запереченням теорії відображення як такої (як прийнято традиційно вважати) – вона є запереченням лише категоричного варіанту такої теорії. За його словами, «головним питанням, на яке намагається відповісти А. Ватсон, є таке: якою мірою право може бути пояснене у рамках неправових чинників? А це є насамперед питанням щодо категоричності будь-якої теорії відображення»<sup>6</sup>.

На думку вченого, логічна природа аргументу А. Ватсона є значно більш складною, аніж це прийнято вважати. Така складність передусім виявляється у

співвідношенні історичних фактів і теоретичних конструкцій. Для У. Евальда теза про ізоляцію права від суспільства не є фундаментом теорії правових трансплантантів, вона сама є похідною від емпіричних даних (досліджень римського приватного права). З огляду на це неправильним є поширення концепту правових трансплантантів у його первісному вигляді на дослідження незахідних культур, оскільки для них теза щодо відокремлення права від суспільства є очевидно неприйнятною, або, принаймні, потребує додаткової аргументації, якої немає в концепції А. Ватсона. Так само, теорія правових трансплантантів не може стверджувати, що європейське публічне право відособлене від політичних, економічних та соціальних чинників.

Саме тому У. Евальд вважає, що теорія А. Ватсона не заперечує зв'язок права з суспільством, а лише акцентує на складності такого зв'язку, вказуючи, що «відносини між правом і суспільством існують, але не є простим відображенням, а тонкими і заплутаними взаємовідносинами, які в кожному випадку мають вивчатися окремо»<sup>7</sup>. Таким чином, концепція А. Ватсона, в її інтерпретації У. Евальдом, виявляється запереченням лише категоричної теорії відображення, уникає таких крайнощів, як ствердження права в якості дзеркала суспільства, так і ствердження того, що право є цілковито ізолюваним від суспільства.

#### *«Епістемологічний оптимізм»*

Критичне переосмислення підходу правових трансплантантів також призвело до формалізації такого різновиду трансформованого порівняльно-правового культуралізму, яким виступає концепція епістемологічного оптимізму М. Лассера. Цей вчений використовує тезу про відносну самостійність права і правової системи в межах правової культури. Її обґрунтуванням виступає м'яка інтерпретація теорії правової трансплантації, яка долає методологічний песимізм підходу П. Леграна, а саме ствердження нездоланності відмінностей між правопорядками і неможливості пізнання іноземного права у смислових контекстах, відмінних від власного правового досвіду.

Змістом «оптимістичної» гіпотези М. Лассера є припущення, що незважаючи на незчисленні культурні протиріччя і неспівпадіння здобуття надійного знання про чужий правопорядок є можливим. Методологічним вираженням цієї гіпотези виступають три постулати: «по-перше, впевненість, що компаративіст може пізнати зарубіжний правопорядок таким, яким він є; по-друге, обмеження дослідника власним правовим середовищем; по-третє, вивчення не лише букви офіційних юридичних текстів, але й понятійних і мовних зв'язків у даній правовій культурі, які впливають чи виявляються у розглядуваному юридичному тексті»<sup>8</sup>.

Відповідно, епістемологічний оптимізм виражається у ствердженні можливості зрозуміти зарубіжну правову систему в її власних поняттях, тобто такою, якою вона є. А це автоматично є ствердженнями можливості правової трансплантації: якщо ми можемо зрозуміти інше таким, яким воно є самим по собі, безвідносно до смислових заломлювань власного правового світу, тоді відкривається шлях до перетворення власного права відповідно до образу іншого права, можливим стає смислова трансляція між правопорядками, переміщення правового змісту, власне – права трансплантація.

Конструкцією всіх неklasичних інтерпретацій підходу правових трансплантантів є поєднання, з одного боку, віри в реальну мобільність права, транскордонне переміщення правових ідей та інститутів в якості природного правового роз-

витуку, а отже всі вони підтримують базовий постулат теорії правових трансплантантів про консервативну природу права, незначну кількість правових інновацій, а навпаки, вирішальне значення для правових змін запозичення та імітації. В цьому аспекті неklasичні інтерпретації підходу правових трансплантантів єдині з його класичним втіленням у працях А. Ватсона, опонуючи культуралізму П. Лєграна.

Однак, з іншого боку, неklasичні теорії правових запозичень ставлять під сумнів концептуальну основу міркувань А. Ватсона, підтримуючи П. Лєграна у його спробах переосмислення самої ідеї правової трансплантації. На відміну від останнього, однак, критика спрямована на побудову переконливого і сучасного дискурсу, для якого правова трансплантація залишалася б центральною і релевантною категорією. Отже, ознакою, що виокремлює одне неklasичне прочитання теорії правової трансплантації від іншого є виявлення тих чи інших складових аргументації А. Ватсона, які потребують оновлення чи заміни.

1. *Örücü E.* The enigma of comparative law. Variations on a theme for the twenty-first century / *Örücü E.* – Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. – P.162. 2. *Оруку Е.* Право як транспозиція / *Е. Оруку* // Порівняльне правознавство. – 2013. – № 1-2. – С. 117. 3. Там само. – С. 106. 4. *Тюбнер Г.* Правові подразники: принцип добросовісності у британському праві, або як уніфікація права призводить до нової дивергенції / *Г. Тюбнер* // Порівняльне правознавство. – 2013. – № 1-2. – С.90. 5. Там само. – С. 85. 6. *Евальд У.* Порівняльне правознавство: логіка правових трансплантантів / *У. Евальд* // Порівняльне правознавство. – 2013. – № 1-2. – С.63. 7. Там само. – С.71. 8. *Слыщенков В.А.* Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву / *В.А. Слыщенков* / Ежегодник сравнительного права. 2011 / Под ред. Д.В. Дождева. – М.: Статут, 2011. – С.24.