ДВІ КОНКУРУЮЧІ ТЕОРІЇ ЗМІШАНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ[1]

В. В. ПАЛМЕР
доктор юридичних наук, професор,
співдиректор Центру порівняльного права
ім. Ісон-Вейнманна
(Тулейнський університет,
м. Новий Орлеан, США),
президент Світового товариства юристів
змішаних юрисдикцій

ЗМІСТ

I. Вступ
Дисперсна єдність
Невизначена ідентичність
Класифікаційний вакуум
Сучасна таксономія: три недоліки
II. Дві конкуруючі теорії змішаних систем
III. Традиційний погляд
Історичний розвиток
Карти і схеми: Оксфорд і Макгілл
Своєрідна привабливість змішаних правових систем
Безмежне сусідство
Лінії єднання
IV. Плюралістична концепція змішаної правової системи
Вступ
Персональне і приватне право
Широкий фокус плюралізму
Наслідки для «класичних» змішаних систем
Європейські системи в об'єктиві плюралізму
Давність змішаних систем
Римська імперія: конструювання і колапс
Сучасне англійське право і Європейський Союз — змішані системи?
Висновок
Додаток А. Змішані правові системи
Додаток Б. Персональне право в Індії

I. Вступ

Дисперсна єдність

Я стверджую, що змішані правові системи аж до порівняно недавнього часу розвивалися в свого роду фізичній та інтелектуальній ізоляції, відрізані від

[1] Текст виступу В. В. Палмера на Другому світовому конгресі змішаних правових систем 27 червня 2007 р. у Единбурзі. Опубліковано: *Palmer V. V.* Two Rival Theories of Mixed Legal Systems // Journal of Comparative Law. — 2008. — Vol. 3. — Issue 1. — P. 7–33. Те ж саме // Electronic Journal of Comparative Law. — 2008. — Vol. 12. — Issue 1. — P. 1–28. [Електронний ресурс]. Режим доступу : http://www.ejcl.org/121/art121-16.pdf. Переклад з англійської мови О. Кресіна.

© В. В. Палмер, 2013

членів своєї сім'ї по всьому світу. Вони були дуже самотні, розділені океанами і континентами. Кожна з них, здавалося, була єдиною в своєму роді, унікальною і своєрідною, норовливою дитиною, якій судилося розвиватися інтроспективно, усвідомлюючи свою «інакшість», непевною щодо характеру її права, не знаючи, як називати себе, з невизначеним місцем серед правових систем у світі. Тільки останнім часом, із зростанням дослідження змішаних правових систем та поширенням наукових обмінів, це почуття ізоляції і відчуження стало зникати. Проведення Світових конгресів змішаних правових систем можна розглядати як ще один крок до дуже потрібного обміну ідеями та міжкультурного розвитку.

Дисперсні, оскільки вони розкидані по всьому світу, такі місця легко відкидають як ряд непов'язаних крапок і тире на картах. Всі спроби класифікації в класичних працях призвели до їх маргіналізації і не змогли докладно пояснити їх спільні риси та досвід. Кілька років тому в праці, присвяченій порівняльному вивченню цих систем, я стверджував, що єдність «досвіду» змішаних правових систем відчутна для юристів, які живуть в них. Я назвав їх третьою правовою сім'єю: «Системи взаємно зрозумілі. Юристи, які живуть у них, співпрацюють і розуміють один одного, основою чого є їх знання романо-германського, загального права і англійської мови. Вони розмовляють спільними бі-юридичними діалектами і не відчувають себе чужими щодо правової культури один одного» [54, с. 3].

У матеріалах першого Світового конгресу змішаних правових систем, опублікованих у журналі *«Tulane Law Review»*, я писав: «Юристи змішаних правових систем розділені океанами, історією і багатьма культурними та мовними відмінностями, але вони, як правило, розуміють один одного дуже легко і не відчувають себе чужими в культурі один одного. Їх об'єднує знання як загального, так і романо-германського права, і того, як ці традиції взаємодіють в рамках однієї системи, а англійська мова служить для них каналом міжнародної комунікації. Їх прагнення більш тісних і постійних зв'язків призвели до створення нової організації, Всесвітнього товариства змішаних правових систем, і вже зроблені кроки для скликання другого Світового конгресу в Шотландії...» [23, с. 2].

Невизначена ідентичність

Почну з проблеми, яка може турбувати моїх колег. Між нами відсутній консенсус щодо змісту висловів «змішана правова система» або «змішана юрисдикція» (вони часто використовуються як синоніми, але з різними значеннями і застосуванням). Не можна просто припустити, що ми згодні стосовно того, *що таке* змішана правова система і *хто* є юрист змішаної юрисдикції.

Предмет класифікації, хоча часто розглядається правознавцями як марний і нудний, насправді актуальний і значущий для юристів у змішаних правових системах. Очевидно, що те, як ми класифікуємо правові порядки, впливає на установки, сприйняття, почуття власної гідності й культурні ідентичності. Майже кожна змішана правова система відома своєю *bellum juridicum*[1], полемічною літературою щодо природи своєї системи. Майже всі суперечки щодо рецепції спірних трансплантантів, таких як свобода доручення, траст або сво-

[1] Юридична війна (*лат.*). — *Прим. перекл.*

бода заповіту, були на більш глибинному рівні дискусіями щодо природи цих правових систем.

Мої колеги з Луїзіани, напевно, добре пам'ятають, що у знаменитій журнальній статті, опублікованій в 1937 р., Г. Айрланд заявив, що Луїзіана перестала бути романо-германським штатом [35, с. 585]. Стаття викликала масове обурення [16, с. 12] і водночас стала поштовхом до вражаючої програми реформ. Насправді автор торкнувся запаленого нерва романо-германської ідентичності так сильно, що ця подія та її наслідки звичайно характеризуються як початок романо-германського відродження в Луїзіані.

Часто забувають, що мистецтво класифікації правових систем, як зазначав Р. Давид, має використовуватися виключно з метою пояснення. Всі класифікації мають своє призначення і жодна з них не є абсолютно хибною: «Все залежить від точки зору, прийнятої автором у питаннях і аспектах справи, яка найбільше його цікавить» [17, с. 22]. Індивідуальні цілі й перспективи, таким чином, відіграють значну роль[1]. Звичайно, слід очікувати, що бачення юристів зі змішаних правових систем може бути суттєво іншим, ніж у європейських і американських колег.

Головною користю формальної класифікації має бути забезпечення «основи для відносно уніформної й зрозумілої в різних країнах номенклатури, яка спростить перехресні посилання і пошук інформації» [14, с. 1089]. Класифікація передбачає звернення лише до справді суттєвих відмінностей. Вона дозволить нам зрозуміти, що включено і що відкинуто, і знати чому. Якщо групування обґрунтоване, за ним може послідувати презумпція подібності. Компаративіст може розглядати одну чи дві країни в рамках групи як репрезентативні та зосередитися на них[2]. Більше того, визначення критеріїв може привести нас до порівняння з системами, які ніколи раніше не розглядатися як подібні до тих, які ми вже знаємо, і, отже, ми можемо виявити нову сферу порівняльного права.

Класифікаційний вакуум

Тепер, однак, очевидно, що великі компаративісти в значній мірі пропустили змішані правові системи. Вони не знайшли жодних способів або бажання класифікувати ці системи взагалі. Так звані змішані системи отримують у кращому разі свого роду «негативне визначення». Вони є зайвими, не вкладаються в схему. Як зазначав Ж. дю Плессі, змішані системи були засуджені на «класифікаційне чистилище» [63]. Вони нудяться в ньому без компаса, карти або способу виходу протягом багатьох років. Зважаючи на те, що ми відзначаємо 300-річчя з дня народження К. Ліннея і заснування юридичного факультету

[1] Можна припустити, наприклад, що прибульцю з Марсу може бути не цікава класифікація правових систем на Землі. З позаземної перспективи може бути достатньо знати, що всі вони є однією сім'єю — сім'єю «людського права». Таким же чином, але іншою мірою, перспектива юристів з соціалістичних країн помітно відрізнялася від західних компаративістів. Юристи з соціалістичних країн продемонстрували дуже слабкий інтерес до відмінностей між загальним, романо-германським, релігійним правом і т.д. Вони, як правило, відзначали одну відмінність — між соціалістичним і «буржуазним» правом. Всі інші відмінності розглядалися як вторинні. Наприклад, угорський вчений Д. Йоржі у 1979 р. виділив три типи цивільного права: а) природне (докапіталістичне); б) капіталістичне; в) соціалістичне. Див.: [19].

[2] М. Богдан зазначає, що чим більша згуртованість сім'ї, тим більше компаративіст буде прагнути виявити відмінності. З іншого боку, при порівнянні систем з різних сімей він/вона буде прагнути виявити подібності [9, с. 82–83].

Единбурзького університету, ця ненормальна ситуація повинна розглядатися як серйозний недолік. Теоретики пануючого в порівняльному праві напряму не бажають мати справу зі складними сумішами і подрібненими ідентичностями. Кожна система повинна належати лише до одного з типів — в їх типології немає місця для гібридів.

Існує історична паралель такого стану справ у фізичному світі, де біологи у часи К. Ліннея поділили всі організми на два царства, рослин і тварин, але потім виявили, що існують проміжні типи організмів (зоофіти), такі як губки або корали, що не точно відповідають жодному з двох царств. А потім, з винайденням мікроскопа, було відкрито безліч нових мікроскопічних форм життя. Багато з цих мікроорганізмів також демонструють як тваринні, так і рослинні характеристики й не можуть бути віднесені до будь-якого з царств. Це викликало занепад теорії двох царств і потребу перейти до більш гнучкої й мережевої системи класифікації в біології. Так само в порівняльному праві мікроскопічний аналіз правових систем світу антропологами, соціологами і компаративістами зробив очевидною наявність правових явищ, які ми можемо описати в даний час лише як змішані системи. Пора переосмислити те, що це означає для порівняльного права.

Сучасна таксономія: три недоліки

Я оминаю недоліки існуючих класифікаційних схем (з побоювання, що предмет може виявитися саме таким нудним, як багато хто про це каже). Багато з них вам уже знайомі[1]. Парадоксально, проте, що з розвитком глобалізації, яка розширює горизонти порівняльного права, останнє видається більше ніж будь-коли договірним і європоцентричним. Двадцять років тому, у виданні 1987 р. праці К. Цвайгерта і Х. Кьотца було визнано існування у світі восьми правових сімей (романської, германської, нордичної, загального права, соціалістичної, систем Далекого Сходу й індуїстського права), але десять років тому ці ж автори звели їх до лише чотирьох. Ці чотири, пишуть вони, є «великими правовими системами світу», але всі вони походять з Європи в рамках Європейського Союзу: романська, германська, нордична та сім'я загального права [92]. Мабуть, нічого в Африці чи Азії не володіє достатньо відмінним стилем і змістом, щоб виправдати окреме групування. Навіть якщо ми залишимо осторонь прояви європоцентризму, є ще три проблеми в цій схемі. По-перше, навряд чи ми маємо несвідомо використовувати термінологію приватного права як свого роду індикатор для оцінки природи всіх правових систем. Такі терміни, як «загальне право», «романо-германське право» і «мусульманське право», продовжують використовуватися, хоч і говорять мало або взагалі нічого про конституційне, адміністративне або кримінальне право в таких системах. Недолік полягає в тому, що недостатньо ясно, що це класифікація систем приватного права у світі, а не правових систем загалом. По-друге, зазначені терміни не адекватні навіть для опису всієї системи приватного права. Словосполучення «загальне право» або «романо-германське право», наприклад, просто посилаються на одне з найстаріших чи найвідоміших корінь системи. Всі інші коріння та гілки-суміші відкидаються. Це техніка, як підкреслив П. Гленн, «класифікації обмеженої ознаки» [26, p. 438], яка залишає осторонь

[1] Від Есмена, Арміньйона, Нольде і Вольфа, Рене Давида до Цвайгерта і Кьотца.

усі інші важливі елементи, такі як торгове право, канонічне право і т. д. Недолік у тому, що за допомогою масивного редукціонізму приватноправова система характеризується як один тип, а не суміш багатьох елементів. Нарешті, третій дефект є найбільш серйозним, навіть якщо це тільки гріх бездіяльності: існуючі схеми класифікації не передбачають жодного місця для гібридів чи змішаних правових систем. Однак, згідно з останнім дослідженням учених з Оттави, змішаних систем у світі більше, ніж тих, що належать до будь-якої з визнаних правових сімей [8, с. 35][1]. Це упущення, отже, може означати, що універсальне правове явище ігнорується і залишається недослідженим.

До речі, стандартним застереженням при відмові класифікувати «класичні» змішані системи є те, що ще занадто рано визначати, чим вони є або якими вони стануть. Ми повинні «почекати і подивитися», чи будуть вони в кінцевому підсумку рухатися в напрямі однієї з встановлених сімей. Однак, оскільки ці системи показали стійкість і стабільність протягом століть, і насправді немає жодних доказів руху в напрямі приєднання до якоїсь сім'ї, такий підхід видається еквівалентом очікування на прихід Годо[2]. Ще одна пропозиція, яку було зроблено, полягає у використанні принципу «переважання» і визначенні, до якої сім'ї суміш переважно належить [15, p. 35]. На мою думку, цей рецепт ще погіршує плутанину. Відповідно до принципу переважання, шотландське приватне право може, залежно від оцінювача, вважатися системою загального права, враховуючи ступінь впливу англійського права, або воно може бути проголошено системою романо-германського права у світлі його римських елементів. Але згідно з цим підходом воно повинно бути одним або іншим, а не сумішшю того й іншого. З іншого боку, південноафриканське приватне право може вважатися системою романо-германського права, або, можливо, системою загального права, або навіть звичаєвого права, якщо вважати переважним фактором африканське право, якого дотримується більшість населення. Знов-таки, Південна Африка повинна належати до однієї з цих трьох груп, а не бути сумою їх частин. Очевидно, що принцип переважання призводить до невизнання сумішей, які в іншому випадку бентежитимуть традиційно впорядковану схему.

Це приводить мене, нарешті, до моєї теми. У світлі цього класифікаційного вакууму, як сприймають себе юристи зі змішаних правових систем? Як вони використовують і визначають словосполучення «змішані правові системи»?

II. Дві конкуруючі теорії змішаних систем

Є дві конкуруючі теорії щодо того, що означає цей термін і як його слід застосовувати. Вони дають нам різні відповіді й розуміння питання про те, що таке змішані правові системи і ким є юрист з такої системи? Перша теорія, яка,

[1] Як зазначено, дослідження демонструє, що близько 60 % правових систем є змішаними. Методологія дослідження, однак, можливо, недосконала, адже у ньому необґрунтовано припускається, як відправна точка, що 40 % систем є «чистими» (романо-германського, загального, звичаєвого і мусульманського права). Таке припущення порушує встановлені у дослідженні критерії виявлення змішаної системи і безумовно занижує кількість останніх. Див. подробиці щодо змішаних систем, згідно з цією книгою, в Додатку А.

[2] Це видається недостатнім в якості наукового підходу до порівняльного права. Я б сказав, якщо біолог повідомив своїм читачам, що він відкрив нову і незареєстровану форму життя, він би, звичайно, не заявляв, що немає необхідності намагатися класифікувати її, а також не відкладав би таке завдання, стверджуючи, що виявлена форма життя може одного дня перестати бути новою або наблизитися до раніше класифікованих форм.

на нашу думку, є традиційною і більш поширеною нині, конструює обмежену групу так званих «класичних» змішаних правових систем. Теорія відбору має приписну основу і виникла, зокрема, в силу історичних причин. Друга теорія, з іншого боку, оперує необмеженою категорією, тому що вона є результатом фактичного, а не приписного способу визначення правових сумішей. Ця теорія виникла під впливом правового плюралізму. Раніше я вважав, що перша теорія є кращою з двох, і її слід дотримуватися, адже друга теорія була занадто широкою і неточною. Ви побачите нижче, що мої погляди еволюціонували. Я сподіваюся показати, що ці конкуруючі теорії не суперечать одна одній. Вони є взаємодоповнюючими. Як тільки йдеться про їх зміст і значення, стає ясно, що наші розбіжності в думках щодо того, що являє собою змішана правова система, досить відносні, більшою мірою уявні, аніж реальні. Я вважаю, що нам потрібні обидві концепції, щоб зрозуміти світ, в якому ми живемо.

III. Традиційний погляд

Першу теорію, або — якщо це занадто широко, то принаймні, перший підхід можна розглядати як традиційний та дещо обмежений за своїми масштабами. Ще в 1900 р. та згодом кілька дослідників звернули увагу світової громадськості на групу систем, приватне право в яких являє західний гібрид, має ядро загального права і романо-германські елементи. Це були географічно розкидані й різні за суспільним розвитком країни. Розташована на чотирьох континентах, ця група включала Шотландію, Південну Африку, Квебек, Луїзіану, Пуерто-Рико і ще близько десяти країн[1]. Раніше те, що така група правових систем існує, не сприймалося, причому вважалося нелогічним, що вони можуть мати багато спільного. Ці вчені, однак, наполягали, що певна природна єдність існує, і кількість систем такого типу значна. Вони насправді докладно знали ці системи і писали на основі власних досвіду і досліджень. Ця історія повчальна. Я вважаю, що процес класифікації сотень різновидів змішаних систем у світі на раціональній основі повинен починатися індуктивно — не в кріслі, але через пошуки окремих кластерів, так як це робили більш ранні автори.

Історичний розвиток

Корисно почати з сера Т. Сміта та його інтелектуальних попередників. Як зазначалося раніше, у своїх працях Т. Сміт вживав термін «змішана юрисдикція» в обмежувальному і вибірковому розумінні для позначення групи країн, в яких загальне право і елементи романо-германського права в приватному праві взаємодіяли і боролися за перевагу. Очевидно, він розглядав свою рідну Шотландію як парадигму змішаної юрисдикції. Цікаво, що він завжди обережно клав останній термін у лапки. Час від часу для літературної варіації він заміняв вираз на «змішана система», але це не змінювало коло країн, які він мав на увазі, й ця фраза теж була в лапках. У 1963 р. він вперше ввів термін «змішана юрисдикція» в назву одного зі своїх есе [72][2] і з цієї нагоди зважився на його визначення. Він писав, що змішана юрисдикція є «в основі романо-германська система, яка перебувала під тиском з боку англо-американського

[1] Вони перераховані у: [62, с. 484; 54, с. 4].
[2] Він використовував термін «змішаний» раніше у назві есе, опублікованого в Південній Африці, але не надав опису або визначення в тексті статті. Див.: [71, с. 147].

загального права і на яку частково наклалася ця конкуруюча система юриспруденції» [72, с. 2–3]. Ця подія сталася в контексті великої міжнародної кампанії, в якій Т. Сміт багато писав на цю тему і робив тривалі візити до Луїзіани, Південної Африки та Квебеку [65].

Протягом десяти років автори з Квебеку, Луїзіани і Шотландії, такі як Ж.-Л. Бодуен, Дж. Дайнов, А. Тейт і Д. Уолкер сприйняли його термінологію та її широке визначення [4][1]. Коли Т. Сміт у 1973 р. написав розділ для шостого тому «Міжнародної енциклопедії порівняльного права» (за редакцією Ф. Ч. Лоусона), він вже вживав словосполучення «змішані юрисдикції» без лапок. Концепт став визнаним. Розділ починається так: «Змішані», або «гібридні» юрисдикції, які розглядаються у цьому розділі — це ті, в яких були сприйняті й змагаються за перевагу доктрини романо-германського та загального права. Інші гібридні системи, де, наприклад, звичаєве чи релігійне право співіснує з правом західного типу, тут не розглядаються [34, с. 115].

Т. Сміт дав зрозуміти, що є й інші види змішаних правових систем, які він оминав і не розглядав. Він, очевидно, був свідомий того, що вузька група описаних ним систем були геном змішаних видів. Він розумів, що інші змішані системи можуть бути більш «складними», ніж шотландська, луїзіанська, південноафриканська та ін. [34, с. 115]. Нині очевидно, чому він так ретельно брав у лапки відповідний термін. Вони були призначені для акцентування на його обмежувальному і селективному змісті. Була іще одна причина. Т. Сміт був винахідником і популяризатором терміна «змішана юрисдикція», і отже він цитував самого себе.

Карти і схеми: Оксфорд і Макгілл

Професор К. Рід справедливо зазначав, що «ідея» змішаної правової системи існувала до того як Т. Сміт популяризував цей вислів. Вона зародилася у період з початку до середини XX ст. у бурхливі часи імперій і колоніалізму. Здається очевидним, що її походження є англо-шотландським та що Т. Сміт міг запозичити її з більш ніж одного джерела. У цей час англійські юристи уявляли правові системи світу з біполярної точки зору. Карта світу поділялася на дві частини: по один бік — імперія загального права, а по другий — імперія романо-германського права. Їх особливе покликання, нове для того часу, було у визначенні, й, по суті, боротьбі за невелике число правових систем, які паралельно використовували або поєднували два типи права і повністю не належали до будь-якого з них. Таким чином, ідея змішаних правових систем народилася, за словами професора К. Ріда, як «результат невдачі класифікації» [66, с. 5, 8].

Окремі спроби схематизації цього питання, здається, були зроблені лише в Оксфордському університеті та Університеті Макгілла в перших десятиліттях XX ст. Оксфорд залучив гурток інтелектуалів і компаративістів, які були по-різному (за народженням, юридичною підготовкою, практичним досвідом та інтелектуальним інтересом) інтенсивно і тісно пов'язані з гібридами загаль-

[1] Див. загалом: [78], де редактор та автори книги вільно використовують цей вислів: Д. Уолкер (на с. 202): «Шотландія є нині однією зі змішаних систем»; Ж.-Л. Бодуен, на с. 2 і далі; суддя А. Тейт (на с. 23) (очевидно, перефразовуючи Т. Сміта): «Луїзіана є змішаною юрисдикцією: на нашу в основі романо-германську традицію частково наклалося та її частково замінило англо-американське загальне право» [13].

ного і романо-германського права. До цієї групи увійшли, зокрема, Ф. П. Уолтон, Р. В. Лі та Ф. Ч. Лоусон, які були авторами важливих статей, де підкреслювалася значущість і доцільність вивчення змішаних правових систем з точки зору порівняльного права [68, с. 1249; 82, с. 282; 41, с. 16, 26–29]. Перші два автори були знайомі з цими системами особисто, і Університет Макгілла у різний час запросив їх обох на посаду декана юридичного факультету. Ф. П. Уолтон і Р. В. Лі мали інтенсивні зв'язки в Шотландії, Квебеку, Південній Африці, Єгипті та на Цейлоні. Після завершення вивчення Античності в Оксфорді, Ф. П. Уолтон вивчав право в Единбурзі і склав там адвокатський іспит. Він тривалий час читав лекції з римського права в Університеті Глазго і написав кілька праць з шотландського права. У 1897 р. він виїхав до Монреаля й став деканом юридичного факультету Університету Макгілл, де залишався до 1914 р., писав глибокі дослідження щодо дуальної традиції права у Квебеку. Згодом він став директором Школи права Хедиван в Каїрі й написав працю про єгипетське зобов'язальне право. Після відставки він повернувся до Оксфорду, щоб служити секретарем факультетського клубу[1].

Р. В. Лі був іншим дослідником Античності з Оксфорду, він виїхав на Цейлон в 1891 р., прожив там три роки, працюючи суддею місцевого суду. Досвід пробудив у ньому довічний інтерес до римсько-голландського права. Він повернувся до Англії за станом здоров'я, працював адвокатом, виступаючи здебільшого в Таємній Раді як фахівець зі справ, які надходили на апеляційний розгляд з Цейлону. З 1906 р. він завідував кафедрою романо-голландського права в Лондонському університеті, а в 1914 р. замінив Ф. П. Уолтона на посаді декана юридичного факультету Університету Макгілла[2]. У 1915 р. він опублікував свою класичну працю «Вступ до романо-голландського права», а 1921 р. повернувся до Оксфорду як завідувач кафедри романо-голландського права і обіймав цю посаду протягом 36 років до виходу на пенсію в 1956 р.

Р. В. Лі та Ф. Ч. Лоусон могли вплинути на Т. Сміта протягом його навчання в Оксфорді. У одній з своїх праць Т. Сміт зазначав, що Ф.Ч. Лоусон був першим серед незначної кількості англійських юристів, які глибоко знали шотландське право. Ф. Ч. Лоусон претендував на посаду завідувача кафедри права в Единбурзі й мав дружину-шотландку. У своєму інавгураційному есе завідувача кафедри порівняльного права в Оксфорді в 1949 р. він писав про «найцікавішу групу правових систем, які, тому що відчули вплив англійського права на свою доктрину, вже глибоко романізовану, знаходяться між системами загального та романо-германського права, і, відповідно, розглядалися покійним професором Г. Леві-Ульманном як найбільш ймовірний стрижень, навколо якого може групуватися майбутнє уніформне право світу» [41, с. 26]. Оцінюючи дискусію щодо цих правових систем, він завершив так: «Я говорив докладно про ці гібридні правові системи тому, що я розцінюю їх як особливо сприятливе поле для порівняльного розгляду в англійському університеті. Більшість літератури англійською мовою розглядає право Квебеку в зв'язку з французь-

[1] Основні праці Ф.П. Уолтона присвячено праву Шотландії [81], Квебеку [84], Єгипту [83], Франції [85] і римському праву [80]. Про нього говорили: «Він ніколи не писав нічого, що було не вищого рівня». Він повернувся до Единбурга в 1932 р., де й помер 1948 р. Див.: [30]. Щодо його поглядів на юридичну освіту в Університеті Макгілла див.: [49, с. 211, 243–248].

[2] Його діяльність на посаді декана Університету Макгілла розглядається у: [49, с. 249–256].

ким правом. Крім того, у нас є один з найбільших знавців романо-голландського права, про якого можна лише мріяти [посилається на Р.В. Лі]» [41, с. 29][1].

У перший рік свого деканства на юридичному факультеті Університету Макгілла у Монреалі Р. В. Лі опублікував незвичайну статтю в *«Michigan Law Review»* під назвою «Романо-германське і загальне право — світовий огляд» [43, с. 89]. До статті було додано дуже цікаву карту, на яку звернув нашу увагу К. Рід на Першому Світовому конгресі змішаних правових систем у 2002 р. Її копію можна побачити на *малюнку 1* нижче. На карті чорним позначено країни загального права, а крапками — країни романо-германського права. Окрім цих двох монолітів на карті вказано третю категорію, світ «змішаних юрисдикцій», позначений горизонтальним штрихуванням. До нього віднесено Луїзіану,

Малюнок 1

Квебек, Гайану, Південну Африку, Цейлон, Шотландію та Єгипет/Судан. Слова «змішана юрисдикція» були надруковані на легенді карти, але у тексті статті ніде не зустрічалися. Вони ніколи б і не з'явилися в жодному тексті, допоки Т. Сміт не почав писати на цю тему чотири десятиліття потому. Тим не менш, очевидно, ідея змішаної правової системи була явно жива і здорова в Монреалі й, безсумнівно, в інших місцях задовго до того.

Своєрідна привабливість змішаних правових систем

Ранні наукові пошуки видаються досить безневинними щодо будь-якої великої таксономічної мети, не було в них і очевидного інтересу до правового плюра-

[1] Ф.Ч. Лоусон побіжно згадав світ за межами загального і романо-германського права, вказуючи коротко на існування «східного і примітивного права», але він мало цікавився плюралізмом. Його використання слова «примітивне» є ключовим для розуміння його світогляду, але ще краще останній відображено у такому його твердженні: «Розмаїття примітивного права на британських колоніальних територіях дійсно вражає, і тенденція щодо віднайдення спільних рис у різних регіонах повинна стримуватися більш свідомо, ніж при роботі з романо-германським або загальним правом» [41, с. 34]. У своїй найвідомішій праці він заявив: «Юристи загального права, а в цьому випадку і романо-германського теж, схильні вважати, що все західне право належить до систем або загального, або романо-германського права», але зазначив, що це тільки частково правильно: «скандинавське право... насправді самостійне, й існує багато систем, деякі з них достатньо значущі, які є гібридами, які балансують між двома блоками і мають багато характеристик їх обох» [40, с. 2].

лізму як такого[1]. Здається, що вони просто виникли з конвенційного дуалізму свого часу і прагнули додати нову проміжну категорію. Чому вчені були зацікавлені конкретно в цьому типі систем? Крім новизни і свіжості предмета, ці системи були привабливими з трьох загальних причин. По-перше, як нам видається, на початку XX ст. було набагато більше сумнівів, ніж зараз, у порівнянності загального і романо-германського права[2]. Вивчення змішаних правових систем вважалося засобом допомоги юристам загального і романо-германського права подолати епістемологічну прірву і краще зрозуміти традиції один одного. Використовуючи підхід «будинку на півдорозі», англієць, який намагається зрозуміти французькі право і культуру, може зробити перший крок через шотландське право, мабуть тому, що він зрозуміє знайомі для загального права показники і зможе легше в цьому процесі сприйняти концепції романо-германського права. Як зазначив Ф. Ч. Лоусон, такі системи можуть бути чудовими навчальними прикладами на англомовних юридичних факультетах[3]. По-друге, таке дослідження в кінцевому підсумку може бути корисним для Європи, вказуючи шлях до майбутньої уніфікації приватного права, як вказував Г. Леві-Ульманн. По-третє, і це основна теза Т. Сміта, крос-порівняльна праця в групі може допомогти змішаним правовим системам, таким як Шотландія, де час нібито зупинився, подолати таку інтелектуальну ізоляцію і брати участь у збереженні та підтриманні романо-германської традиції.

Безмежне сусідство

Т. Сміт був глибоко вражений спорідненістю між Шотландією та Південною Африкою. Його есе 1959 р. «Шотландське і романо-голландське право: спільна традиція» підкреслило історичні зв'язки, спільні романо-германські традиції і спільні виклики, що постали перед цими двома системами. Незважаючи на географічну віддаленість, учений побачив певну інтелектуальну близькість, яка зробила їх «сусідами у праві»: «Розділені двома континентами, шотландське і південноафриканське право протягом XIX і першої половини XX ст. були приречені працювати, більш або менш самостійно, над вирішенням разюче подібних проблем. Кожна система сповідувала по суті ті самі основні принципи, зовнішні фактори були схожими» [72, с. 46].

Пізніше він додав, що «юристи в цих системах досі, як правило, працюють в ізоляції й забувають, що «сусіди в праві» не обов'язково є найближчими географічно» [70, с. IX]. Поняття «сусідів у праві» означало для Т. Сміта сумісні правові порядки, засновані на подібних інтересах, методах і джерелах. Багато з цих подібностей були нещодавно розглянуті професором Р. Циммерманом і в наступних міркуваннях я зобов'язаний його огляду [90, с. 12–13]. По-перше, у формуванні як шотландської, так і південноафриканської правових систем вирішальними були рецепція римського і канонічного права та збереження елементів місцевого звичаєвого права. Враховуючи згадані рецепції, можна

[1] Як уже зазначалося, Ф. Ч. Лоусон писав про «вражаюче розмаїття» етнічного права і вирішив обмежити свій фокус європейськими традиціями.

[2] Це був той самий тип сумнівів, до речі, що існували ще двадцять років тому щодо порівнянності західного та соціалістичного права.

[3] Ця корисність, здається, й досі цінується, про що свідчить активне використання судових справ та прикладів зі змішаних правових систем у базових матеріалах для студентів при вивченні порівняльного права. Див., наприклад: [67], де вказується на судові справи з Філіппін, Південної Африки, Гайани, Луїзіани і Пуерто-Рико.

сказати, що суміш вже існувала задовго до англійського впливу[1]. Ці системи були віддаленими провінціями старого *ius commune*, і так як обидві залишилися некодифікованими, вони були більш відкриті для сприйняття правових ідей і переконливих прецедентів одна одної. По-друге, обидві їх системи приватного права потрапили під вплив англійського права, хоча в Шотландії це відбулося суттєво раніше. По-третє, в обох випадках реакція проти англійського впливу відбувалася у формі нео-цивілістичного ренесансу в другій половині XX ст.

Крім цих загальних паралелей, однак, були і конкретні історичні зв'язки, що пов'язують ці дві системи. Кожна з них інтелектуально зобов'язана, хоча й різною мірою, старій Голландії. Відомий інтелектуальний зв'язок між двома найбільш шанованими вченими-державознавцями двох країн. Лорд Стейр (якого іноді називають «шотландським Гроцієм») провів шість років у вигнанні в Нідерландах і відчув вплив Гуго Гроція, який серед іншого вважається батьком південноафриканського приватного права. Праці провідних голландських юристів регулярно цитувалися у шотландській юридичній практиці й справили вплив на шотландську політико-правову думку[2]. Шотландські студенти у великій кількості вступали на юридичні факультети голландських університетів протягом XVII і XVIII ст.[3] Вони поверталися до Шотландії зі знанням *ius commune* і, в деякій мірі, *ius proprium* країн, де вони навчалися. Вони поверталися з європейською континентальною юридичною літературою, яка потрапляла до шотландських бібліотек.

Лінії єднання

Нині стан дослідження шотландського і південноафриканського права може бути описаний як процвітаючий. В останні десять років на додаток до багатьох прекрасних досліджень ми отримали три монументальні праці, присвячені зв'язкам між двома системами. Це три томи праць за редакцією К. Ріда, Д. Віссера і Р. Циммерманна [73; 31; 55] загальним обсягом понад 2000 сторінок, які містять праці понад ста вчених, не лише значно збагатили дві системи доктринально, але й були формою безпрецедентного інтелектуального обміну. Тепер не може бути сумнівів у тому, що площадка для близького співробітництва вчених-юристів є саме такою сприятливою, як уявляв Т. Сміт[4]. І воно, ймовірно, більш плідне, ніж він міг припустити. Матеріали першого Світового конгресу змішаних правових систем загальним обсягом понад 500 сторінок

[1] Поняття «романо-голландське право», яке С. фон Ліувен запровадив у 1652 р. в своїй праці *«Paratitla Juris Novissimi»*, враховує цей факт. Щодо використання цього поняття див.: [42, с. 2]. Див. також: [53, с. 166–169].

[2] Лорд Стейр, наприклад, спирався на Вінніуса і Гроція більшою мірою, ніж на це вказують його прямі посилання. Бенктон часто наслідує Й. Воета, не повідомляючи про це читача. Див.: [90, с. 9–10].

[3] Професор Р. Циммерман зазначає, що між 1676 і 1725 рр. у Лейденському університеті навчалося 825 шотландських студентів-юристів, 422 з них одержали тут диплом. За той же період звіти Шотландської колегії адвокатів показують, що близько 275 з 637 прийнятих до неї юристів навчалися в Нідерландах [90, с. 9]. Див. також: [10]. Цей потік студентів припинився після 1750 р. у зв'язку з успіхами кодифікаційного руху у Франції, Пруссії, Австрії та Нідерландах, а також занепадом вивчення римського права та наполеонівськими війнами. Цікаво, що студенти з Південної Африки для одержання юридичної освіти у той час також у значній кількості відправлялися до голландських університетів [52, с. 146].

[4] Рецензент в *«Edinburgh Law Review»* заявив, що «подібності та відмінності представлені тут часом так, наче шотландське та південноафриканське право є еманацією однієї і тієї ж системи мислення» [20, с. 285–288].

було видано [23], незабаром буде надруковано й матеріали другого Конгресу[1]. Також опубліковано чудові книги та статті Я. Смітса, У. Тетлі, Ж. дю Плессі, Г. Макквіна, К. Ріда, Л. Роджера, які зробили цінний внесок у дослідження нашої проблематики. Слід згадати й нове порівняльне дослідження між правом Луїзіани і Шотландії за участю п'ятнадцяти вчених. Як відзначив Ж. дю Плессі, «рух, який колись був людиною-оркестром, перетворився на справжній оркестр».

Можливості зрозумілі й можуть бути поширені на інші змішані правові системи. Подібності та зв'язки не є ані фіктивними, ані перебільшеними. Описані паралелі між Південною Африкою і Шотландією можна було б більш-менш так само побачити при інших парних дослідженнях правових систем, таких як Луїзіани і Пуерто-Рико або Квебеку та Шотландії[2]. Тут також ми виявимо, що спочатку було імплантоване романо-германське право, сформоване рецепцією римського і канонічного права, що хвиля впливу загального права послідувала пізніше, і що неоцивілістична реакція на цей вплив відбулася у XX ст.[3] Але це аж ніяк не обмежує межі їх єдності. Є й інші спільні елементи [23, с. 76–80]. Зокрема:

1) у всіх цих системах романо-германське право реалізується на практиці через англо-американські установи, а це означає, що судді з творчим мисленням і суди з притаманними їм повноваженнями тлумачать романо-германське право. Суть права, таким чином, непомітно формувалася акторами й інституціями, які були більше ніж нейтральними провідниками норм закону;

2) судовим рішенням надається прецедентне значення незалежно від того, кодифіковане романо-германське право чи ні; хоча, звичайно, у всіх трьох групах правових систем (романо-германській, загального права, змішаній) судові рішення визнаються офіційним джерелом права, яке поступається лише законодавству;

3) цивільний процес є змагальним і англо-американським. Акцент на характерних для загального права засобах захисту залишив помітний відбиток на матеріальному цивільному праві;

4) вплив загального права проникає там, де це можливо, наприклад, у деліктне право, залишаючи відносно незачепленими такі стійкі інститути, як право власності;

5) англо-американське комерційне право скрізь замінило континентальне європейське торгове право, чинне тут раніше, частково через відносно слабкий зв'язок з культурою, але більшою мірою через тиск щодо відповідності нормам домінуючої економіки.

Загальні характеристики, такі як ці, надають ідентичності або внутрішнього зв'язку кластеру систем «загального/романо-германського права». Щоправда, кілька членів цієї «класичної» групи мають більше ніж одну чинну систему приватного права. У Південній Африці й Шрі-Ланці, наприклад, одночасно діють релігійне, східне і африканське персональне право, які посилюють складність картини приватного права. Навіть якщо компаративіст насамперед зацікавлений елементами західного права в цих системах, він має знати з своєї

[1] Матеріали другого Конгресу опубліковано у журналі «*Electronic Journal of Comparative Law*», 2008 р., Т. 12, № 1. — *Прим. перекл.*

[2] Ф. П. Уолтон вказав на правові подібності в своїй статті: [79, с. 442].

[3] Це в жодному разі не є кінцем історії. Діалектика, безсумнівно, сформує подальші етапи.

власної історії права, що правові наслідки цього інакшого персонального права навряд чи можна ігнорувати, адже вони будуть взаємодіяти із західним правом на певному рівні в суспільстві й з часом продукувати нові внутрішні комбінації. Це не-західне персональне право є насправді *fil conducteur*[1], яка може привести до класифікації інших кластерів змішаних систем. Щоб пояснити цей момент більш чітко, однак, я тепер звертаюся до іншої теорії змішаних систем.

IV. Плюралістична концепція змішаної правової системи

Вступ

Дедалі більше колег потрапляють під вплив ідеї правового плюралізму і тим самим приходять до визнання більш широкого класу змішаних правових систем. Принциповим критерієм плюралістичної концепції є наявність або взаємодія двох або більше видів права чи правових традицій в рамках однієї системи або «соціального поля»[2]. Питання існування змішаної системи в цьому сенсі звучить як фактичне. Змішаний характер правової системи може бути виявлений і підтверджений на об'єктивній основі шляхом проведення досліджень і спостережень. Характеризація не залежить від інтерпретації «правового стилю» або суб'єктивного судження щодо «переважання» одного типу права над іншим. Вона також не обов'язково залежить від того, як сприймає право його суб'єкт, хоча суб'єктивна точка зору не відкидається повністю[3].

Мені не потрібно намагатися визначити правовий плюралізм, адже ясно, що не існує загальноприйнятого визначення [12, с. 179] і я не хочу вступати в дебати плюралізму з юридичним позитивізмом, правовим централізмом і європоцентристськими упередженнями щодо визначення права [28; 12; 51, с. 115–116; 32; 5, с. 666–671; 60, с. 5–14]. Я просто хочу звернути увагу на загальні правові орієнтації та сфери права (офіційну та неофіційну), якими цікавляться плюралісти.

Персональне і приватне право

Плюралісти, як правило, вивчають постколоніальні суспільства в Африці та Азії, в яких різне персональне право співіснує і взаємодіє із західним правом як триваючий результат історії права. Більш ліберальна концепція змішаної правової системи обов'язково випливає з широкого розгляду феномену права плюралістами, адже вони вивчають не лише звичаєве, племінне і релігійне право, визнане державою, а й невизнане та неофіційне право, яке вислизає з-під державного контролю і становить живе право[4]. У фокусі дослідника може бути індуське, мусульманське, іудейське або африканське звичаєве право, яким керуються різні громади в межах однієї території, які можуть вимагати використання міжперсональних колізійних норм для визначення, до кого і яке

[1] Дороговказ, нитка Аріадни *(фр.). — Прим. перекл.*

[2] Визначення плюралізму Гріффіта, на яке вплинув Мур: «Такий стан справ для будь-якого соціального поля, за якого поведінка визначається більш ніж одним правопорядком». Цит. за: [51, с. 114]. Концепція М. Хукера була аналогічною.

[3] М. Чіба стверджує, що суб'єктивна перспектива має значення, коли людям, які живуть в умовах плюралізму, може бути офіційно дозволено обирати між різними або навіть конкуруючими правовими нормами [12, с. 182].

[4] Відмінність, згідно з Г. ван Нікерк [60, с. 50], полягає в різниці між «державним» і «глибинним» плюралізмом.

застосовується персональне право. Є, звичайно, відмінності між поняттями персонального права і приватного права[1]. У контексті цієї дискусії персональне право можна розглядати як частину приватного права, обмежене коло правовідносин (мабуть, найбільш культурно значущі сфери права) у більш широкому полі приватного права[2]. У цьому сенсі персональне право може регулювати правовідносини етнічного анклаву або пробіли в офіційному праві [51, p. 243]. Персональне та приватне право, отже, є явищами взаємозалежними та перехресними, і слід зрозуміти їх зв'язок з культурою, щоб осягти принципову структуру змішаних систем.

Створення змішаної системи, з історичної точки зору, часто відбувається тоді, коли народ втратив свою політичну суверенність, але якимось чином зберіг право продовжувати жити згідно зі своїм персональним чи приватним правом. Чи є персональне право звичаєм африканського народу, Паризькими кутюмами в Квебеку або романо-голландським правом бурів, різниця лише в деталях, в кожному випадку його дух подібний. «Боротьба за персональне право» є відмінною рисою класичних змішаних правових систем [23, с. 21–29][3], а також причиною існування складного плюралізму в багатьох частинах світу. Жодний народ з тих, про які я знаю, ніколи не добровільно не відмовиться від персонального права або не прийме охоче інше персональне право, крім свого власного. У Південній Африці, коли вона потрапила до рук англійців, романо-голландське право було персональним/приватним правом голландських поселенців, і його збереження було дозволено. У той же час африканський звичай був персональним правом різних південноафриканських народів, і його також було збережено. Це відбувалося протягом всієї історії, і не завдяки нормам міжнародного права (як це часто передбачалося)[4], а, швидше, через опір культури і політичний розрахунок. Я погоджуюся зі спостереженням А. Есмена про те, що політика дозволу підкореному народу зберегти своє персональне право часто є не питання вибору, а свого роду необхідністю, перед якою постає завойовник. «Існує, по суті, необхідність, перед якою постає переможець — *дозволити своєму праву бути завойованим* — кожного разу коли завоювання об'єднує дві раси, занадто різні за ступенем і формою цивілізації. Це те, що робиться в наш час значною мірою французами в Алжирі, англійцями та французами в Індії та в Індокитаї» [21, с. 50–51][5]. Це також пояснює британську політику в

[1] У деяких системах термін «персональне право» як такий може не визнаватися. Наприклад, він був невідомий класичним мусульманським юристам і практично не вживався до початку XX ст. [57].

[2] Наприклад, проблематика єврейського персонального права визнана в Індії лише у питаннях спадкування і шлюбу/розлучення, в той час коли індуїстське право персонального статусу в Індії охоплює дещо ширше коло відносин (спадкування, шлюб і розлучення, опіка, усиновлення, спільність сім'ї та її поділ, релігійні установи), але вони в жодному разі не охоплюють сферу приватного права. Проблематика мусульманського права персонального статусу в Індії охоплює подібну сферу. Див.: [64, с. 244].

[3] Історія Квебеку є одним з найбільш явних прикладів цієї боротьби. Тому М. Танцелін розглядає приватне право Квебеку як «право виживання» для франкомовної громади Квебеку. Див: [75, с. 25].

[4] Прикладом посилання на таку норму є заява лорда Менсфілда у справі *Campbell v. Hall* 1774 р., що «закони завойованої країни продовжують залишатися чинними доки їх не буде змінено завойовником». Обговорення і критику такого підходу див. у: [54, с. 20–29].

[5] *(Виділення наше)*. На думку А. Есмена, ці міркування пояснюють, чому германські племена після падіння Римської імперії дозволили римлянам зберегти їхнє право: «Це було ще більш нагальною необхідністю для варварів — пише він — тому що римське право набагато перевершу-

Південній Африці, яку Т. Беннетт описує як «не більше ніж пряме визнання того факту, що колоніальна адміністрація була не в стані змусити своїх підданих відмовитися від романо-голландського права» [6, с. 17].

Широкий фокус плюралізму

Як зазначалося раніше, відповідно до плюралістичної точки зору будь-яка взаємодія одного права з правом іншого типу або походження — тубільного з екзогенним, релігійного зі звичаєвим, західного з незахідним — є достатньою, щоб конституювати змішану правову систему. Це, звичайно, настільки широко, що квазі-тотальність правових систем світу раптом кваліфікується як «змішані правові системи». Дивно, але ця надзвичайно інклюзивна позиція не розглядається як недолік або обмеження для її зростаючого використання. Професор У. Тетлі, наприклад, розглядає Іран, Єгипет, Сирію, Ірак та Індонезію як змішані правові системи. Він описує Єгипет як «інтригуючу змішану правову систему, де змішуються романо-германські норми, організовані в своїх стилі, структурі й змісті за зразком французького Цивільного кодексу 1804 р., з мусульманським правом і, у сфері сімейного права, з різним релігійним за своєю основою персональним правом» [76, с. 15]. Е. Оруку, Е. Аттвулл і С. Койл подають еклектичний список систем, які вони розглядають як змішані, в тому числі Австралію, Країну Басків, Алжир, Гонконг і Європейський Союз [74].

Причина цього принципового розширення зрозуміла. Всі правові системи світу можна описати як диверсифіковані суміші з необмеженою кількістю можливих комбінацій: хтонічне, релігійне (єврейське, індуїстське, ісламське або канонічне), торгове, природне, римське цивільне, загальне право і так далі. Виявлення в процесі дослідження п'яти або шести шарів екзогенних елементів у будь-якій окремій системі приватного права не повинно дивувати. Візуалізація цього розмаїття представлена на карті *(малюнок 2)*, а також у списку змішаних систем в *Додатку А* до цієї статті. Обидва документи були розроблені на юридичному факультеті Оттавського університету [8].

Наслідки для «класичних» змішаних систем

Звичайно, якщо прийняти цю точку зору, саме собою зрозуміло, що класичні змішані правові системи, такі як шотландська або луїзіанська, нею повністю поглинаються. Вони раптово перестають бути дивними, ізольованими, самотніми. Замість цього вони стали тільки ще одним підвидом змішаних видів права. Відповідно, така якість як змішаність неминуче втратить всі принизливі ярлики, які коли-небудь на неї вішалися. Розгляд гібридності як універсального факту є першим кроком до визначення нашого власного (хоча й більш банального) місця в світі. Це обов'язково змінить знайомі установки і стереотипи. Наприклад, чи буде й надалі вважатися корисним або доречним говорити

вало германський звичай». Так само С. Гутерман вказує, що «оскільки право варварів було племінним і, отже, персональним, було складно застосовувати його до завойованих народів без трансформації останніх у германців. Останнє, очевидно, не представлялося можливим» [29, с. 29–30]. А. Кун додає: «Навіть безжальний завойовник не може змінити звички і звичаї людей по своїй волі. Для цього слід винищити населення, адже поки суспільне життя існує, також продовжують зберігатися залишки правової ідентичності, яка швидше змінить право завойовника, аніж буде змінена ним» [38, с. 318–319].

Малюнок 2

про класичні системи як історичні факти[1] чи розглядати їх як маргінальні випадки в бінарному романо-германському/загальному правовому світі? Як могли прості «випадки» ставатися так часто і бути настільки узагальненими? Крім того, чи має сенс «чекати і дивитися», будуть вони рухатися в той або інший бік? Очевидно, куди б вони не рухалися (якщо насправді вони рухаються), вони можуть пересуватися тільки в морі змішаного права. Крім того, якщо змішані системи, взяті разом, були в центрі, а не на периферії правової еволюції, вони не можуть розглядатися як незвичайні або дивні. Логічно, що складно розглядати їх як в якості парадигми і парії водночас[2]. Можливо, тоді корисні класифікаційні схеми для XXI ст. доведеться почати з їх центральної ролі як відправної точки[3]. Але ми повинні будемо відмовитися від марнославної впевненості, що «чисті» правові системи так чи інакше привілейовані або важливіші, або що деякі суміші вище за інші, або що «корисність» змішаних систем полягає в уроках та інтуїтивних прозріннях, які вони можуть дати для інших, а не для себе[4]. Часто стверджувалося, що Шотландія, Луїзіана та ще кілька систем є «лабораторіями порівняльного права», а інші можуть отримати користь від вивчення їх досвіду. У дійсності, однак, всі системи є лабораторія-

[1] Г. П. Гленн порівнює їх з аномаліями у світі науки, де складні структури можуть представляти «заморожені випадки» [27, с. 2, 14].

[2] М. Танцелін наголошує: «Все, що встановлено, це те, що змішана система є нетиповим явищем, яке бентежить будь-кого, хто намагається впорядковано і систематично представити національні системи права» [75, с. 1].

[3] Е. Оруку стверджує, що всі правові системи перехрещуються та змішуються в різній мірі й, отже, їх змішаний характер має бути відправною точкою порівняльної класифікації [61, с. 363].

[4] Так, наприклад, стверджувалося, що: романо-германська за характером юридична техніка Ізраїлю може переконати Англію в питанні про доцільність зміни її юридичної техніки; шотландське право або кодекс МакГрегора може слугувати зразком для загальноєвропейського кодексу; право Луїзіани може вказати європейцям, як ідеї загального і романо-германського права можна примирити в межах одного цивільного кодексу. Див.: [37, с. 438; 25, с. V–XI].

ми порівняльного права та досвід будь-якої системи може бути цінним для інших.

Г. Макквін зазначав (у словах, які можуть бути схвалені як заохочення до вивчення плюральних систем взагалі): «це суперечить духу змішаних правових систем [аналізувати їх] на тій основі, що одна частина суміші є хороша, а інша погана. Натомість змішані системи мають оцінюватися в своїх власних рамках, тобто ані як романо-германське, ані як загальне право, і аналітики повинні визнати, що змішане минуле означає й змішане майбутнє» [50, с. 411–412]. Таким чином, якщо йдеться про їх «цінність», то вона, звичайно, полягає не у цінності для інших, а скоріше в тому, що вони можуть відкрити про формування та еволюцію правових систем взагалі. Їх цінність для юридичної науки може бути краще зрозумілою з точки зору вивчення причин їх формування і розвитку, і того, що вони зробили для юридичної професії і народів, яким вони мали служити[1].

Європейські системи в об'єктиві плюралізму

Плюралістична теорія змішаних правових систем також говорить нам щось цінне про країни, які ми зазвичай вважаємо чистими «загальними» або «романо-германськими». Ця теорія змушує нас переглянути основу їх ідентичності. Можливо, світ не готовий прийняти це, принаймні зараз, але Англія, Канада, Франція, Німеччина та Швейцарія, хоча досі вважають себе системами загального або романо-германського права, насправді є змішаними системами приватного права. Ця точка зору дедалі більше приймається вченими-правознавцями. Це, звичайно, може відповідати їх власним проектам та поглядам на майбутнє Європи, але переконливість фактологічної основи цього твердження не підлягає сумніву. Це означає, що Англія є або скоро буде змішаною правовою системою, що європейському транснаціональному праву судилося бути змішаною системою, що ЄС стає змішаною наднаціональною системою. Автономні сфери права, такі як адміралтейське або договірне право, також можуть розглядатися як змішані системи[2]. Розуміння того, що римське право саме було майже від початку змішаною правовою системою, може бути просто питанням часу. Р. Циммерманн, наприклад, як нам видається, перебуває в авангарді плюралістично-історичного погляду на європейське приватне право: «Все наше національне приватне право в сучасній Європі можна охарактеризувати як змішані правові системи. Жодна з них не залишилася «чистою» в своєму розвитку з часів Середньовіччя. Всі вони являють собою суміш багатьох різних елементів: римського права, місцевого звичаєвого права, канонічного права, торгового звичаєвого права, теорії природного права — і це я назвав лише ті, що були найважливішими в історії зобов'язального права» [91, с. 159].

[1] Додання цінності при змішуванні, як на мене, може бути найкраще видно з внутрішньої, а не зовнішньої точки зору. Саме в цьому світлі я інтерпретую твердження лорда Роджера: «Якщо змішані системи мають цінність, то вона, звичайно ж, саме в тому, що вони змішані... Як на мене, одна з головних переваг змішаної системи в тому, що вона формувалася в минулому через звернення до певного шаблону [римського права]... принаймні у нас є ця системність у праві... колись до того нічого подібного в англійському праві не було» [47, с. 425–426].

[2] Наприклад, у Единбурзі в 2004 р. відбулася конференція «Принципи європейського договірного права: ще одна змішана система?», за результатами якої було видано книгу [22]; що стосується ствердження змішаного характеру адміралтейського права — див.: [76].

Слід зауважити, що шановний автор вказує на міцно вкорінені, історичні суміші в європейському приватному праві, й використовує слово «змішані» як констатацію факту, щоби показати, що ховається під маркою приватного права. Ці елементи, однак, не є продуктом взаємодії загального і романо-германського права і не мають нічого спільного з цим поділом. Змішання відбулося до цього поділу, тобто перш ніж загальне та романо-германське право диференціювалися.

Я повернуся нижче до теми змішаного права в сучасній Європі. Я хотів би тут зробити ширший історичний екскурс щодо давності плюральних систем.

Давність змішаних систем

З історичної точки зору, змішані системи неодноразово виростали в умовах активних контактів, торгівлі та зв'язків між народами. У стародавніх і новочасних імперіях змішування було неминучим (а «чистота» права — нестійкою), як тільки з'являлися достатні соціальні та інтелектуальні мережі між різними народами. Я вважаю, що модель формування змішаних систем у Римській, Османській та європейських колоніальних імперіях була подібною, але в цілях економії місця обмежуся аналізом розвитку Риму.

Римська імперія: конструювання і колапс

Імперія перетворила право римського народу на змішану систему і водночас створила ряд таких систем в провінціях. Однією з причин цього, як нам видається, була величезна кількість народів під римською владою[1]. Другою причиною було значення, якого римляни та інші народи надавали персональному праву. До III ст. н.е. (але, можливо, навіть до падіння імперії) римляни вважали, що право, яке застосовується до людини, визначається не територією, на якій вона живе, але національною групою, з якої вона походить [56, p. 418; 39, с. 44, 48][2]. Це узгоджувалося з поглядами багатьох древніх народів, що право є привілеєм раси: чужинець не допускається до користування правом громади [11, с. 123]. Правові привілеї римського громадянства було поступово поширено на інших (і в 212 с. н. е. громадянство стало майже загальним), але принцип персональності загалом продовжував застосовуватися і показує, що римське право не виходило за рамки громадянства. І звичайно, у пізніших зворотніх обставинах варварське право не було нав'язане завойованим римлянам [24, с. 5].

Задатки мозаїки були закладені в протистоянні між римським політичним пануванням і персональним правом різних народів, яких зробили сусідами. В принципі, право, яке застосовувалося до перегринів в Римі, було їх особистим рідним або персональним правом. Якщо виникали суперечки, однак, між перегрінами з різних народів, то конфліктували два або більше персональні права і їх слід було узгодити. Тут потрібен був претор перегрінів — для побудови композитної правової системи, *ius gentium*, в якості альтернативної системи

[1] Щодо потоків іноземців, які потрапляли до Риму, і племінних мереж див.: [88, с. 240–243, 262–267, 270–271].

[2] «Стародавнє право було принципово «персональним»: ...римське право застосовувалося до римських громадян, афінське — до афінських») [59, с. 59]. Згідно з Дж. Мусуракісом, принципу персональності в Римі перестали слідувати після III ст. н.е., але С. Гутерман не бачить жодної зміни: «У дуже важливому сенсі римське право залишалося персональним до останніх днів Римської імперії» [29, с. 38]. Можливо, були випадки, коли народи, включені до імперії, не зберегли свої племінні звичаї тому, що вони стали вже достатньо романізованими, живучи в тісному контакті з римським суспільством протягом кількох поколінь. Див.: [2, с. 9–10].

правосуддя. Це творіння преторів справило значний вплив на *ius civile* [29, с. 39]. Зрештою частини *ius gentium* почали застосовуватися не лише до угод з участю перегринів, але й угод між громадянами. *Ius gentium* таким чином було частково сприйняте міським претором, як і *ius civile* було частково сприйнято претором перегринів[1]. Два правопорядки як наслідок конституювали змішану систему в Римі.

Падіння імперії на Заході (у 476 р.) змінило політичну роль Риму, але не зупинило взаємодію римського та іншого персонального права. Панівні германські племена тепер жили за своїми законами і звичаями, але вони дозволили римлянам і духовенству керуватися римським правом [24, с. 15–16; 86, с. 45–49]. К. Флері зазначає, що Карл Великий після з'єднання франків, бургундів, готів і лангобардів у одну імперію «терпів» те, що кожний народ користувався своїм власним правом [86, с. 38]. Франкський капітулярій 768 р. проголошував: «Всі мають слідувати своєму власному праву, як римляни, так і салічні франки; і ті, хто приїжджає з інших регіонів, будуть жити згідно з правом своєї країни»[2]. Святий Агобард, який став архієпископом Ліона у 816 р., безпосередньо спостерігав множинність персонального права: «Постійно стається що з п'яти людей, які йдуть або сидять разом, жодний не є суб'єктом того ж права, що й інший» [56, с. 419]. Й. В. Весселс відзначає, що навіть батьки і сини або чоловіки і дружини можуть жити згідно з різним персональним правом [86, с. 47]. Деякі германські королі намагалися видавати закони для різних народів, якими вони керували. Так, кодифіковані норми для римлян, що живуть у Галлії, містилися в *Lex Romana Visigothorum,* виданих королем Алларіхом II у 506 р. Спочатку цей Lex призначався виключно для римлян і не поширювався на все населення, але 654 р. його було поширено також на вестготів [48, с. 77–78]. У ході поступової соціалізації між цими народами зникла необхідність використання різного персонального права[3]. Так само римляни в Бургундії керувалися *Lex Romana Burgondionum*, бургунди і римляни вважалися рівними, але різними за правом [87, с. 82][4]. М. Лупой зазначає, що визнання цього розподілу сталося тому, що римляни почали опиратися намаганням поширити на них право бургундів [87, с. 82]. Згідно з Дж. Музуракісом, повага до персонального права стала основним чинником збереження римського права: «Як у Італії, так і в Галлії та Іспанії римське право було збережено, хоча і у вульгаризованій формі, через застосування принципу персональності у праві, але також і за посередництва церкви, у право якої було вплетено принципи і норми римського права» [56, с. 420][5].

[1] Так, вважається, що правочини *bonae fidei* були вперше визнані в судах у справах щодо іноземців, а згодом запозичені з *ius gentium* до *ius civile* [36, с. 304–305]. Ясно також, що стипуляція стала доступною для перегринів [59, с. 58].

[2] Цит. за: [48, с. 394–395].

[3] Вестготи і бургунди оселилися серед римського населення як федерати і були серед тих германців, які найбільш швидко і повністю засвоїли старі римські традиції [87, с. 20–21]. М. Лупой стверджує, що бургунди дотримувався римських установлень навіть ретельніше, ніж вестготи, і встановився їх паритет з римлянами, що зробив можливими змішані шлюби, запровадження судів з одним суддею як для бургундів, так і римлян та ін. [87, с. 81].

[4] На Аппенінському півострові лангобарди дозволили римським підданим керуватися кодексом Юстиніана [56, с. 419].

[5] М. Лупой підкреслює, однак, що цей «принцип» не було приписано жодним джерелом [48, p. 388], і не розглядає його в якості принципу [48, с. 393].

Ані право, ані населення, до якого воно застосовувалося, не залишалися ізольованими. Прямо чи опосередковано римське право впливало на германське і навпаки[1]. Як романське та германське населення поступово зливалося, так романізувалися германські звичаї, а римське право варваризувалося. «Корінні» звичаї цих народів стали означати трансформоване персональне право, яке було частково екзогенним[2]. Місцеві звичаї стали «комбінацією елементів римського і германського звичаєвого права» [56, с. 421].

Отже, Римська імперія на Заході, як при її творенні, так і дезінтеграції, ефективно генерувала змішані системи приватного права. Звичайно, змішані елементи в цих системах роблять неможливою побудову будь-якої «чистої» конструкції романо-германського права на їх багатошаровому фундаменті. Але ці романо-германські гібридні системи були засобом збереження та адаптації персонального права, і водночас вони надали тяглості вульгаризованому римському праву аж до часу кодексу Юстиніана.

Сучасне англійське право і Європейський Союз — змішані системи?

Цікаво розглянути результати плюралістичного аналізу по відношенню до англійського права. В останні роки нерідко можна почути, що англійське загальне право стало «змішаною» системою, але іноземному спостерігачеві, мабуть, більш помітно, що англійські юристи менш схильні, ніж у минулому, заперечувати, що значні зміни дійсно відбуваються [7, с. 513; 44, с. 347; 45, с. 1]. Звичайно, вступ до Європейського Союзу пришвидшив гармонізацію англійського права з континентом. Як натякав лорд Деннінг: «Договір схожий на морський приплив. Він проникає в гирла і вгору по річках. Його неможливо повернути назад»[3]. Англійське право увібрало близько двадцяти директив ЄС, що стосуються сфери традиційного приватного права і вимагають прийняття континентального способу мислення, в тому числі принципів пропорційності й законних очікувань, різниці між приватним і публічним правом, використання телеологічного і цілеспрямованого тлумачення, поняття сумлінності та континентальної юридичної техніки [7, с. 522–524; 44, с. 347; 58, с. 79; 1, с. 696][4]. З історичної точки зору, однак, Англія стала відкритою до транснаціонального впливу століттями раніше. Ш. П. Донлан вказує, що англійське право у XVIII ст. було перехідною системою, і в процесі цієї трансформації Англія, нарешті, абсорбувала свої цивільну, церковну юрисдикції та право справедливості [18]. Г. Макквін стверджує, що протягом останніх двох століть англійське право було трансформоване. Сфера зобов'язань була перетворена на систему,

[1] М. Лупой описує інтерактивний характер цього розвитку: «...законодавство вестготів безсумнівно моделювалося за зразком римських джерел права і різних джерел вульгаризованого римського права, які, у свою чергу, перебували під його впливом» [48, с. 75]. Слід зазначити, що королю Ейріху в складанні його кодексу допомагав римський юрист Леон з Нарбонни [48, p. 75]. Див. також: [89, с. 9].

[2] Так, в «Історії» де Феррера французькі звичаї розглядаються як такі, що перебували протягом багатьох століть у процесі романізації: «Наші звичаї були частково взяті з принципів римського права; ...вони не що інше, як суміш різного права, яке наші перші королі надали своїм підданим у користування, як вони вважали за краще. Тепер серед них римському праву слідують у багатьох Партикуляріях, а все інше багато запозичило з нього» [89, с. 112].

[3] *H.P. Bulmer Ltd v J. Bollinger SA* (1974). Оцінку наслідків у 1990-х роках див. у: [77, с. 30–32].

[4] Інкорпорація у 2000 р. Європейської конвенції з прав людини, яка насправді стала писаним біллем про права для Великої Британії, є ще одним надзвичайно важливим виявом континентального впливу. Див.: [69].

базовану на формах правочинів у континентальній систематиці, «заснованій на поділі договору, делікту і безпідставного збагачення» [50, с. 1][1].

Європейський Союз теж характеризують як змішану наднаціональну правову систему[2]. Наприклад, європейське договірне право значною мірою гармонізоване завдяки Віденській конвенції про міжнародну купівлю-продаж товарів, Принципам міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, Принципам європейського договірного права, не кажучи вже про безліч директив ЄС у сфері прав споживачів [46, с. 515]. Широко обговорюваний єдиний Цивільний кодекс приватного права, якщо цей проект коли-небудь матеріалізується, обов'язково спиратиметься на ці моделі й утворить систему приватного права, засновану на елементах загального і романо-германського права. Під впливом Віденської конвенції про міжнародну купівлю-продаж товарів всеосяжний концепт «порушення умов контракту» вже охопив усю Європу[3].

Висновок

Отже, я стверджував, що існують дві конкуруючі теорії, які допомагають нам сформувати об'єктивне бачення змішаних систем. Теорії різні, але доповнюють одна одну. Перша теорія вказує нам на системи-сестри, які найпростіше порівнювати, а результати цього вражають. Ми не повинні випустити з уваги цієї основоположної ідеї-концепту — знайти наших сусідів у праві. Мотивом, звичайно, не є бажання заснувати ексклюзивний клуб, а встановити рамки нашого порівняння. В Единбурзі я брав участь у групі з дев'яти шотландців і шести представників Луїзіани, яка цілий день проводила конференцію і обговорення результатів досліджень. Не було такого моменту, в який би я відчув, що не розумію певних міркувань або термінології. Ми розмовляли, як на мене, майже так само легко, ніби ми всі були з Луїзіани або Шотландії. Це був ще один приклад недоречності дистанціювання юристів, які перебувають на одній хвилі. Ця легкість спілкування і співпраці поширюється на всю класичну групу, яку окреслив Т. Сміт.

Обґрунтування класичної теорії лежить у більш глибокій мірі порівнянності. Це не означає, що порівняння між більш відмінними правом і суспільствами є нездійсненною або невдячною місією, але воно може виявитися більш складним і менш плідним, ніж у класичному колі.

У той же час я намагався показати, що плюралістична концепція змішаних систем відкриває нову перспективу в розумінні класичних систем та їх місця в світі. Вона використовує також не-західне персональне право в межах правових систем і вказує на необхідність його якнайповнішого залучення до порів-

[1] Він підкріплює такий висновок цілим рядом доказів, у тому числі: занепад доктрини суддівського розгляду, континентальне походження справи *Hadley v. Baxendale* і нещодавнє законодавство, яке скасувало деякі принципи договірного права з метою приведення англійського права у відповідність з іншими правовими системами Європейського Союзу. З точки зору тривалої історичної перспективи Д. Іббетсон вважає, що англійське зобов'язальне право злилося з континентальними ідеями з часів Гленвіля: «Загальне зобов'язальне право виросло із змішання місцевих ідей і складного римського вчення» [33, с. 19].

[2] Наприклад, Х. Кьотц пише: «Це може звучати трохи передчасно і мрійливо, але я тим не менше скажу: будемо сподіватися, що поступове творення європейського права як змішаної правової системи дозволить нам поєднати краще з обох світів» [37, с. 435, 439].

[3] Це вимагало розриву з давньою традицією в деяких країнах романо-германського права. Див.: [3, с. 487].

няльно-правових досліджень. Взаємодія персонального права з римо-голландським у Південній Африці і Шрі-Ланці не слід ігнорувати, адже зі структури їх правових систем тоді випадуть суттєві елементи.

Плюралістичне розуміння має важливі наслідки для вивчення сучасної Європи. Воно вказує на вкорінені суміші в рамках європейського приватного права і допомагає пояснити неминучість нового змішування, яке зараз відбувається на національному та наднаціональному рівнях. Найголовніше, що показує плюралістична теорія, це те, що старі слова — загальне, романо-германське, ісламське, індуїстське право — приховують більше, ніж відкривають, і втратили свою пояснювальну силу. Якщо ми керуємося переважно змішаним і плюральним правом, тоді, можливо, пора визнати, що змішаність домінує у світі. Коли-небудь змішані системи мають стати не зайвим елементом, а відправною точкою нового наукового впорядкування правових систем світу.

Спроба змінити класифікацію і впорядкування змішаних правових систем світу відповідно до інформації, наданої історичним, етнічним і транснаціональним правовим плюралізмом, є наступним складним завданням порівняльного права. Якщо це може бути досягнуто, то принципово змінить правовий всесвіт так, як революція Коперніка змінила стару систему астрономії Птоломея. Ми далекі від думки, що це можливо в даний час. Поки плюралізм є напрямом думки, що пропонує перетасувати гральні карти; він досі не показав, як карти можуть бути перездані на раціональній і послідовній основі. Але я передбачаю, що якщо ця задача буде колись виконана, це буде зроблено вперше юристом зі змішаної правової системи, тому що він або вона знає краще, що це необхідно, і знає кращі засоби для досягнення мети.

ДОДАТОК А.
Змішані правові системи

Термін «змішані», який ми довільно обрали серед інших термінів («гібридний», «композитний»), не повинен розглядатися обмежувально, так як роблять деякі автори. Таким чином, ця категорія включає в себе політичні утворення, в яких дві або більше системи застосовуються кумулятивно або інтерактивно, а також утворення, в яких відбувається зіставлення систем у результаті більшменш чітко визначених сфер застосування.

Змішані системи романо-германського та загального права: Ботсвана, Гайана, Квебек (Канада), Кіпр, Луїзіана (США), Мальта, Маврикій, Намібія, Південна Африка, Пуерто-Рико (у асоціації з США), Сейшельські Острови, Сент-Лусія, Таїланд, Філіппіни, Шотландія (Велика Британія).

Змішані системи романо-германського та звичаєвого права: Бурунді, Буркіна-Фасо, Габон, Гвінея, Гвінея-Бісау, Демократична Республіка Конго, Екваторіальна Гвінея, Ефіопія, Китай, КНДР, Малі, Мадагаскар, Монголія, Мозамбік, Нігер, Народна Республіка Конго, Республіка Корея, Республіка Кот-д'Івуар, Руанда, Сан Томе і Принсіпі, Свазіленд, Сенегал, Тайвань, Того, Чад, Японія.

Змішані системи романо-германського і мусульманського права: Алжир, Єгипет, Ірак, Коморські Острови, Кувейт, Ліван, Лівія, Марокко, Мавританія, Сирія, Туніс.

Змішані системи романо-германського, загального і звичаєвого права: Вануату, Джібуті, Еритрея, Зімбабве, Індонезія, Камерун, Лесото, Шрі-Ланка.

Змішані системи загального і мусульманського права: Бахрейн, Бангладеш, Катар, Об'єднані Арабські Емірати, Оман, Пакистан, Сінгапур, Судан.

Змішані системи загального і звичаєвого права: Бутан, Гонконг (Китай), Замбія, Західне Самоа, Малаві, М'янма, Непал, Соломонові Острови, Сьєрра-Леоне, Танзанія, Уганда, Федеративні Штати Мікронезії.

Змішані системи загального, мусульманського і звичаєвого права: Бруней, Гамбія, Індія, Кенія, Малайзія, Нігерія.

Змішані системи загального, мусульманського і романо-германського права: Ємен, Іран, Йорданія, Саудівська Аравія, Сомалі.

Змішана система талмудичного, романо-германського та загального права — Ізраїль.

ДОДАТОК Б.
Персональне право в Індії [64, с. 244]

Сфери індуїстського персонального права	Сфери мусульманського персонального права	Сфери іудейського персонального права
— Спадкування — Шлюб та розлучення — Опіка — Усиновлення — Спільність сім'ї та її поділ — Релігійні установи	— Спадкування — Шлюб, розлучення та посаг — Опіка — Утримання — Подарунки та заповіти — Вакфи — Переважне право придбання	— Спадкування — Шлюб та розлучення

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Attew M.* Teleological Interpretation and Land Law // Modern Law Review. — 1995. — Vol. 58.
2. *Barnwell P. S.* Emperors, Jurists and Kings: Law and Custom in the Late Roman and Early Medieval West // Past and Present. — 2000. — No. 168.
3. *Basedow J.* Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG // International Revue of Law and Economics. — 2005. — Vol. 25.
4. *Baudouin J-L* The Future of Civil Law in a Mixed Jurisdiction. The Bailey Lecture at Louisiana State University in 1972 transcript [Manuscript].
5. *Bennett T. W.* Comparative Law and African Customary Law // Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann and R. Zimmermann. — New York: Oxford University Press, 2006.
6. *Bennett T. W.* The Conflict of Laws // Introduction to Legal Pluralism in South Africa / Ed. by J. C. Bekker, C. Rautenbach, N.M.I. Goolam. — 2nd ed. — Durban: Lexis Nexis, Butterworths, 2007.
7. *Bingham T. H.* 'There is a World Elsewhere': The Changing Perspectives of English Law // International and Comparative Law Quarterly. — 1992. — Vol. 41.
8. *Bisson A.-F., Perret L., Fuentes G., Mariani N.* World Legal Systems. — Montréal: Wilson & Lafleur, 2000.
9. *Bogdan M.* Comparative Law. — Deventer: Kluwer; Stockholm: Norstedts Juridik; Oslo: TANO, 1994.
10. *Cairns J. W.* Importing our Lawyers from Holland: Netherlands' Influences on Scots Law and Lawyers in the Eighteenth Century // Scotland and the Low Countries. 1124–1994 / Ed. by G. G. Simpson. — East Linton: Tuckwell, 1996.
11. *Chénon E.* Histoire Générale du droit francais public et privé des origenes à 1815. — Vol. I. — Paris, Sirey, 1926.
12. *Chiba M.* Legal Cultures in Human Society: A Collection of Articles and Essays. — Tokyo: Shinzansha International, 2002.
13. *Chloros A.G.* Codification in a Mixed Jurisdiction: The Civil and Commercial Law of Seychelles. — Amsterdam, New York, Oxford: Elsevier, North-Holland, 1977.
14. *Classification* // Encyclopedia Brittannica. — Vol. 14. — London, 1961.
15. *de Cruz P.* Comparative Law in a Changing World. — 2nd ed. — London: Cavendish, 2006.

16. *Daggett H.S., Dainow J., Hébert P.M., Mcmahon H. G. A Daggett H. L.* A Reappraisal Reappraised. A Brief for the Civil Law of Louisiana // Tulane Law Review. — 1937. — Vol. 12.
17. *David R.* Les Grands Systemes de Droit Contemporains. — Paris: Dalloz, 1964.
18. *Donlan S. P.* A System in Transition? Eighteenth-Century English Law. Paper delivered at the Second World Congress on Mixed Jurisidictions, in Edinburgh (2007) [Manuscript].
19. *Eörsi G.* Comparative Civil (Private) Law: Law Types, Law Groups, The Roads of Legal Development. — Budapest, 1979.
20. *van Erp S.* [Review of:] Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa // Edinburgh Law Review. — 2007. — Vol. 11.
21. *Esmein A.* Cours élémentaire d'histoire du droit francais. — Paris: Recueil Sirey, 1950.
22. *European* Contract Law: Scots and South African Perspectives / Ed. by H. MacQueen, R. Zimmermann. — Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006.
23. *First* Worlwide Congress on Mixed Jurisdictions: Salience and Unity in the Mixed Jurisdiction Experience: Traits, Patterns, Culture, Commonalities / Ed. by V.V. Palmer // Tulane Law Review. — 2003. — Vol. 78. — Issue 1.
24. *Fleury C.* The History of the Origin of the French Laws. — London, 1724.
25. *Gandolfi G.* Preface // McGregor H. Contract Code Drawn Up on Behalf of the English Law Commission. — Milan: *Giuffre* Editore, 1993.
26. *Glenn H. P.* Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions // Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann and R. Zimmermann. N.Y.: Oxford University Press, 2006.
27. *Glenn P. H.* Quebec: Mixité and Monism // Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing / Ed. by E. Örücü, E. Attwooll, S. Coyle. — The Hague: Kluwer Law, 1996.
28. *Griffith J.* What is legal pluralism? // Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law. — 1986. — Vol. 24.
29. *Guterman S.* The Principle of the Personality of Law in the Germanic Kingdoms of Western Europe from the Fifth to the Eleventh Century. — New York: Peter Lang, 1990.
30. *Hanbury H. G.* F. P. Walton // Dictionary of National Biography. Who was Who. — Vol. 4: 1941-1950. — London, 1952.
31. *History* of Private Law in Scotland / Ed. by K. Reid, R. Zimmermann. — Vol. I, II. — Oxford, New York, 2000.
32. *Hooker M.* Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws; The Politics of Cultural Pluralism. — Oxford: Clarendon Press, 1975.
33. *Ibbetson D.* An Historical Introduction to the Law of Obligations. — Oxford: Oxford University Press, 1997.
34. *International* Encyclopedia of Comparative Law. — Vol. 6: Property and Trust / Ed.by F. H. Lawson. — The Hague: Martinus Nijhoff, 1974.
35. *Ireland G.* Louisiana's Legal System Reappraised // Tulane Law Review. — 1937. — Vol. 11.
36. *Jolowicz H. F.* Historical Introduction to Roman Law. — Cambridge: Cambridge University Press, 1939.
37. *Kötz H.* The Value of Mixed Legal Systems // Tulane Law Revue. — 2003. — Vol. 78.
38. *Kuhn A.* La fonction de la méthode comparative dans l'histoire et la philosophie du droit // Introduction à l'Etude du Droit Comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert. — Vol. I. — Paris: Recueil Sirey, 1938.
39. *Lambris M.* The Historical Context of Roman Law. — Sydney: Law Book Co., 1997.
40. *Lawson F. H.* A Common Lawyer Looks at the Civil Law: Five Lectures Delivered at the University of Michigan / Foreword by H.E. Yntema. — Westport, Conn.: Greenwood, 1953.
41. *Lawson F. H.* The Field of Comparative Law // Juridical Review. — 1949. — Vol. 61.
42. *Lee R. W.* An Introduction to Roman-Dutch Law. — 5th ed. — Oxford: Clarendon Press, 1953.
43. *Lee R. W.* The Civil Law and the Common Law — A World Survey // Michigan Law Review. — 1915.— Vol. 14.
44. *Levitsky J. E.* The Europeanisation of British Legal Style // American Journal of Comparative Law. — 1994. — Vol. 42.
45. *Lewis X.* A Common Law Fortress Under Attack: Is English Law being Europeanized? // Columbia Journal of European Law. — 1995. — Vol. 2.
46. *Loos M.B.M.* The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization // European Revue of Private Law. — 2007. — No. 3.
47. *Lord* Rodger of Earlsferry. «Say Not the Struggle Naught Availeth»: The Costs and Benefits of Mixed Legal Systems // Tulane Law Revue. — 2003. — Vol. 78.
48. *Lupoi M.* The Origins of the European Legal Order. — Cambridge: *Cambridge* University Press, 2000.
49. *Macdonald R.* The National Law Programme at McGill; Origins, Establishment, Prospects // Dalhousie Law Journal. — 1990. — Vol. 13.
50. *MacQueen H.* Human rights and private law in Scotland: a response to President Barak // Tulane Law Revue. — 2003. — Vol. 78.
51. *Menski W.* Comparative law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa. — 2nd ed. — Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

52. *van der Merwe C. J., du Plessis J. E., de Waal M. J.* The Republic of South Africa. Report 2 // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / Ed. by V.V. Palmer. — Cambridge, N.Y.: Cambridge University Press, 2001.
53. *Miller D. C.* South Africa: A Mixed System Subject to Transcending Forces // Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing / Ed. by E. Örücü, E. Attwooll, S. Coyle. — The Hague: Kluwer Law, 1996.
54. *Mixed* Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / Ed. by V.V. Palmer. — Cambridge, N.Y.: Cambridge University Press, 2001.
55. *Mixed* Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa / Ed. by R. Zimmermann, D. Visser, K. Reid. — Oxford, New York: Oxford University Press, 2004.
56. *Mousourakis G.* The Historical and Institutional Context of Roman Law. — Aldershot: Ashgate, 2003.
57. *Nasir J.* The Islamic Law of Personal Status. — 2nd ed. — London: Graham & Trotman, 1990.
58. *Nestorovska D.* Influences of Roman Law and Civil Law on the Common Law // Hanse Law Review. — 2005. — Vol. 1.
59. *Nicholas B.* An Introduction to Roman Law. — Oxford: Oxford University Press, 1996.
60. *van Niekerk G. J.* Legal Pluralism // Introduction to Legal Pluralism in South Africa / Ed. by J. C. Bekker, C. Rautenbach, N.M.I. Goolam. — 2nd ed. — Durban: Lexis Nexis, Butterworths, 2007.
61. *Orucu E.* Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach // Epistemology and Methodolgy of Comparative Law / Ed. by M. van Hoecke. — Oxford: Hart Publishing, 2004.
62. *du Plessis J.* Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems // Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann and R. Zimmermann. — New York: Oxford University Press, 2006.
63. *du Plessis J.* Editorial // Electronic Journal of Comparative Law. — 2005. — Vol. 9. — Issue 3.
64. *Rautenbach Chr.* Phenomenon of Personal Laws in India: Some Lessons for South Africa // The Comparative and International Law Journal of Southern Africa. — 2006. — Vol. 39.
65. *Reid K.* While One Hundred Remain: T. B. Smith and the Progress of Scots Law // A Mixed Legal System in Transition: T. B. Smith and the Progress of Scots Law / Ed. by E. Reid, D.L.C. Miller. — Edinburg: Edinburgh University Press, 2005.
66. *Reid K. G. C.* The Idea of Mixed Legal Systems // Tulane Law Revue. — 2003. — Vol. 78.
67. *Schlesinger R. B., Baade H. W., Herzog P., Wise E.* Comparative Law: Cases, Text, Materials. — 6th ed. — New York: The Foundation Press, 1998.
68. *Sheldon A.* The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations // Harvard Law Revue. — 1937. — Vol. 50.
69. *Simpson A.W.B.* Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention. — Oxford: Oxford University Press, 2001.
70. *Smith T. B.* Introduction // Smith T.B. Studies Critical and Comparative. — Edinburgh: W. Green, New York: Oceana, 1962.
71. *Smith T. B.* The Common Law Cuckoo: Problems of a 'Mixed' Legal System with Special Reference to Restrictive Interpretations in the Scots Law of Obligations // Butterworths South African Law Review. — 1956.
72. *Smith T. B.* The Preservation of the Civilian Tradition in «Mixed Jurisdictions» // Civil Law in the Modern World / Ed. by A.N. Yiannopoulos. — Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1965.
73. *Southern* Cross: Civil law and Common law in South Africa / Ed. by R. Zimmermann, D.P. Visser. — Cape Town: Juta & Co., 1996.
74. *Studies* in Legal Systems: Mixed and Mixing / Ed. by E. Örücü, E. Attwooll, S. Coyle. — The Hague: Kluwer Law, 1996.
75. *Tancelin M. A.* Introduction // Walton F.P. The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada. — Toronto: Butterworth, 1980.
76. *Tetley W.* Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified) [Електронний ресурс] // Сайт «Institute of International Commercial Law, PACE University». — Режим доступу: www.cisgw3.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html
77. *The Gradual* Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century / Ed. by B.S. Markesinis. — Oxford, New York: Clarendon Press, 1994.
78. *The Role* of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions / Ed. by J. Dainow. — Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1974.
79. *Walton F. P.* Relationship of the Law of France to the Law of Scotland // Canada Law Revue. — 1901. — Vol. 1.
80. *Walton F. P.* Historical Introduction to Roman Law. — Edinburgh, London: William Green & Sons, 1903.
81. *Walton F. P.* Scotch Marriages, Regular and Irregular. — Edinburgh: William Green & Sons, 1893.
82. *Walton F. P.* The Civil Law and the Common Law of Canada. — Edinburgh: W. Green, 1899.
83. *Walton F. P.* The Egyptian Law of Obligations. A Comparative Study with Special Reference to the French and the English Law. — Vol. 1, 2. — London: Stevens and Sons, 1920.

84. *Walton F. P.* The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada / Ed. by M. Tancelin. Toronto: Butterworths, 1980.
85. *Walton F. P., Amos M. S.* Introduction to French Law. — Oxford: Clarendon Press, 1935.
86. *Wessels J. W.* History of the Roman-Dutch Law / Introd. by M.H. Hoeflich. — Clark, N.J.: Lawbook Exchange Ltd., 2005.
87. *Wieacker F.* A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany. — Oxford: Clarendon Press, 1995.
88. *Williamson C.* The Laws of the Roman People: Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic. — Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.
89. *Zajtay I.* La reception des droits étrangers et le droit comparé // Revue internationale de droit comparé. — 1957. — Vol. 9. — No. 4.
90. *Zimmermann R.* 'Double Cross': Comparing Scots and South African Law // Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa / Ed. by R. Zimmermann, D. Visser, K. Reid. — Oxford, New York: Oxford University Press, 2004.
91. *Zimmermann R.* Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today. — Oxford: Oxford University Press, 2001.
92. *Zweigert K., Kotz H.* Introduction to Comparative Law. — 3rd ed. — Oxford: Clarendon Press, 1998.

Палмер В. В. Дві конкуруючі теорії змішаних правових систем

Анотація. Між компаративістами немає консенсусу щодо змісту висловів «змішана правова система» або «змішана юрисдикція» (вони часто використовуються як синоніми), але це питання вимагає більш пильної уваги. На жаль, класифікаційні схеми пануючого напряму порівняльного права не залишають місця для змішаних систем і практично не розкривають цю проблему. Існують, проте, дві конкуруючі теорії щодо значення і використання цих термінів. Вони дають нам різні відповіді на питання: «Що таке змішана правова система?» і «хто є юристом змішаної правової системи?».

З одного боку, вчені, які перебувають під впливом ідеї правового плюралізму, часто використовують широку концепцію змішаної системи. Її єдиним критерієм є наявність або взаємодія двох або більше видів права чи правових традицій у межах системи. Відповідно до цієї точки зору, будь-якої взаємодії права різного типу або джерел — ендогенного з екзогенним, релігійного зі звичаєвим — достатньо для визнання правової системи змішаною. Ця точка зору принципово змінює правову карту, пропоновану пануючим напрямом у порівняльному праві, й приводить до важливих висновків, які стосуються також європейських правових систем. Але на основі цієї теорії досі не вдалося згрупувати збільшену кількість змішаних правових систем в якомусь порядку, придатному для цілей порівняльного права.

З іншого боку, частина дослідників, особливо в класичних змішаних правових системах, таких як шотландська і луїзіанська, використовують обмежене і вузьке поняття змішаної правової системи. Для цілей дослідження або теорії порівняльного права вони, як правило, обмежують цю категорію системами приватного права, заснованими на загальному праві з елементами романо-германського права, та іншими спільними рисами, що випливають з цієї суміші. У цій статті простежено витоки вузького підходу і оцінюються переваги досліджень, які порівнюють ці види правових систем.

Автором зроблено спробу примирити конкуруючі теорії. Вказується на те, що класичні змішані правові системи є геном змішаного виду і що причини існування складних плюральних систем у всьому світі з різним «персональним правом» не дуже відрізняються від тих, які привели до утворення класичних змішаних систем. Стверджується, що порівняльно-правові дослідження класичних змішаних систем посилюються завдяки плюралістичній свідомості, а незахідні елементи в їх правових порядках не слід ігнорувати, наприклад, у таких країнах, як Південна Африка і Шрі-Ланка.

Ключові слова: змішані правові системи, правовий плюралізм, змішана юрисдикція, класифікація правових систем, правова взаємодія, персональне право, приватне право, романо-германське право, загальне право, римське право, правова ідентичність.

Палмер В. В. Две конкурирующие теории смешанных правовых систем

Аннотация. Между компаративистами нет консенсуса относительно содержания выражений «смешанная правовая система» или «смешанная юрисдикция» (они часто используются как синонимы), но этот вопрос требует более пристального внимания. К сожалению, классификационные схемы господствующего направления сравнительного права не оставляют места для смешанных систем и практически не раскрывают эту проблему. Существуют, однако, две конкурирующие теории относительно значения и использования этих терминов. Они дают нам различные ответы на вопросы: «что такое смешанная правовая система?» и «кто является юристом смешанной правовой системы?».

С одной стороны, ученые, которые находятся под влиянием идеи правового плюрализма, часто используют широкую концепцию смешанной системы. Ее единственным критерием является наличие или взаимодействие двух или более видов права или правовых традиций в рамках системы. Согласно этой точке зрения, любого взаимодействия права разного типа или источников — эндогенного с экзогенным, религиозного с обычным — достаточно для признания правовой системы смешанной. Эта точка зрения принципиально меняет правовую карту, предлагаемую господствующим направлением в сравнительном праве, и приводит к важным выводам, которые касаются также европейских правовых систем. Но на основе этой теории до сих пор не удалось сгруппировать увеличенное количество смешанных правовых систем в каком-либо порядке, пригодном для целей сравнительного права.

С другой стороны, часть исследователей, особенно в классических смешанных правовых системах, таких как шотландская и луизианская, используют ограниченное и узкое понятие смешанной правовой системы. Для целей исследования или теории сравнительного права они, как правило, ограничивают эту категорию системами частного права, основанными на общем праве с элементами романо-германского права, и другими общими чертами, вытекающими из этой смеси. В этой статье прослежены истоки узкого подхода и оцениваются преимущества исследований, сравнивающих эти виды правовых систем.

Автором предпринята попытка примирить конкурирующие теории. Указывается на то, что классические смешанные правовые системы являются геном смешанного вида и что причины существования сложных плюральных систем во всем мире с различным «персональным правом» не очень отличаются от тех, которые привели к формированию классических смешанных систем. Утверждается, что сравнительно-правовые исследования классических смешанных систем усиливаются благодаря плюралистическому сознанию, а незападные элементы в их правовых порядках не следует игнорировать, например, в таких странах, как Южная Африка и Шри-Ланка.

Ключевые слова: смешанные правовые системы, правовой плюрализм, смешанная юрисдикция, классификация правовых систем, правовое взаимодействие, персональное право, частное право, романо-германское право, общее право, римское право, правовая идентичность.

Palmer V. V. Two Rival Theories of Mixed Legal Systems

Summary. There seems to be no consensus among comparatists as to the meaning we should give to the expressions «mixed legal system» or «mixed jurisdictions» (they are frequently used interchangeably) but the issues at stake can be put into sharper focus. Unfortunately the classification schemes of mainstream comparative law afford almost no scope to the mixed systems and hardly venture into this subject. There are nevertheless two rival theories as to what these terms actually mean and how they should be applied. They give us different answers to the questions «What is a mixed jurisdiction and who is a mixed-jurisdiction jurist?

On the one hand, scholars influenced by legal pluralism often entertain a wide conception of a mixed system. The sole requirement is the presence or interaction of two or more kinds of laws or legal traditions within a system. According to this viewpoint any interaction of laws of a different type or source — indigenous with exogenous, religious with customary — is sufficient to constitute a mixed legal system. This view revolutionizes the legal map offered by mainstream comparative law and leads to important insights that apply to European systems as well, but it has not yet succeeded in putting the resulting proliferation of mixed legal systems into any useful order for the purposes of comparative law.

Other scholars on the other hand, particularly those inside classical mixed jurisdictions such as Scotland and Louisiana, have used a restricted and narrower notion of a mixed legal system. For the purposes of research or comparative law theory they have tended to limit this category to private-law systems based upon a core of common law and civil law elements, and other shared features stemming from this mixture. The paper traces the origins of this narrower approach and discusses the benefits of recent research comparing these kinds of jurisdictions.

An attempt is made to reconcile the rival theories and to indicate that the classical mixed jurisdictions are a genus of the mixed species, and that the raison d'être of complex plural systems around the world with various «personal laws» is not that different than the reasons which led to the founding of the classical mixed systems. It is argued that comparative law research in the classic mixed systems is therefore strengthened by plurality consciousness and non-western elements in their legal order should not be ignored, for example in countries such as South Africa and Sri Lanka.

Key words: mixed legal systems, legal pluralism, mixed jurisdiction, classification of legal systems, interaction of laws, personal law, private law, civil law, common law, Roman law, legal identity.