

ПРАВОВІ ФОРМАНТИ: ДИНАМІЧНИЙ ПІДХІД ДО ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА¹



Р. САККО
*доктор юридичних наук, професор,
дійсний член Міжнародної академії
порівняльного права,
почесний професор
Туринського університету (Італія)*

ЗМІСТ

- I. Цілі порівняльного права
- II. Порівняльність різних правових систем
- III. Мовні проблеми
- IV. У пошуках «правових формантів»
- V. «Правові форманти»: їх структура і відносини

I. Цілі порівняльного права

A. Хибна проблема цілей науки

Якщо ви запитаете астронома про цілі астрономії, його відповідь, ймовірно, повторить саме питання. Мета — це знання про природу і рух зірок. Ця відповідь цілком доречна. Мета науки — задовольнити потребу в знаннях, властиву для людини як такої. Кожна окрема наука задовольняє потребу в отриманні знань про свій окремий предмет. Правда в тому, що теоретичні знання можуть згодом знайти практичне застосування. Людина ніколи б не ступила на Місяць без астрономії. Але астрономія виміряла відстані між планетами задовго до першої висадки на Місяць. Отже, те, які саме наукові ідеї реалізуються на практиці, не впливає ані на визначення науки, ані на дійсність її висновків.

Юристи, як правило, усвідомлюють цю істину. Вони не вважають, що їх праця важлива тільки тому, що її може бути використано для досягнення тієї чи іншої практичної мети. Щодо порівняльного права, проте, застосовується інший стандарт, або, принаймні, так було тридцять років тому. Тих, хто порівнює правові системи, завжди запитують про ціль таких порівнянь. Ідея, як видається, полягає в тому, що вивчення зарубіжних правових систем є виправ-

¹ Вперше опубліковано як: Sacco R. Legal formants: A dynamic approach to comparative law (Installment I of II) // The American Journal of Comparative Law. — 1991. — Vol. 39. — No. 1. — P. 1–34. Переклад тексту з англійської і авторство анотації О. Кресіна.

даною, якщо вона спонукає до пропозицій щодо реформи національного права¹.

Це вимога жертвності як доказу легітимності порівняльного права має ряд дивних наслідків. Вона цілком відкидає цілі сфери порівняння, наприклад, юридичну антропологію. Вона спотворює важливість інших сфер. Ми маємо сказати, що молодий італійський вчений поглибив свої знання, якщо він навчається в Єльському університеті й виявляє інститути, які італійцям не завадило б наслідувати. З іншого боку, якщо молодий американський вчений вивчав італійське право і не знайшов нічого, що він вважає гідним наслідування, йому не вдалося отримати знання. Зусилля щодо виправдання порівняльного права через його практичне використання іноді межує з безглуздістю. Згідно з окремими сентименталістами, порівняння передбачає поглиблення розуміння між народами і сприяння мирному співіснуванню держав. Відповідно до цієї ідеї, державні діячі, які викликали дві світові війни, зупинилися б на порозі катастрофи, якби вони відвідували курси з порівняльного права. Наполеон сам би відмовився від своїх імперських мрій, якби він провів менше часу над розробкою кодексу, який носить його ім'я, і більше — над *gemeines Recht*, загальним правом і «Кормчою правдою».

Інші вважають, що досягнення уніформності між правовими системами різних народів є проривом, який можливий завдяки порівняльному праву². Уніформність часто описується як безперечно позитивна і, отже, гідна заохочення. Насправді як уніформність, так і особливість правових систем мають свої плюси і мінуси. Чим більша кількість особливих правових інститутів існує в певний момент часу, тим більшою є ймовірність різних типів прогресу.

У кожному разі, історія не дає жодних доказів того, що уніформність досягається через порівняно-правові дослідження. У Середні віки римське право поширилося по всій континентальній Європі, тому що іншим системам норм, з якими воно конкурувало, бракувало його якості та престижу. Юристи, які зверталися до римського права, а не до місцевих норм, не робили це внаслідок їх порівняння. У більшості випадків римські норми були єдиними, які вони дійсно знали, і їх вибір був скоріше результатом незнання, ніж порівняльного дослідження. Так само Цивільний кодекс Франції поширився по всій Європі не через порівняльне дослідження, а через пропагування ліберальних ідей, ідеал кодифікації і престиж всього французького. Порівняльне дослідження не було причиною того, що німецькі правові ідеї поширилися по всій Європі менш ніж століття пізніше. Римські, французькі й німецькі правові ідеї не могли, звичайно, проникати без деяких знань про них. Однак, просте знання цих ідей не тотожне порівняльно-правовому дослідженню. Звичайно, іноді

¹ Часткову панораму таких поглядів можна знайти у статті І. Сабо: [25, с. 163].

² Уніформізація норм — це процес, що передбачає або ухвалення законодавцями однаково сформульованої норми, або запровадження одним законодавцем однаково сформульованих норм у більш ніж одній системі. Уніформізацію слід відрізнити від уніфікації. Остання складається з створення єдиної норми, що реалізується органами влади, які належать до єдиної піраміди, висвітлюється унітарним співтовариством юристів, і розроблена для заміни розмаїття розбіжних автономних норм.

Тому, наприклад, набуття чинності Цивільним кодексом Італії у 1865 р. уніфікувало італійське цивільне право, а Женевські конвенції та уніформний закон про міжнародну купівлю-продаж товарів зробили уніформованим правовий сектор, якого вони стосувалися, не відмінюючи інші правові норми.

законодавці запозичували норму або інститут, сподіваючись, що вони згодом навчатимуться застосовувати їх належним чином.

Це не заперечує того, що порівняльно-правові дослідження можуть сприяти досягненню уніформності між правовими системами. Це дійсно так в одній ситуації, яка могла б видатися нереальною, якби не складалася насправді. Це ситуація, при якій декларується уніформність права до встановлення змісту законодавства. У цій ситуації суддя, знаючи різні чинні правові системи до того, як закон був оголошений уніформним, черпає норми з них. Прикладом є Європейське економічне співтовариство. Право, яке регулює відносини між самим співтовариством і підприємствами у його межах було проголошено уніформним. Тим не менш, договори, які встановлюють обов'язки підприємства, не визначають, що являє собою підприємство і не регулюють таких питань, як реституція грошових коштів, помилково сплачених приватними особами співтовариству. Суд справедливості створив суддівське право, взяте з різних правових систем, яке мало бути замінене уніформним правом. У такій ситуації політичне рішення вимагає уніформності, а порівняльне вивчення права робить уніформність можливою¹.

Коли порівняльне вивчення права сприяє досягненню такої уніформності, одним з головних інструментів, за допомогою якого воно це робить, — це демонстрація того, що певні відмінності між правовими системами просто є очевидними². Це є справжнім внеском, когнітивним і критичним, і в цьому сенсі «науковим». Це завдання виконується через впізнання подібностей в старому праві, а не шляхом прийняття нових уніформних норм.

Порівняльне вивчення права може допомогти не лише в досягненні уніформності, але кожного разу, коли відбувається наслідування зарубіжних правових моделей. Наслідування (імітація) зарубіжних правових моделей не повинне набувати форми глобальної рецепції як наслідок потужного політичного руху, такого як рецепція французьких моделей в Європі після 1806 р. Воно може приймати форму вибіркового прийняття окремих правових інститутів чи норм. У останньому випадку без сумніву корисно зрозуміти як зарубіжні норми та інститути, які запозичуються, так і елементи своєї власної правової системи.

Тепер ми можемо відповісти на питання про те, чи має наслідування зарубіжних правових моделей розглядатися як ціль порівняльного вивчення права. Як і інші науки, порівняльне право залишається наукою доти, доки воно продукує знання, незалежно від того, чи це знання якимось чином використовується надалі. Воно залишається наукою, коли юрист використовує його для запозичення норм або інститутів із зарубіжних правових систем. Звичайно, у такому випадку воно як наука набуває захоплюючого практичного потенціалу. Коли законодавець здійснює запозичення із зарубіжної правової системи за

¹ З цього приводу є спеціальні дослідження. Див.: [18, с. 337].

² Див. нижче. Звичайно, заперечення штучних опозицій може мати широкомасштабні практичні наслідки.

У 1977 р. тема «Нові перспективи комунітарного права Європи» обговорювалася п'ятнадцятьма юристами: [17]. Там ми виступали з темою «Загальне право Європи і його компоненти» та припустили можливість, що, покінчивши з рядом штучних опозицій, можна прийти до створення уніформованої наукової та освітньої моделей, які, у свою чергу, сприятимуть функціонуванню уніформованих норм.

допомогою складного аналізу юриста, обидва вони гідні поваги, яку ми відчуваємо до освіченої практичної діяльності. Тим не менш, ми не повинні закрити очі на те, яких чудових результатів досягло порівняльне право як фундаментальна наука: докладний аналіз відмінностей між загальним і романо-германським правом; детальні реконструкції етнічного права; глибокі оцінки трансформації афро-азіатського права внаслідок контакту з європейським правом; відмінності між правом у капіталістичних і соціалістичних країнах. Ці наукові прориви не привели до запозичення зарубіжних правових моделей, але вони, тим не менш, розширили наші знання. Ніхто ще не склав список випадків, у яких запозичення зарубіжних норм та інститутів стало можливим завдяки докладному порівняльному дослідженню. Є побоювання, що якби хто-небудь зробив це, результатом була би просто порожня сторінка. Великі рецепції — шестерні, які забезпечують рух правового прогресу — зазвичай відбуваються без попереднього порівняння або на основі поверхових порівнянь, для яких достатні елементарні знання. Яким би не був його потенціал надання допомоги при здійсненні запозичень, зазвичай порівняльне вивчення права залучається на пізнішому етапі для аналізу вже здійснених рецепцій — іноді тих, що мали місце століттями раніше.

Б. Цілі порівняльного права

Порівняльне право подібне до інших наук у тому, що його метою має бути отримання знання¹. Як і інші галузі юридичної науки, воно прагне до знання права². Порівняльне право передбачає існування різноманітності правових норм та інститутів. Воно вивчає їх з метою встановлення, якою мірою вони є однаковими або різними.

Маючи справу з відмінностями, порівняльне право подібне до порівняльного мовознавства та порівняльної етнології. У лінгвістиці порівняльні методи виявилися кращими з наявних способів для виділення структурних закономірностей, які в іншому випадку залишилися б непоміченими. Було б неправильно, проте, очікувати від порівняльних методів пояснення причин цих закономірностей. Порівняння не служать цій цілі. Мовознавство, наприклад, не пояснює, чому «корова» англійською буде «cow», а французькою — «boeuf»³.

Порівняльне право подібне до порівняльного мовознавства і в іншому відношенні. Лінгвістика є незалежною від політології та науки етики і, звичайно,

¹ Авторитетне визначення, яке повністю співзвучне цій тезі, міститься у книзі К. Цвайгерта і Х. Кьотца: «Основний об'єкт порівняльного права — як і всіх наукових методів — це знання... Порівняльне право, однак, має ще чотири специфічні практичні цілі...: порівняння надає матеріал для законодавця; воно служить в якості інструменту інтерпретації; воно відіграє важливу роль в університетському навчанні; воно має значення для наднаціональної уніфікації права» [27, с. 16–17].

² Група італійських компаративістів — «*il circolo di Trento*» («трентський гурток») — починає свій маніфест, складений у 1987 р., з наступної засадничої тези: «Порівняльне право є наукою, необхідно спрямованою на краще розуміння правових фактів. Подальші завдання, такі як поліпшення права або його тлумачення, гідні найбільшої уваги, але є лише вторинними цілями порівняльного дослідження». Маніфест підписали Ф. Кастро, П. Цендон, А. Фрігані, А. Гамбаро, М. Гуадані, А. Гварнері, П. Дж. Монатері, Р. Сакко.

³ Відмінність між поліглотом і лінгвістом може допомогти нам зрозуміти різницю між компаративістом і просто експертом з різних правових систем. Поліглот знає багато мов, але не в змозі оцінити відмінності між ними або їх порохувати. З іншого боку, лінгвіст в змозі зробити все це. Отже, компаративіст володіє набором понять і даних щодо різних правових систем і може порівняти їх, оцінити відмінності й подібності.

від наук, які не пов'язані з мовними даними. Більше того, мовознавчі дослідження не зосереджені на практичному застосуванні. У цих відношеннях порівняльне право подібне також до культурної антропології.

Ті, хто займаються порівняльним правом, не повинні відчувати себе у чомусь гіршими за тих, хто займається іншими порівняльними науками і хто, здається, здобув усе, що можуть дати порівняльні методи. Тим не менш, ті, хто використовує порівняльні методи для вивчення права, ще не усвідомили, що порівняння повинно відігравати для них таку ж роль, як і в інших порівняльних науках. Порівняння впливає зі знання про феномени, які порівнюються. Ви можете порівняти лише те, з чим ви знайомі. Те, що усвідомлюють інші порівняльні науки, і чому вони можуть навчити нас, це знання цих явищ, отримане завдяки порівнянню. Тільки шляхом порівняння ми стаємо свідомі певних особливостей всього, що ми вивчаємо. Кожний, хто має відношення до порівняльного права, знає це з власного досвіду. Саме говорячи про право своєї країни, він повинен боротися за те, щоб бути зрозумілим своєму колезі-земляку, чий інтереси обмежуються його власною системою права, і впливати на нього своїм більш складним досвідом.

Найпершою і сутнісною метою порівняльного права як науки, отже, є краще знання правових норм та інститутів. Ця ідея, звичайно, не є ані складною, ані новою. Але це не всюди вважається очевидною істиною.

Метою порівняльного права є отримання знання про різні норми та інститути, які порівнюються. Ця ціль, звичайно, відрізняється від отримання знання про одну правову систему, зарубіжну або власну. Тим не менш, знання про окремі правові системи може бути плодом порівняльних досліджень і в цьому відношенні воно також входить до цілей порівняльного права.

II. Порівняльність різних правових систем

A. Порівняльність соціалістичних і несоціалістичних правових систем

Коли відмінності між правовими системами достатньо значні, чи можна все рівно їх порівнювати? Або порівняння стає неможливим через відсутність придатних критеріїв?¹

Відповідь, яка приходить на розум спонтанно, полягає в тому, що правові системи повинні мати щось спільне, і ця однорідність робить порівняння можливим. Протягом півстоліття, однак, юристів запитували, чи є соціалістичні й несоціалістичні системи порівняними. Юристи в соціалістичних країнах відразу заперечували можливість порівняння їхнього права з буржуазним. На їхню думку, право є надбудовою, заснованою на суспільно-економічному базисі. Так як цей базис принципово змінюється, коли капіталістичне суспільство стає соціалістичним, право також повинно бути повністю змінене і стати протилежним до того, яким воно було до революції. Звичайно, на відміну від мети буржуазного права, якою є насильницьке підпорядкування експлуатованих класів волі експлуататорського класу, метою соціалістичного права є звільнення робітників від усіх форм експлуатації. Відповідно, хоча продажі, успадкування та відшкодування шкоди можуть регулюватися ідентичними нормами і

¹ Про це, серед багатьох, див. статтю М. Анселя: [3].

в соціалістичних, і у капіталістичних країнах, протилежні цілі права цих держав роблять подібності ілюзорними.

Такі заяви стали менш наполегливими після Другої світової війни. Було усвідомлено, що інститути обох типів суспільства можуть частково зближуватися. Обидва вони можуть поділяти норми міжнародного публічного права та працювати пліч-о-пліч в Організації Об'єднаних Націй. Обидва типи суспільств підписали міжнародні конвенції, спрямовані на створення уніформного права, яке, за визначенням, має бути однаковим для них обох. Капіталістичні країни запровадили в своєму праві засоби захисту інтересів робітників. Відтак було припущено, що капіталістичне і соціалістичне право може бути порівняне, принаймні зовні або в окремих сферах, хоча незнищенні відмінності щодо ролі та цілей права пронизують їх глибинні шари. Тому, незважаючи на їхню попередню невпевненість, юристи з соціалістичних країн прагнули відігравати активну роль у міжнародних порівняльно-правових інституціях, таких як Міжнародна асоціація юридичних наук, Міжнародна академія порівняльного права, Міжнародний факультет порівняльного права в Страсбурзі. У деяких соціалістичних країнах порівняльне право нині є предметом дослідження та викладання.

Твердження, що порівняння між соціалістичними та капіталістичними країнами неможливе, було піддане сумніву Т. Іонеску, А. Іонеску, А. Нашітц у Румунії. За їх словами, певні правові норми можуть пережити зміни в матеріальному базисі суспільства, адже певні правові цінності, такі як неприйняття вбивства, переживуть такі зміни. Про цю теорію буде сказано докладніше, коли будемо обговорювати запозичення із зарубіжних правових систем.

Насправді, однак, можна порівнювати правові системи країн з різними економічними основами — не тому, що ці системи є більш або менш подібними, а тому, що саме порівняння не боїться відмінностей, якими б значними вони не були. Самі юристи, які колись заперечували порівнянність капіталістичних і соціалістичних правових систем, оскільки вони є принципово відмінні, неспішно здійснювали порівняння.

Порівняння вимірює ступінь відмінностей, малих чи великих. Воно не повинно охоплювати виключно незначні чи суттєві відмінності. Воно не повинно концентруватися тільки на спільному стрижні різних правових систем або лише на їх відмінних елементах. Юристи, які заперечували порівнянність капіталістичного і соціалістичного права, припускали, що порівняння неможливе, просто тому, що ці системи видавалися несхожими. Більше того, вони недооцінювали важливість так званого «поверхневого шару» правових систем, адже були переконані, що значення має лише інфраструктура. В обох випадках їхній позиції бракувало наукової безсторонності.

*Б. Порівнянність правових систем народів, які мають писемність
і які її не мають*

Дехто заперечує проти включення юридичної антропології до порівняльного вивчення права. Одне із заперечень має своє джерело в позитивістській концепції права як породження держави. Позитивісти в цілому вважають право породженням держави через те, що європейська правова доктрина систематизувала дійсність, з якою вона зіткнулася у XIX і XX ст., саме у такий спосіб. Марксистки розглядають право як породження держави тому, що, на їх

думку, право є інструментом, який держава використовує для нав'язування волі експлуататорського класу. Норми не можуть бути правом у тому ж сенсі, коли вони знаходяться в бездержавному або безкласовому суспільстві. Таким чином, ми маємо справу або з правом, а не антропологією, або з антропологією, а не правом.

Заперечувати те, що народи, які не мають писемності, можуть мати право — це плід європейського етноцентризму. В Європі надто зручно уявляти, що право і держава збігаються. Але навіть без держави і писемності суспільства досягають ефективності соціальних норм. Не так давно марксистичні самі використовували ідею «додержавного стану» для пояснення соціальної організації за відсутності держав та класів (чіфдоми і т.д.). Ще один крок — і вони будуть говорити про «до-право» і визнають, що його можна порівняти з правом як таким.

Насправді право бездержавних суспільств має певні базові функціональні й структурні риси, спільні з правом розвинених країн. Воно підтримує певний суспільний порядок через виконання норм. Звичайно, воно має також свої особливості. Не існує організації юристів для застосування норм; існують тісні зв'язки між діючими нормами і неправовими доктринами; менша тенденція до повторюваності рішень. Коротше кажучи, складові елементи відрізняються від, наприклад, західнонімецького або канадського права. І все ж це право, оскільки воно є відповіддю суспільства на потребу в суспільному порядку. Якщо хтось вважає за краще говорити, що норми такого суспільства не є правом, він, принаймні, повинен припустити, що такі норми відносяться до більш широкої категорії, до якої також належить і право. Звичайно, не може бути жодних підстав для відмови порівнювати норми, які належать до цих двох різних підкатегорій.

Звичайно, юридична антропологія є інформативним досвідом для того, хто вивчає порівняльне право [16, с. 161, 169]. Вона вчить його цілому ряду основних істин. Почнемо з того, що компаративісту ніколи не буде спадати на думку, що єдиною причиною для вивчення зарубіжного права є вдосконалення свого національного права і що єдиною метою вивчення свого національного права є його реалізація. Навпаки, антропологія права колись надавала колоніальній адміністрації інформацію, необхідну їй для декультурації колонізованих народів і нав'язування їм європейських цінностей. Тепер, коли колоніальна епоха відійшла у минуле, антропологія претендує на нейтралітет щодо цінностей суспільств, які не мають писемності. Вона просто вивчає норми та інститути, їх подібності, відмінності й поширення. Просування цінностей не є сутнісною метою дослідження, але оскільки воно припускає декультурацію народів в ім'я європейських цінностей, то викликає підозру.

Більше того, юридична антропологія приводить дослідника до цікавих узагальнень щодо норм різних суспільств і таким чином демонструє важливість у порівняльному праві подібностей і розбіжностей між правовими моделями. Двома ключами до вивчення цих моделей є еволюція і дифузія норм та інститутів, і це є питанням, над яким будь-який студент порівняльного права може плідно роздумувати.

Насамперед антропологу права доводиться мати справу з нормами, які не були чітко сформульовані в самому суспільстві, яке їх застосовує. Відповідно, якщо він хоче пояснити свої висновки, то сам повинен встановити формулю-

вання цих норм, використовуючи точні поняття, виражені у придатній термінології. Він обов'язково використовує свої власні категорії та вирази, які є чужими для тих суспільств, які він вивчає. Проте він буде описувати норму так, як вона існує в цьому суспільстві. Його досвід легко покаже, що людські групи регулярно дотримуються певних правил поведінки, які вони не сформулювали заздалегідь. У той же час, він зрозуміє відмінність між моделлю поведінки, відображеною в нормі, яку він може сформулювати, і ментальною картиною цієї норми, яку мають люди в самому суспільстві. Це перший крок до розуміння відмінності між діючою нормою і тим, як її розуміють. Антропологи права приймають як належне, що діюча норма може відхилитися від того, як її розуміють, і все ж у розвинених країнах такі відхилення відчуває лише жменька фахівців.

Дослідники в розвинених країнах також звикли до зведення норм до такої моделі: «Якщо всі фактичні елементи ситуації А наявні, то виникають правовідносини Б». Антрополог права скоро зрозуміє, що ідентичні факти не завжди продукують ідентичні правові норми, що на результати впливають інші елементи, серед яких можуть бути магія, суспільна думка, сила суперників, педагогічні аспекти та ін.

Нарешті, юридична антропология здебільшого має справу з колишніми колоніальними країнами, в яких були запроваджені європейські норми та інститути. Їх правові системи нині адмініструються корінними мешканцями відповідних країн, але колишній правовий субстрат ще досить живий, щоб претендувати на реалізацію цих норм. Тому можна виділити і проаналізувати роль, яку відіграє автохтонний субстрат і прошарок європейського походження.

Інтерес юриста має проникати скрізь, де він знаходить норми для вивчення. Він може навіть виявляти цікавість до етології, вивчення тваринних суспільств. Насправді, дослідження таких суспільств демонструє, що певна норма і розподіл влади можуть бути нав'язані членам групи без будь-яких словесних формулювань.

III. Мовні проблеми

А. Перекладність юридичних термінів¹

Деякий час тому професор А. К. Р. Кіралфі з Лондонського університету писав статтю «Обігові кошти» для «Міжнародної енциклопедії порівняльного права». Він поширив опитувальний лист щодо цього поняття серед юристів у різних країнах. Це поняття не згадується в європейських кодексах. У той час як окремі норми за межами кодексів можуть торкатися цього предмета, відсутня загальна норма щодо обігових коштів.

Перші сім питань в анкеті А. К. Р. Кіралфі були такими:

1. В якій мірі, якщо взагалі, обігові кошти розглядаються як річ або інший об'єкт незалежно і окремо від своїх змінних складових?
2. В якій мірі, якщо взагалі, можна сказати про власність на них?
3. Хто володіє ними — керівництво чи бенефіціари?
4. Чи розглядається володіння як розподілене між ними?

¹ Щодо цієї проблеми див.: [4; 5; 24] (остання стаття є перекладом на англійську мову, оригінал опубліковано в журналі «Советское государство и право» [29]).

5. Чи відкидається поняття власності і, використовуючи термінологію загального права, чи належить право розпорядження майном керівництву, в той час як справедливий інтерес щодо майна належить бенефіціарам?

6. Якщо володіння належить виключно керівництву, чи є це повне право власності або його зміст автоматично обмежується?

7. Якщо бенефіціари не є власниками, їх інтерес є просто приватним чи він має ознаки власності?

А. К. Р. Кіралфі таким чином хоче з'ясувати, чи дійсно обігові кошти є майном, а його власником є керівництво чи бенефіціари, чи право розпорядження належить керівництву, а справедливий інтерес щодо майна — бенефіціарам, і т. д. Ці питання передбачають наявність правових інститутів, яких немає в континентальній Європі. Вони сформульовані за допомогою концептуальних опозицій, таких як право і справедливість, і, отже, права розпорядження і справедливого інтересу щодо майна, які не мають жодного континентального європейського еквіваленту. Для італійця складність опитувального листа А. К. Р. Кіралфі полягає насамперед у адаптації питань до категорій континентальної Європи. Таким чином, ми стикаємося з однією з основних проблем порівняльного права — щодо перекладу мовних висловів, які позначають правові поняття.

Слід визнати, що деякі вислови не піддаються перекладу. Питання, яке ми повинні поставити, таке: «Чи можуть деякі вислови бути перекладені?». Якщо відповідь не є категоричним запереченням, ми повинні поставити питання: за яких умов вислів може бути перекладений і коли певний переклад може вважатися правильним?

Б. Мета перекладу

Жодний народ не винаходить всі правові норми й інститути, які він реально використовує, а певні найвживаніші норми та інститути розроблено також в інших місцях. Рецепція цих норм та інститутів обов'язково супроводжується перекладом.

У Італії ми бачили, у вигляді послідовних хвиль, переклади з французької, німецької і, зовсім недавно, незалежно від питання рецепції, з англійської, російської та інших мов. Рецепція норм та інститутів спочатку з Франції й пізніше з Німеччини змусила італійців розробляти правові категорії, які повинні бути такими ж, як ті, що розроблені в цих країнах. Таким чином, італійська юридична лексика двічі підштовхувалася до необхідності це зробити. Слово «*nullità*» колись означало «недійсність» через паралель з французьким «*nullité*». Пізніше воно використовувалося для позначення того, що транзакція від початку є недійсною, через паралель з німецьким «*Nichtigkeit*». *Delitto civile i fatto illecito* є перекладами французьких термінів *delite i fait illicite; atto illecito e perекладом німецького unerlaubte Handlung. Dazione in pagamento* є паралеллю до французького *dation en paiement* і прийшло безпосередньо від латинського терміна *datio in solutum*, тоді як *prestazione in luogo d'adempimento* використовується для позначення німецького *Leistung Erfüllungsstatt*. Таким чином, італійська мова поєднує в собі дві різні правові мови, хоча багато хто нині вважає офранцузжену мову неправильною.

Не є рідкістю коли у мові поєднуються кілька юридичних мов. Французька мова, наприклад, поєднує юридичну мову Франції, Квебеку та Швейцарії.

Юридична мова Квебеку не ідентична з такою у Франції, особливо в тих випадках, у яких терміни обираються самим законодавцем. Законодавець Квебеку вирішив назвати траст *fiducie* (ст. 981 і наступні Цивільного кодексу нижньої Канади; ст. 600 і далі проекту Цивільного кодексу Квебеку). Отже, *fiducie* означає траст у юридичній мові Квебеку. Проблема є лінгвістичною, а не правовою.

Possession i possesso є французьким та італійським термінами, які використовуються, відповідно, французами та італійцями і позначають фактичну владу над річчю з наміром власника. Тим не менш, ті самі французький та італійський терміни використовуються в Швейцарії для позначення фактичної влади над річчю з розсудом власника. Німецьке слово *Besitz* використовується німцями і швейцарцями для позначення фактичної влади над річчю взагалі, але австрійці під ним розуміють владу з наміром власника (ст. 2228 і далі Французького цивільного кодексу; § 309 Австрійського цивільного уложення; § 854 і далі Німецького цивільного уложення; § 919 Швейцарського цивільного кодексу; ст. 1140 Цивільного кодексу Італії). З логічної точки зору, ніщо не заважає нам зробити висновок, що існує більш ніж одна французька мова (одна для Франції, по одній для Швейцарії, Квебеку, Конго, Сенегалу), більш ніж одна італійська мова (одна офранцузжена, одна германізована, одна для кантону Тічино), і більш ніж одна німецька мова (одна федеративно-імперська — у ФРН, одна демократична — у НДР).

Не лише два кодекси в різних країнах використовують ті ж самі слова з різними значеннями, але два кодекси в одній країні можуть надавати різного значення тим самим словам, і так само, звичайно, можуть дві статті одного кодексу, два автори доктринальних праць або двоє суддів. Слова насправді не мають абсолютних постійних значень. Кожний промовець, щоразу коли він використовує вислів, наділяє його неповторним конкретним змістом.

Виходячи з цих міркувань, ми постійно стикаємося з проблемами перекладу. Коли ми в Італії говоримо про італійське право у період з 1865 по 1942 р. — тобто між нашим першим і другим цивільними кодексами, ми повинні використовувати термінологію того часу чи замінити її нашою сучасною термінологією? [21]. Що слід робити, якщо певна термінологія колись превалювала, але не була ексклюзивною, а нині переважає інша термінологія, але також не є ексклюзивною? Як ми можемо точно виразити подібності та відмінності? Значною мірою ми просто вивчаємо практику. Ми звертаємося до італійських праць останнього століття, не перекладаючи їх на сучасну італійську. Те саме можна сказати і про паризького юриста, який звертається до літератури Квебеку, або юриста в Штуттгарті (ФРН), який звертається до лейпцігських видань (НДР).

В. Проблеми перекладу, що впливають з права

УНІДРУА є міжнародним інститутом у Римі, заснованим для сприяння уніфікації приватного права¹. У 1974 р. після успішної ініціативи в галузі міжнародної купівлі-продажу товарів, він почав розробляти міжнародний торговельний кодекс. Текст мав бути двома мовами, французькою і англійською. Три

¹ За ініціативою УНІДРУА з'явилися угоди, відомі як *LUVI* і *LUFCEVI* (уніформне право міжнародної купівлі-продажу і уніформне право щодо укладення міжнародних договорів купівлі-продажу, Гаага, 1964 р.), згодом переглянуті Віденською конвенцією 1980 р.

найбільш відомі компаративісти були обрані для розробки перших розділів: Р. Давид, Т. Попеску та К. Шміттхофф.

Стаття 2 проекту розглядала *contract i contrat*, що не є ідентичними поняттями. Реальна передача майна, передача його у заставу та договір на управління ним визначеною особою є *contrats* у Франції, але не *contracts* в Англії чи Сполучених Штатах, де вони розглядаються як *conveyances* або *trusts*¹.

Це проблеми, які не можуть бути вирішені через самий лише переклад. Англійська мова не має терміна, відповідного *contrat*, а французька — до *contract*. Щоб вирішити цю проблему, потрібний родовий термін, який би охопив їх обох, термін, який означає: «угода, предметом якої є правовідносини».

У цьому випадку, однак, значення загального терміна повинно бути уточнене. Ми повинні вирішити, іншими словами: вислів «передача не є договором» висловлює мовну чи юридичну істину. Тими, хто компетентний змінити значення слів, є носії мови або законодавець, який вирішив надати словам новий зміст і зробив це рішення явним.

Хоча різниця між *contract i contrat* впливає з відмінностей між поняттями, на щастя, ситуація не така вже й серйозна, коли правові норми відрізняються. *Obligation de donner i obligation to transfer property* є взаємозамінними мовними висловами, хоча у Франції *obligation de donner* передбачає автоматичну передачу майна (ст. 1138 Цивільного кодексу Франції), у той час як в Англії *obligation to transfer property* створює лише «справедливий інтерес» на користь одержувача. Правові норми різні, але категорії й лінгвістичні терміни для них подібні.

Ці приклади показують, що навіть коли терміни є подібними і можуть бути перекладені — як *death, mort i Tod* — не може бути однакових чинних норм². Як не дивно це звучить, протилежне також може бути правдою: чинні норми двох систем можуть бути більш подібні, ніж юридичні мови, в яких вони виражені³.

Переклад, таким чином, вимагає роботи юриста. Для перекладу треба встановити значення фрази, яка перекладається, і знайти правильну фразу, щоб висловити це значення мовою перекладу. І перша, і друга з цих операцій є роботою юриста, який є єдиною людиною, компетентною вирішувати, чи дві ідеї, взяті з різних правових систем, відповідають одна одній і чи є відмінність у нормах рівнозначною відмінності в поняттях. Перекладач, однак, має враховувати інші проблеми, які також не можуть бути зведені до знаходження кореляції між словами.

Г. Проблеми перекладу, що впливають з мови

Правова норма існує до мовної формули, яку ми використовуємо для її опису. У випадку звичаєвого права ця істина очевидна. Норма відповідним чином сформульована тільки після її вивчення професійними юристами.

¹ Так само *donation* та *contrats*, які передбачають передачу майна, є *contrats*, у той час як дарунок і зберігання не є *contracts*. Ця відмінність не має значення коли ми маємо справу з торговельним кодексом: *donation* не є комерційною угодою, а зберігання є такою тільки тоді, коли воно обтяжене, причому в останньому випадку це «операція» і, отже, воно може бути віднесене до категорії договору.

² Ці три терміни, звичайно, були більшою мірою взаємозамінними в минулому, ніж вони є нині. Юридична смерть може пов'язуватися з припиненням функціонування серця або мозку, і ця можливість вибору може призвести до диверсифікації в значенні вказаних термінів.

³ Том обіцяє передати Гаррі право власності на рухоме майно і потім, незважаючи на нікчемність цієї обіцянки і знаючи про таку нікчемність, він постачає йому те, що обіцяв. У Англії, Франції та Німеччині право власності в даному випадку вважається переданим. Тим не менш, відповідні норми виражено зовсім по-різному, і частково у формулюваннях, які неможливо перекласти.

Перекладач, однак, як видається, переймається лише висловом, який він має перекласти. Ця фраза і фраза, яку він використовує у своєму перекладі, повинні відповідати загальному поняттю.

Ця відповідність може бути або уможливлена, або ускладнена характерними рисами двох мов, з якими працює перекладач. Німецьку юридичну мову XIX ст. було легко перекладати. Пандектна школа дала їй майже ідеальний багатий набір злагоджених аналітичних понять, кожне з яких виражене одним словом і кожне слово є одним поняттям. Труднощі виникли, коли у мові, на яку перекладали, не вистачало відповідних слів. Як було — і чи було — можливо перекласти на французьку мову такі вислови, як *rechtswirksames Verhalten*, *Rechtshandlung*, *geschäftähnliche Handlung*, *Willensgeschäft*, *Willenserklärung* або *Rechtsgeschäft*? Єдиними висловами, які мають французи, є *acte juridique* (відповідний *Rechtshandlung*) і *déclaration de volonté* (відповідний *Willenserklärung*). *Rechtswirksames Verhalten* можна перекласти як *fait de l'homme*, але інші терміни, насамперед *Rechtsgeschäft*, не мають відповідного терміна французькою мовою. Проте, проблеми не є нерозв'язними. Перекладач може, наприклад, визначити точне значення німецького терміна і перекласти його як складний вислів, сформований з більш ніж одного слова.

Реальні труднощі перекладу виникають, коли відносини між словом і поняттям не ідентичні в різних юридичних мовах. Слово і поняття можуть бути пов'язані по-різному, і будь-яка теорія юридичного перекладу має це враховувати.

Важливим прикладом є використання синекдохи, мовної форми, в якій промовець посилається на частину, щоб вказати на ціле. Француз може сказати «*tourner ses épaules*» (буквально, «повернути плечі»), але це означає «повернути тіло». Англійець може перекласти це як «повертатися спиною», оскільки англійська мова дозволяє цю конкретну синекдоху. Але чи та сама операція можлива щоразу, коли ми стикаємося з синекдохою?

Ця проблема особливо цікава для юристів, тому що важлива юридична мова, французька, використовує синекдоху більше, ніж будь-яка інша [15, с. 77; 14]. У певному випадку замість усіх рис, які мають значення, вказується найбільш характерна з них. Ми бачимо цю тенденцію — на яку самі французи не дуже зважають — у визначеннях, які французькі юристи дають важливим юридичним термінам. Наприклад, договір визначається через згадку волі без згадки про необхідність її декларування чи вимоги наявності *cause* (грубо кажучи, достатньої причини для сторін виявити свою волю і для закону — поважати її). Аналогічно, правопорушення визначається через згадку вини і шкоди, але обходячи те, що поведінка заподіювача шкоди має бути не тільки негідною, але й порушувати право.

Хоча такі визначення, коли вони первинно сформульовані, є прикладами синекдохи, може трапитися, що буква визначення слідує за нею, тобто, що елемент, залишений поза визначенням, розглядається як такий, що не має значення для вирішення фактичної справи — і так синекдоха усувається. Перекладач французького тексту повинен бути готовим до таких фігур мови. Він не повинен перекладати їх так, ніби їх буквально значення є правильним.

Синекдоха і метонімія є лише виявами більш загального явища. З різних причин спосіб, у який викладені норми, може бути відмінним від того, як вони реалізуються. Проте, коли, через риторичну фігуру, наявна різниця між форму-

люванням норми та ідеєю, яку промовець хотів висловити, уважний перекладач не може її ігнорувати.

Д. Поза визначенням

У юридичній мові, як і в науковій мові загалом, категорії повинні бути визначені через всі їх конститутивні характеристики, а слова повинні відповідати категоріям. Це може бути дивно, отже, виявити, що певні юридичні терміни також мають конотації, які є сприятливими чи несприятливими, передбачають прихильність чи неприхильність, або те, що на вибір слова впливає історичне походження правової норми, або те, що використання слова має на увазі судження щодо якогось інституту.

Справа в тому, що мова права є також мовою політичної думки, в якій оціночні судження є виправданими. Слово «заощадження» має сприятливішу конотацію, ніж французьке слово «капіталізація». Тому було б неправильним перекладати «капіталізацію» як «заощадження», хоча два поняття охоплюють те ж саме явище. Навіть термінологія законодавця може відображати емоцію, моду, фобію або просто театральний спалах. Наприкінці ХІХ ст. прихильники німецького «юридичного соціалізму» критикували термінологію, використану в проекті Цивільного уложення, через її абстрактність, віддаленість від народної мови й, отже, незрозумілість масам. Коли у 1975 р. був складений проект Цивільного кодексу Східної Німеччини [6, с. 47], укладачі замінили деякі слова німецької юридичної мови неологізмами. Вони писали про *Betrieb* замість *Unternehmen*, *Gemeinschaft* замість *Gesellschaft*, *Andere* замість *Dritte* і т. ін. Так як англійське слово *enterprise* і російське слово *предприятие* завжди використовувалися для перекладу слова *Unternehmen*, все ще вважається, що їх можна використати для перекладу слова *Betrieb*.

Коли наслідуються правові норми чи інститути, іноді запозичуються й слова. У таких випадках терміни передають інформацію про це запозичення. Прикладом є дифузія у соціалістичних країнах слів, узятих з мови революційної Росії: хозрасчет, колхоз, президиум і т.ін.

Знову ж таки, як видається, у мові деякі вислови пов'язані. «Автономія договірних сторін» та «свобода договору» є синонімами, але друга фраза передбачає зв'язок зі свободою в її більш загальному сенсі. Французьке право передбачає зв'язок між «авторським правом» і «патентом», називаючи їх *propriété littéraire* і *propriété industrielle*¹.

Е. Абстрактні поняття та їх конкретне вираження

Абстрактна ідея знаходить конкретне вираження в певній юридичній мові подібно до того, як у біології генотип або особливий набір генів, виражений у фенотипі чи зовнішній формі рослини або тварини. Юрист, який займається вивченням права окремої країни, вивчає фенотип. Компаративіст має вивчати генотип, виразом якого є такий фенотип.

Наприклад, навіть у французькій, німецькій та італійській мовах слова *possession*, *Besitz* і *possesso* виражають різні абстрактні поняття. Іноді ці слова використовуються для позначення фактичної влади над річчю в поєднанні з

¹ Ст. 22 Римського договору щодо заснування Європейського Економічного Співтовариства виключає будь-який вплив Договору на систему власності. У французькій мові термін *propriété* може тлумачитися широко.

наміром власника. Вони, таким чином, контрастують з термінами *detention*, *Innehabung* і *detenzione*, які означають безпосередню фактичну владу з або без наміру власника. *Possession*, *Besitz* та *possesso*, тим не менш, іноді використовуються для позначення фактичної влади з або без наміру власника. Це демонструє, що в кожній окремій мові ми знаходимо лінгвістичну дивергенцію. Причина в тому, що німці і швейцарці порвали з римським правом, надавши захист будь-кому, хто мав фактичну владу над річчю незалежно від її статусу. Таким чином вони вирішили юридичне питання. Після цього вони не використовують слова *detention*, *Innehabung* або *detenzione* для опису такої людини, так як ці терміни передбачають менший ступінь захисту, ніж вони хотіли б надати. Людина з *possession*, *Besitz* або *possesso* традиційно була захищена навіть від такого втручання в його користування річчю, яке не позбавляє його володіння цією річчю, наприклад, від того, що юристи загального права називають незручністю. Отже, ці терміни використовувалися для позначення людини, яка повинна отримати такий захист незалежно від того, чи є вона власником. У 1975 р., однак, французький закон про операції з власністю поставив це слововживання під питання через надання засобів правового захисту тримачу речі (*détenter*) від незручностей (*complaints*)¹. Проте, захист, наданий *détenter*, все рівно не такий сильний, як той, який надається власнику (*possesseur*), адже перший не може самостійно діяти проти когось, хто має власність.

Щоб розібратися в подібних проблемах, компаративіст повинен звернутися до генотипу, до абстрактного поняття, яке виражає мова правової системи. Він зіштовхнеться з аналогічними і навіть складнішими проблемами, аналізуючи такі слова, як: *contrat*, *contract*, *Vertrag*, *contratto* або *propriété* і *ownership*, *délit civil* і *tort*.

Є. Імена і категорії

До цих пір ми розглядали іменники, які являють собою абстрактні категорії, такі як договір, воля і шкода. Проте, перекладач може також зіткнутися з словами, які, хоча вони ніби вказують на такі категорії, набули значення, тісно пов'язаного з середовищем, в якому вони використовувалися. У крайніх випадках такі слова стають ніби власними назвами, які відносяться тільки до однієї людини.

Такі слова не можуть бути перекладені. Наприклад, щоб вказати на короля Англії, француз каже *roi*, а німець — *König*, але про колишніх правителів Росії і французи, і німці кажуть *цар*, навіть якщо вони говорять про російських монархів, які прийняли офіційний титул *імператор*. У назвах почесних звань часто використовуються слова, які не може бути пояснено жодними концептуальними відмінностями: *conte* і *marchese*, *cavaliere* і *commendatore*, *licencé maître* і *docteur*². Такі терміни прижилися в багатьох мовах через їх витоки в середньовічній латині або їх історичний престиж.

У таких випадках ми бачимо явище, яке можна назвати правовим номіналізмом: ім'я превалює над змістом. Вільно кажучи, ім'я більше не вказує на ідею,

¹ Закон 75-596 від 9 липня 1975 р. Див.: [11, с. 374; 12, с. 302].

² Вони можуть, проте, призводити до проблем перекладу. Французи й італійці називають Польську державу, створену в епоху Наполеона, Великим князівством Варшавським, але самі поляки називають її *Księstwo Warszawskie* (або Князівство, Царство Варшавське) і явно засмучені лінгвістичним вибором латинських мов.

а скоріше на інше ім'я. Є багато прикладів цього. Ніхто не буде перекладати радянський термін *совет* (у сенсі політичних зборів) як *council*, хоча значення цих двох слів збігається.

У деяких випадках правовий номіналізм приписаний політичною владою. Такі випадки є дивними, тому що хоча створення правових норм є прерогативою тих, хто має владу, визначення понять, як правило, є прерогативою вчених. Тим не менш, хоча багато вчених можуть протестувати, вони не можуть ігнорувати рішення, яке ті, хто має владу, іноді приймають з приводу використання слова. Звичайно, перекладач не повинен ігнорувати той факт, що таке використання поняття є результатом політичного рішення. Наприклад, у Радянському Союзі державне підприємство володіє засобами виробництва, які воно може використати на свою користь. Західні юристи, отже, описують таке підприємство як власника або, французькою мовою, *propriétaire* цих засобів виробництва. Тим не менш, відповідно з диктатом політичної влади, радянський юрист А. Венедиктов [28] заявив, що держава володіє цими засобами виробництва, і цю заяву було повторено в цивільних кодексах, прийнятих у СРСР після появи його праці (ОГЗ, ст. 21, ГК РСФСР, ст. 94). Той, хто перекладає твердження в цих кодексах, що держава має власність на засоби виробництва, не може використовувати слова, які буквально відображають зміст цих положень. Він повинен перекласти «*собственность*» як «володіння».

Ж. Переклад і екстралінгвістичні дані

Повної перманентної відповідності між двома висловами, що належать до двох різних мов, можна досягти лише штучно. Залишаючи осторонь абсолютно штучну мову, значення слова є штучним, якщо ті, хто при владі, декларують, що слово повинно мати певне значення або що два слова матимуть однаковий зміст. Аналогічне рішення може бути ухвалено людьми, які мають чисто моральний авторитет: наприклад, учені в країні можуть вирішити, що такі й такі вислови будуть перекладом певної зарубіжної фрази.

Багатомовні тексти є, звичайно, поширеним прикладом цього явища. Якщо двомовний законодавець у Квебеку вирішує назвати певний інститут *fiducie* і *trust*, то *fiducie* означає *trust* мовою Квебеку. Інший поширений приклад відбувається з рецепцією права, коли арабська країна запозичує норми Цивільного кодексу Франції¹, Німеччина рецепіює римське право, а росіяни приймають концептуальну систему, розроблену німецькими юристами.

У випадку рецепції права перекладач має перевагу. Іноземні вислови буде перекладено за допомогою неологізмів, які створюються для відповідності поняттю, яке добре відоме тим, хто знайомий з правовою системою, яка наслідуються. Завжди буде хтось, готовий пояснити фразу юристів країни, яка наслідуює, і, отже, переклад з однієї мови на іншу буде простим. Наприклад, коли італійці почали говорити про *negozio giuridico*, визначення цього терміна було зрозуміле, адже всі знали, що цей термін був перекладом німецького *Rechtsgeschäft*. Складніше коли ті, хто говорять двома різними мовами, самостійно вирішують, які слова в їхніх рідних мовах стоятимуть за ідеєю, вираженою словом у третій мові. Наприклад, французи використовують слово *louage*,

¹ У деяких випадках можна використовувати систему комп'ютеризації даних, щоби скласти разом всі арабські вислови, що використовуються для вираження правових понять з європейської матриці. Див.: [2, с. 77].

а німці користуються словом *Miet* для вираження значення латинського слова *locatio*.

3. Верифікація

Переклади, нав'язані законодавцем або прийняті під час рецепції, є штучними. Натомість нормальний переклад просто намагається представити ідеї, виражені мовою оригіналу, без зміни в мові перекладу.

Коли вчений перекладає, він не може використовувати слово, не піддаючи сумніву кожен аспект його визначення. Якщо він не може звернутися до визначення, явно чи неявно запровадженого законодавцем або судовим правом, він повинен вирішити, як гарантувати, що слово, яке він приймає у перекладі, відповідає тому, що в оригіналі. Він може прийняти один з двох підходів.

По-перше, він може не перекладати термін. На макрорівні порівняння такий варіант поширений. Антрополог майже ніколи не перекладає. Зазвичай не перекладають: *parquet*, *trustee*, *Dienstbarkeit*, *хозрасчет*, *колхоз*, *царюца* і т. д. Або він може вибрати найближчий термін, доступний в його мові, виявити відмінності між ним та терміном у мові оригіналу, а потім пересвідчитися, що ці відмінності не мають значення з точки зору проблеми, яку він розглядає. Хоча автоматично можна було б перекласти *procureur de la République* як «окружний прокурор», *a exécuteur testamentaire* як судовий виконавець, і *servitude* як право на земельну власність, юридичний переклад дасть змогу уникнути цього. Такі терміни, як *président de la République*, *chose mobilière*, *parlement*, *личная собственность* може бути перекладено, наприклад, як президент республіки, рухоме майно, парламент і власність громадянина¹. Відмінності в конотації будуть розглядатися як якості, які не обмежують саме поняття².

По-друге, він може створити спеціальний неологізм у його рідній мові. Романські й германські мови робили так, щоб мати терміни, відповідні латиномовним. Російська зробила те ж саме з французькою й, насамперед, з німецькою юридичними мовами.

Чи перекладає вчений юрист-компаративіст, чи ні, він стикається з проблемами, як у перекладача, коли намагається зрозуміти поняття в системі понять, зовнішній щодо його власної. Йому потрібний стандарт для вимірювання відмінностей та відповідностей до понять у його власній системі, й він повинен шукати їх у чинних нормах двох систем. Якщо, наприклад, французький вчений хоче дослідити «обтяження землі», він повинен звести «обтяження» до більш елементарних понять. Припустимо, що, роблячи так, він ідентифікує поняття намірів, нерухомого майна, доходу, порушення майнових прав іншого без дозволу власника. Він може згодом виявити, що ідея намірів, яку він ідентифікував, відрізняється від його власної в тому сенсі, що її характеристики більш-менш подібні до французького поняття. Можливо, він також відкриє, що «діяти проти волі власника» означає щось інше, ніж те, що мається на увазі у французькій мові. Таким чином, виникає проблема встановлення відповід-

¹ А якщо такого терміна немає? У цьому випадку краще пояснити, ніж перекладати. Майбутнє за тими словниками, які пояснюють зарубіжні терміни мовою читача без їх перекладу. Це те, що Ф. де Франчіса зробив у його англо-італійському юридичному словнику.

² Наприклад, різний ступінь влади, який мають *Président* і *president*. Глава держави, який успадковує титул і зберігає його на все життя, очевидно, представляє відмінний концепт.

ностей між різними категоріями. Це зведення категорій однієї правової системи до категорій іншої може бути названо «верифікація».

Складність проблем, пов'язаних з юридичним перекладом, робить безпечність, з якою до нього підходять, неймовірною. Переклад важливих договорів часто доручається людям, які мають виключно літературне знання однієї з двох мов. Іноді застереження щодо вибору права посилається на правову систему з мовою, яка не відповідає тій, в якій складений договір. Або це застереження може передбачати вибір арбітра з третьої країни, і одне й те ж слово може тому мати три різні значення для трьох арбітрів.

IV. У пошуках «правових формантів»

А. Що таке «правова норма»?

Якщо йдеться про порівняння, потрібно мати об'єкти для нього. Якщо хто-небудь запитає у студентів, які вивчають порівняльне право, що вони порівнюють, найбільш очевидною відповіддю будуть «норми різних правових систем». Що ж мається на увазі під «правовою нормою»?

Було б неправильно говорити про правову норму, що діє в певній країні так, ніби існує лише одна така норма. Для ілюстрації цього розглянемо регулювання укладення колективних договорів у Італії. Ст. 39 Конституції передбачає, що «зареєстровані в установленому порядку профспілки... можуть... вступати у колективні трудові договори, які є обов'язковими для виконання всіма...» Конституційна норма, отже, полягає в тому, що профспілки можуть укласти зобов'язуючі договори з моменту реєстрації. Італійське законодавство, тим не менш, ніколи не визначало, яким чином профспілки може бути зареєстровано. Норма законодавства, отже, полягає в тому, що реєстрація неможлива, і колективні договори, отже, не є обов'язковими. Тим не менш, італійські судді послідовно реалізують договори, в які вступили профспілки. Таким чином, судова норма або судове право передбачає, що такі договори є обов'язковими. Отже, існує брак гармонії між конституційною, законодавчою і судовою нормами. Англо-американський юрист, який звик вважати судовий прецедент основним джерелом права, вважатиме дивним, що в Італії судові рішення взагалі не розглядаються як джерело права.

Отже, якщо порівнювати норми італійської та англійської правових систем, то які саме? Конституційні, законодавчі чи судові? Насправді, це неправильно вважати, що першим кроком на шляху порівняння є визначення «правових норм» країн для їх порівняння. Це є типовим поглядом недосвідченого юриста, оманливим спрощенням, яке студент порівняльного права зобов'язаний критикувати.

Замість того, щоб говорити про «правову норму» тієї чи іншої країни, ми повинні говорити про норми конституцій, законодавства, судів і, звичайно, учених, які формулюють правову доктрину. Причина, чому юристи часто не в змозі зробити це, в тому, що над ними превалює основна ідея: що в певній країні в певний момент норми, які містяться у Конституції або в законодавстві, сформульована вченими, заявлена судами, і фактично ухвалена судами, мають однаковий зміст і, отже, є тотожними.

У рамках певної правової системи юристи припускають таку єдність. Їх основна мета полягає у виявленні «правової норми» їх системи¹. Для романо-германського юриста ця єдина норма, ймовірно, міститься в кодексі. Припускається звернення до праць учених, тому що вони правильно описують норму кодексу, а рішення суддів є прикладами виконання цієї норми. Англо-американський юрист припускає, що ця єдина норма міститься в законі, або, якщо її там немає, то у рішеннях судів. До праць учених звертаються, тому що вони описують закон або судові рішення.

Тим не менш, і романо-германські, й англо-американські юристи звертаються до законів, судових рішень і думок учених у пошуку цієї єдиної норми. Таким чином, на самому початку своїх пошуків у них є не єдина норма, але розмаїття правових матеріалів. Романо-германський юрист може сказати, що ця норма впливає насамперед з кодексу; англо-американський юрист може сказати, що вона впливає із закону або з судових рішень; і все ж обидва вони пізнають їх право спочатку з книг учених-юристів. Студенти в країнах романо-германського і загального права звертаються до монографій, покажчиків, довідників, ретельно підготовлених збірників судових рішень, або принаймні до думок своїх професорів, щоб дізнатися, відповідно, про кодекс та про їх судове право. Таким чином, все, що юристи та студенти вважають істинним щодо основного джерела правової норми, вони почнуть шукати у працях учених і потім у цілому ряді інших правових джерел. Більше того, емпірично вони знають, що в деяких випадках судове право не відповідає думці вчених або законодавство не відповідає судовому праву. Наприклад, застарілий або нераціональний закон може бути замінений більш придатною інтерпретацією, розробленою суддями або професорами. Таким чином, навіть юрист, який шукає єдину правову норму і виходить з аксіоми, що може існувати тільки одна чинна норма, неявно визнає, що живе право складається з багатьох різних елементів, таких як законодавчі норми, формулювання вчених та рішення суддів — елементів, які в його власному мисленні є окремими. У цьому дослідженні ми їх називатимемо, запозичуючи це словосполучення з фонетики, «правовими формантами». Юрист, який розглядає право в межах однієї країни, аналізує всі ці елементи і потім усуває ускладнення, які виникають через їх різноманітність, щоб прийти до єдиної норми. Він робить це за допомогою процесу інтерпретації. Тим не менш, цей процес не гарантує, що в даній правовій системі виявиться тільки одна відповідна норма. Можливі різні інтерпретації, а логіка сама по собі може не вказувати, що одна є правильною, а інша помилковою. У рамках правової системи, де є розмаїття «правових формантів», немає гарантії, що вони будуть перебувати в гармонії, а не в конфлікті.

Б. Чи повинна існувати єдина норма?

У романо-германських правових системах, а також у системах загального права, коли є відповідний закон, є тенденція вважати, що воля законодавця

¹ Розглядаючи це питання з філософської точки зору, читач може висунути відносно цього розмежування заперечення, що є досить незручним для нас: у якому сенсі ми можемо говорити про «значення закону», доктринальних формул і т. д.? Якщо правда, що кожна інтерпретація закону змінює його, то настільки ж вірно, що він є первинним щодо будь-якої інтерпретації і незалежним від неї. З більш емпіричної перспективи існує більш підходяща відповідь на це заперечення: у цьому випадку необхідно розуміти вираз «значення закону» в сенсі «емпіричного буквального значення відповідно з думкою автора тексту». Якщо буквальне значення і думка автора перебувають у конфлікті, краще визнати, що перед нами два різні «правові форманти».

створює правову норму, яку наука інтерпретує, а судді реалізують. У країнах загального права, коли немає відповідного закону, є подібна тенденція думати, що єдина норма неявно присутня в судовому праві, вчені її виявляють, а судді застосовують у нових справах. Таким чином, в принципі, різні норми, які законодавці, вчені та судді пропагують або застосовують, презюмуються як ідентичні. Брак ідентичності є виною інтерпретатора.

Той, хто вивчає порівняльне право, не може так думати. Він не може відкидати зарубіжні рішення правових проблем, тому що вони впливають з «неправильних інтерпретацій». У той же час, порівнюючи кілька систем, він може бачити, що «правові форманти» в межах єдиної правової системи можуть відрізнятися.

Розглянемо, наприклад, способи, в які італійське, французьке та бельгійське право розглядає випадок, коли людина, яка вважає себе спадкоємцем, розпоряджається майном, яке вона успадкувала, і передає його на підставі договору третій стороні сумлінно і за достатнє зустрічне задоволення. Чи є цей правочин чинним, чи ні? В Італії такий правочин є чинним згідно з як цивільним кодексом (ст. 534, абз. 2), так і судовим правом. У Бельгії кодекс з цього приводу нічого не говорить, і тому питання має розглядатися на підставі загальних норм щодо власності. Так як загалом майно може бути передане лише його власником, угода не є чинною. У Франції текст Кодексу такий само як у Бельгії, але правочин вважається чинним, оскільки є різні ідеї для виправдання відходу від звичайних норм щодо власності: наприклад, ідея про те, що спадкоємець має право на управління за умовчанням.

Чи можна сказати, що бельгійське право таке ж, як італійське? Звичайно, ні: воно є повною протилежністю. Чи можна сказати, що бельгійське право ідентичне французькому? Звичайно, ні: результат на практиці прямо протилежний. Таким чином, для виявлення відмінностей і подібностей між правовими системами ми повинні враховувати як законодавство, так і судове право.

Ми не повинні думати, однак, що ми розуміємо правову систему, коли ми знаємо тільки те, як суди насправді вирішують справи. Знання правової системи вимагає знання сучасних факторів, які визначають, як справи будуть вирішені в найближчому майбутньому. Ми маємо знати не лише як суди діяли, але враховувати, що впливає на суддів. Такі впливи можуть мати різне походження. Наприклад, вони можуть виникнути через те, що вчені надали широку підтримку доктринальній інновації. Вони можуть стосуватися середовища, з якого вийшов суддя. Суддя, який прийшов з наукової роботи, як правило, більше зважатиме на думки вчених, ніж той, який завжди займався юридичною практикою. Текст закону є одним з таких впливів, навіть якщо попередні судові рішення його не враховували. Завжди існує ймовірність того, що суд повернеться до букви закону.

В. Узгодженість «правових формантів»

Припустимо, що ми маємо дізнатися, як дві різні правові системи вирішили якусь проблему, наприклад, проблему відповідальності виробника неякісної продукції за шкоду, заподіяну комусь окрім прямого покупця. Припустимо, що ми виявили, що відповідне законодавство у цих двох правових системах однакове. Тоді ми маємо виявити, судді обох систем застосовують однакові чи різні норми. Якщо вони застосовують однакові норми, причиною може бути те, що

ці норми насправді впливають із законів. Якщо ж вони використовують різні норми, буде ясно, що самі лише закони не відповідають за норми, яким слідує судді. Тоді ми маємо запитати: що, якщо не закон, може впливати на суддів? Порівняльний метод, таким чином, забезпечує перевірку тверджень юристів певної правової системи, що їх метод спирається виключно на логіку та дедукцію. І справді, порівняльний метод може показати нам реальну цінність багатьох дискусій щодо теорії юридичної особи, принципу автономії волі, природи власності та ін. Порівняльний метод може, таким чином, становити загрозу для будь-якого процесу правового мислення, який не використовує порівняння. Загроза є найбільш безпосередньою для тих «наукових» методів правового мислення, що не перевіряють себе практикою, але формулюють визначення, підтримані лише їх узгодженістю з іншими визначеннями. Руйнуючи висновки, досягнуті за допомогою цих методів, порівняння може стати більш певним альтернативним методом.

Г. Порівняння: історична наука

Порівняння визнає, що «правові форманти» в правовій системі не завжди уніформні й, отже, між ними можливе протиріччя. Принцип несуперечливості, фетиш національних юристів, втрачає будь-яку цінність в історичній перспективі, а порівняльна перспектива є насамперед історичною¹. З цієї точки зору, будь-яка модель є істинною, якщо вона дійсно існувала. Будь-яка модель, яка є фактично істинною, настільки ж легітимна, як і будь-яка інша, яка також фактично істинна. Якщо розглянути Цивільний кодекс Франції в історичній перспективі, ми побачимо, що покоління Луї-Філіппа дало йому одну інтерпретацію, в той час як покоління Ж. Клемансо дало іншу². У той час як кожен інтерпретатор, звичайно, стверджуватиме, що всі попередні інтерпретації є

¹ Ми побачили, що юрист «однієї системи» встановлює ці асиметрії по відношенню до можливих помилок інтерпретатора. Але опозиція між істинною та помилковою інтерпретаціями — це розкш, яку компаративіст не може собі дозволити. Юрист однієї правової системи заповнює розрив між ідеєю (право вимагає єдиної правильної інтерпретації) і фактом (наявність численних інтерпретацій), роблячи вибір, який його особисті преференції змушують вважати правильним. Тим не менш, компаративіст, який ніколи не буває хорошим суддею на зарубіжному ґрунті, відмовляється освятити ту чи іншу інтерпретацію як правильну і не вірить жодному критерію, який не є об'єктивним; більше того, він повною мірою усвідомлює, що будь-яка інтерпретація, зроблена юристом, є справжньою інтерпретацією. «*Verum ipsum factum*» є критерієм, який надихає компаративіста у його аналізі. Так як компаративіст не надає переваги одній правовій системі порівняно з іншою, так само він не надає переваги тому чи іншому «правовому форманту» даної системи, ані одній чи іншій рисі, яку він знаходить у межах даного «правового форманту». У «Трентському маніфесті» (про нього див. вище) є теза, яка звучить так: «Особлива користь порівняльного знання правових систем полягає в перевірці узгодженості різних елементів, присутніх у кожній системі після їх розпізнавання і розуміння. Зокрема, воно перевіряє, чи нераціоналізовані норми, присутні в кожній системі, сумісні з теоретичними положеннями, розробленими, щоб зробити чинні норми зрозумілими».

² Значної кількості помилок можна було уникнути, якщо б при вивченні французького права власності в ХІХ ст. перевага не надавалася риторичі письменників і загальним визначенням Цивільного кодексу, і якщо б усвідомлювалося реальне значення конкретних норм, що містяться в кодексі й у спеціальних законах та підзаконних актах. Див. про це: [8]. У «Трентському маніфесті» дві тези (друга і п'ята) звучать так:

«Друга теза: немає порівняльної науки без вимірювання відмінностей і подібностей між різними правовими системами. Прості культурні екскурси або паралельна експозиція сфер не є порівняною наукою».

«П'ята теза: розуміння правової системи не є монополією юристів, які належать до цієї системи. Навпаки, юрист, який належить до даної системи, хоча, з одного боку, має перевагу через володіння великою кількістю інформації, з іншого боку, має більший, ніж будь-який інший юрист,

неправильними, було б абсурдним для студента порівняльного права бути втягнутим до цієї безкінечної полеміки. З його перспективи всі альтернативні рішення є істинними і реальними, за винятком, можливо, тих, що містяться в занадто нервовій відповіді студента на іспиті.

Порівняльний метод, таким чином, є опозицією догматиці. Порівняльний метод заснований на фактичних спостереженнях функціонування елементів певної правової системи. Догматичний метод заснований на аналітичному мисленні. Порівняльний метод розглядає те, яким чином у різних правових системах юристи працюють з конкретними нормами і загальними категоріями. А догматичний метод пропонує абстрактні визначення¹.

V. «Правові форманти»: їх структура і відносини

A. Важливість судового права

У країнах романо-германського права використання порівняльного методу розвивалося паралельно із зростанням уваги до судового права. Порівняльне право є історичною наукою, яка вивчає реальне право. Воно відповідає критерію Дж. Віко: *verum ipsum factum*. Тому, для компаративіста природно спрямувати свою увагу на судові рішення. Зокрема, в Італії використання порівняльних методів призвело до переоцінки ролі судового права. Це призвело до визнання того, що суди насправді слідують деяким чинним нормам, які відсутні в Цивільному кодексі.

Ця увага до судового права, однак, існує серед тих, хто використовує будь-яку недогматичну методологію. Екзегетичний, історичний, раціональний і соціологічний методи, а також правовий реалізм мають справу з реальністю і, отже, визнають важливість судових рішень. Література щодо ролі судового права розвинулася, особливо в Італії, так, як це було б немислимо п'ятдесят років тому. Було б несправедливо заперечувати, що порівняльні дослідження сприяли цьому феномену. Водночас, було б безглуздо вважати його продуктом лише порівняльних досліджень.

Навпаки, було б помилкою зводити порівняльний метод до дослідження судових справ. Студент порівняльного права абсолютно свідомий того, що судові рішення має різне значення в країнах, де право засноване на прецеденті, ніж у тих, де воно ґрунтується на законі.

Прикладом того, що порівняльні методи можуть відкрити через увагу до судових справ, є результати, яких Дж. Горла досяг у своєму дослідженні договорів [9; 10]. Він порівняв роль відшкодування в англійському праві з *cause* у французькому та італійському праві. *Cause* означає, грубо кажучи, хороший привід для сторін укласти договір, а для права — його реалізувати. Згідно з французькими та італійськими кодексами і науковими доктринами, договір повинен мати *cause*, щоби бути примусово виконаним. Дж. Горла показав,

недолік, який полягає в припущенні, що теоретичні формулювання, присутні в його системі, повністю узгоджуються з чинними нормами цієї системи».

¹ Це вчення йде від Дж. Горла. Третя теза «Трентського маніфесту» стверджує: «Порівняння звертає свою увагу на різні явища правового життя минулого або сьогодення, розглядає правові положення як історичні факти, в тому числі ті, що сформульовані законодавцями, суддями і науковцями, і так верифікує те, що дійсно відбулося. У цьому сенсі порівняння є історичною наукою».

однак, що примусове виконання договору за французьким та італійським судовим правом залежить не від присутності або відсутності *cause*, а від присутності або відсутності жорсткого *cause*. Суди сприймають відсутність *cause* або наявність ліберального *cause* однаково. Цікаво, що цей результат сам Дж. Горла так не формулював.

Відкриття Дж Горла щодо значимості наявності або відсутності ліберального *cause* стало можливим завдяки виявленню ним факту, що *cause* є імпліцитним у французькій та італійській правових системах і явним в англо-американській системі. Як це часто буває, модель, яка розглядається, є явною в одній системі, й присутньою, але неявно, в іншій.

Праця Дж. Горла вказує на важливість розмежування між нормою, виголошеною судом, і нормою, яку він фактично застосовує, або, як сказав би англо-американський юрист, між ствердженням судом певної норми та вирішенням справи, тобто, фактами, на основі яких суд доходить певного результату.

Б. Розвиток фактологічного підходу: корнелльські дослідження

У країнах з романо-германськими правовими системами право традиційно пояснюють через те, що законодавець приймає закон, учений розкриває його зміст, а судді, за допомогою своїх висновків, дають закону точне застосування своїми рішеннями. Ми бачили нереальність цього погляду. Чи можемо ми зробити висновок, що ця точка зору є абсолютно помилковою? Чи можемо ми сказати, що закон або аргументація, вказана судом, є правовими квітами без стебла або коріння, не мають відношення до реального чинного права? Коли питання задається таким чином, ясно, що відповіддю буде «ні».

Закон ще не є все право. Визначення правових доктрин учених ще не є все право. Так само ним ще не є вичерпний список усіх аргументів, наведених для рішень, прийнятих судами. Щоби побачити все право, слід знайти відповідне місце для закону, дефініції, аргументації, рішення і т. ін. Ще точніше, слід визнати всі «правові форманти» системи й визначити точний обсяг кожного з них. Слід уникати оптичної ілюзії, викликаній перебільшенням більш загальних виявів права, широкими визначеннями і нехтуванням конкретними діючими нормами, яким фактично слідує суди. До того ж, необхідно уникнути помилки перспективи, яка робить більш абстрактні юридичні висновки невидимими.

Потреба визнати різноманітність «правових формантів» і їх справжніх ролей ілюструється корнелльськими дослідженнями щодо формування договору, колективним проектом під керівництвом Р. Шлезінгера, який залишив по собі монументальне зібрання фактів [7; 23]. Попередньою проблемою, яку довелося вирішувати Р. Шлезінгеру, було те, як отримати зіставні відповіді на питання, які він хотів задати про різні правові системи. Відповіді мали стосуватися ідентичних питань, однаково інтерпретованих усіма респондентами. Більше того, кожна відповідь мала бути самодостатньою. Було неможливо використовувати відповіді, які потребують подальшої інтерпретації, і тому відповідь мала описувати норми якомога докладніше.

Професор Р. Шлезінгер тому повинен був сформулювати кожне питання, зважаючи на всі відповідні обставини в будь-якій з досліджуваних правових систем, щоб бути певним, що ці обставини буде розглянуто при аналізі кожної

порівнюваної системи. Відповідно, загальні норми, ідентично сформульовані, але здатні продукувати різні результати, не розглядалися як однакові.

Інше і більш важливе завдання також було вирішене. Часто обставини, які діють явно і офіційно в одній системі, офіційно ігноруються і вважаються невідповідними в іншій, і все ж у цій іншій системі вони діють таємно, беззвучно ковзаючи між формулюванням норми та її застосуванням судами. Особливістю роботи, зробленої в Корнеллі, було те, що юристам було запропоновано думати явно про обставини, які мають значення, змусивши їх відповідати на однаково сформульовані питання.

Рішення, яке прийняв Р. Шлезінгер щодо цих проблем, є найважливішим методологічним елементом всього дослідження. Проблема полягала в тому, щоб сформулювати питання в однаковий спосіб для індійця, іспанця, поляка, німця, норвежця і т.д. Для того, щоб зробити це, не можна було використовувати абстрактні категорії, які не використовуються повсюдно: наприклад, оферта, акцепт, договір. Представники від кожної національної правової системи мали побачити в цих абстрактних термінах ідеї своєї власної системи, або, що ще ближче, власної доктринальної школи. Щоб отримати узгоджений результат, кожне запитання було сформульоване як фабула судової справи. Справи були взяті не тільки з англо-американських, а й з германських правових систем. Французькі та італійські справи не використовувалися, тому що виклад цих справ часто недостатньо чітко відображає факти.

Цей фактологічний підхід, таким чином, передбачав запитування респондентів щодо результатів, яких могло б бути досягнуто в результаті розгляду окремих справ, а не щодо доктринальної системи. У тій мірі, в якій результати цих справ є однаковими, вони можуть містити неявну систему. Хоча фактологічний підхід є протилежністю методу, який концентрується на системі.

Робота в Корнеллі зустрілася не лише зі схваленням, а й з критикою, особливо з боку Д. Теллона. Він заявив, що, оскільки Р. Шлезінгер представляє країну (США) з правовою системою, заснованою на прецедентному праві, він, по суті, розглядає системи романо-германського права як також засновані на судовому праві. Р. Шлезінгер, однак, не просив юристів з країн романо-германського права забувати, що їх власне право зазвичай керується більш систематичною роботою вчених. Він просив їх лише застосувати своє право до певних конкретних проблем. Респондент був вільний відповісти на питання, звертаючись до статті цивільного кодексу, закону чи наукової літератури. Він міг посилатися на ці джерела при поясненні своєї відповіді¹.

На нашу думку, робота в Корнеллі стала важливим кроком у історії порівняльного методу і, можливо, правового методу в цілому. Презумпція узгодженості між «правовими формантами» кожної системи вже не була сама собою зрозумілою. Як тільки було визнано, що ці елементи можуть бути неузгодженими, було визнано також, що національний юрист сам не може судити про їх узгодженість. Таке судження потребує роботи, заснованої на фактологічному методі.

У Корнеллі юрист, який доповідав щодо певної національної правової системи, звичайно, обирався з відповідної країни. Тим не менш, метод дослідження унікав ризиків, які зазвичай супроводжують такі паралельні колективні

¹ На нашу думку, в Корнеллі деякі юристи з країн романського права надавали забагато уваги «системі», тоді як інші надмірно наголошували свіже судове право (див.: [23]).

презентації інформації. Як правило, при паралельній презентації вважається, що тільки юрист з країни, яка розглядається, посвячений у знання своєї правової системи, а також, що ця посвята необхідна і достатня не лише для знання кодексів, наукових праць і судового права в цій системі, а й для судження про узгодженість кодексу — висновків на основі кодексу і судових рішень, які мають на увазі його застосування. Дослідження в Корнеллі вчать нас, що для того, щоб мати повне знання права країни, ми не можемо довіряти тому, що говорять юристи з цієї країни, адже можуть існувати значні розриви між діючими нормами і тими, які стверджуються.

Робота в Корнеллі виявила також інше явище. Часто респондент мав відповіді на питання щодо своєї правової системи, яке жодного разу не запитувалося раніше. В результаті доповіді в Корнеллі дали зовсім іншу картину права, ніж монографії щодо досліджуваних країн.

В. Особливості деяких «правових формантів»

У рамках кожної правової системи співіснують різні «правові форманти», які можуть перебувати, а можуть і не перебувати в гармонії один з одним. Це, як видається, є доведеним фактом. До цих пір, проте, ми не пояснили, якими ці «правові форманти» можуть бути.

Важливими елементами, про які ми поки не говорили, є аргументи та висновки суддів та науковців. Як би дивно це не звучало, аргументи суддів і вчених є «правовими формантами», відмінними від їхніх висновків. Аргументи мають власне життя, незалежне від висновків, які вони мають підтримувати.

Розглянемо, наприклад, французьку правову норму про те, що людина, яка вважає себе спадкоємцем і діє сумлінно, може здійснити законну передачу майна [22, с. 273]. Цей висновок обґрунтовується юристами, які розглядали його, у різні способи:

- 1) це стосується всіх спадкоємців;
- 2) істинний спадкоємець мовчазно призначає індосанта своїм агентом;
- 3) це «явна власність»;
- 4) істинний спадкоємець створив би ризик для інших через свою інерцію.

Висновком є те, що французька правова система значною мірою незалежна від аргументів, які її пояснюють. Тим не менш, не можна зробити висновок, що аргументи не мають значення. Вони є самостійними «правовими формантами» французького права. Правові системи, де однакові висновки обґрунтовуються різними аргументами, не можуть розглядатися як ідентичні. Наприклад, якщо передача вважається законною в силу мовчазного повноваження, існуватиме тенденція розглядати передачу через норму щодо мовчазного повноваження. Нові норми, що регулюють повноваження, можуть бути застосовані до людини, яка вважає себе спадкоємцем. Тому потрібно включати аргументацію норм до «правових формантів» французької правової системи. Іншими прикладами були б аргументація французьких юристів щодо дарування, здійсненого шляхом простої передачі, повернення грошових коштів, сплачених помилково, і так далі.

Пропозиції щодо права, які висунуті в якості висновків учених, законодавців або суддів, є іншим правовим формантом. Різні форми, яких вони можуть набувати, ще недостатньо вивчені. Іноді ці висновки, як видається, пояснюють юридичний термін. Вони, як передбачається, пов'язують термін з його право-

вими наслідками. Наприклад, терміном можуть бути «батьки» або «члени парламенту», а правовими наслідками можуть бути «вони мають право управляти майном своїх неповнолітніх дітей» або «вони мають право приймати правові норми». Юристи вставляють твердження в середині: наприклад, «батьки представляють своїх неповнолітніх дітей», або «члени парламенту представляють націю». Ці твердження не є самі діючі норми. Вони мають на увазі пояснення діючих норм. Тим не менш, ми не повинні вважати їх непотрібними. Вони можуть впливати на спосіб, у який діючі норми, які вони прагнуть роз'яснити, розуміються й тлумачаться. Таким чином, вони також входять до числа правових формантів системи.

Може видаватися дивним, що деякі пояснення такого роду зроблені законодавцем. Його робота, зрештою, створювати норми, а не пояснювати їх. Проте, коли законодавець описує і класифікує, він визначає терміни, а іноді й пояснює їх значення. Часом, звичайно, ці визначення чи пояснення суперечать діючим нормам. Іноді вони зайві в тому сенсі, що самої діючої норми достатньо для вирішення справ. Тим не менш, пояснення законодавця мають офіційний характер і, отже, можуть справляти вплив. Навіть якщо визначення не має прямого зв'язку з вирішенням справ, воно має рекомендаційний характер, який може впливати на інші аспекти правової системи.

Декларативні твердження часто роблять явною ідеологію, чи то ідеологія, яка насправді надихає розглянуту систему, або так є на думку влади, або влада хоче, щоб народ вважав її надихаючою. У країнах романо-германського та загального права декларативні твердження часто робляться відповідно до природно-правових засад. Декларативні заяви, наприклад, можуть стверджувати, що договори укладаються за взаємною згодою, в той час як чинна норма вимагає не лише згоди, а й підстави чи приводу для їх примусового виконання (див., наприклад, ст. 1376 Цивільного кодексу Італії). Або, наприклад, у країнах загального права існують декларативні твердження, що власність передається з волі сторін, у той час як діючі норми вимагають додаткового елементу: наприклад, відшкодування, доручення або, щодо нерухомого майна, передання. Часто декларативні твердження є синекдохою, риторичною фігурою, яка, як уже згадувалося раніше, вказує на один необхідний елемент без згадки інших.

Декларативні заяви набувають особливого значення в соціалістичних правових системах [6; 1, с. 123]. Від самого початку радянська влада показала дивовижну схильність робити такі заяви, які є нейтральними по відношенню до чинних норм, але виявляють ідеали і прагнення можновладців. Одне з найбільш фундаментальних положень радянського права є декларативним: що засоби промислового виробництва належать державі. З точки зору чинних норм, майно розділене і перебуває у руках держави і підприємства¹. У несоціалістичних країнах декларативні заяви найчастіше зустрічаються в базових законах, таких як конституції і кодекси.

Твердження, які є «правовими формантами» системи, рекомендаційні чи ні, можуть не мати строго юридичного характеру. Вони можуть бути пропозиціями філософії, політики, ідеології або релігії. Було б так само важко пояснити

¹ Праця А. Венедиктова, на яку ми ще раз посилаємось, має основоположне значення для розуміння цієї проблеми. Див. також відновлення дискусії під час «Празької весни» в збірнику конференції в Трємещо в 1968 р.: [19; 26].

канонічне право без поняття про Бога, як пояснити радянське право без ідей К. Маркса, Ф. Енгельса та В. Леніна. Це було б не тільки важко, але й невідповідно і несправедливо. Чи строго юридичні, чи ні, пропозиції, які є одним з правових формантів системи, можуть бути істинними або хибними. У цьому відношенні вони відрізняються від діючих норм, які є просто імперативними. Декларативні пропозиції несуть особливу небезпеку, заохочуючи помилкове розуміння того, що робить правова система, навіть якщо таке розуміння іноді вітають ті, хто робить відповідні заяви. Наприклад, у ст. 1321 Цивільного кодексу Італії йдеться про те, що договір є угодою, тобто, що він складається з двох воель. Ст. 1333 говорить, що в деяких випадках договір може бути сформований навіть якщо offerant мовчить. Юристи пояснили, що в таких випадках мовчання вважається волевиявленням. Це пояснення є декларативним у тому сенсі, що воно приліплене до чинних норм, які насправді не пояснює. До того ж, воно є суперечливим і, як і будь-яке інше протиріччя, помилковим.

Г. Наслідки дисгармонії між «правовими формантами»

Перелік правових формантів та їх значущість дуже різняться від однієї системи до іншої. У деяких сферах англійського права закони повністю відсутні. Народи без писемності можуть не мати явно сформульованих норм, корпусу судового права або наукових праць. Щодо деяких галузей конституційного права відсутня судова практика.

Порівняна значущість правового форманта залежить від його здатності впливати на інші. Ця здатність відрізняється від однієї правової системи до іншої. Це є характеристикою правової системи, яку важко висловити словами, важко оцінити, але яка безперечно має величезне значення. Наприклад, наукові праці були набагато більш важливими у Німеччині між 1880 і 1900 рр., ніж у Франції. Судове право було більш важливим у Франції, ніж у Італії. Ідеологія вплинула на наукову літературу набагато більше в соціалістичних країнах, ніж будь де.

Більше того, дисгармонія між одним та іншим правовими формантами в одній правовій системі може бути більшою чи меншою, або менш важливою. Наприклад, дисгармонія між Цивільним кодексом та його інтерпретацією дуже значна у Франції і набагато менш помітна в Німеччині. У дуже компактній системі правові форманти близькі один до одного.

Юрист, який має справу з чужою системою, часто має проблеми сприйняття правових формантів, які не існують в його власній системі. Англо-американські юристи, наприклад, не помічають ідеологічні твердження в соціалістичних правових системах і, отже, правові категорії, які соціалістичні юристи створюють на основі своєї ідеології. Французький юрист, який намагається зрозуміти німецькі наукові праці, іноді уявляє, що це вид (бідної) філософії, позбавленої інтересу для юриста.

Д. Дисгармонія між «правовими формантами» і знання права

Тепер ми можемо побачити, що було б спрощенням сказати, що закони, наукові праці та судові рішення є правовими формантами системи. До правової системи входить набагато ширше коло потенційно суперечливих елементів.

Закони, як ми побачили, можуть містити не тільки чинні норми, але й пояснення, які в деяких випадках є лише декларативними. Законодавець може

зробити декларативну заяву про те, що суверенітет належить народу і законодавча влада має обиратися на основі загального виборчого права, і все ж прийняти норму, що позбавляє права голосу деяких повнолітніх громадян. Так само він може проголосити, що договір являє собою угоду і всі угоди мають виконуватися, водночас ухвалюючи норму, яка забезпечує виконання тільки тих договорів, які засновані на *cause* або відшкодуванні.

Знову ж, як ми бачили, рішення суду може вказати на певну норму навіть при тому, що суддя неявно слідує іншій нормі. Більше того, судові рішення може містити ті ж різноманітні елементи, які ми бачили в законах, такі як пояснення норм, які можуть бути, а можуть і не бути декларативними [20].

Наукові праці можуть приймати різні форми. Вона може бути есеїстичною: представляти оригінальну ідею і прагнути переконати читача у її цінності. Або вона може бути дидактичною: посібником для студентів. У кожному разі, праця буде часом інформативною, часом переконуючою. Наука, яка спрямована на переконання, буде постійно супроводжуватися аргументами, які, як ми бачили, починають жити своїм власним життям і стають самостійними «правовими формантами». Незалежно від того, чи наукова праця має за мету інформувати, чи переконувати, вона зазвичай містить приклади. Приклади теж можуть набути власного впливу і так стати автономним «правовим формантом», оскільки з прикладів можна вивести норму, не ідентичну тій, щодо якої вчений мав намір нас інформувати або переконати.

Ми не будемо намагатися скласти список всіх «правових формантів», можливих у правовій системі¹. Ми хотіли підкреслити, проте, що є суттєва відмінність між тими правовими формантами, які самі є правилами поведінки, та іншими, які розроблені з метою забезпечення абстрактних формулювань або обґрунтувань норм і поведінки. І ті, й інші можна побачити в роботі законодавців, учених і судів.

Ми також хотіли б підкреслити, що ці «правові форманти» можуть розходитися між собою. Тільки досвід дає змогу оцінити масштаб цих розбіжностей. З часом абстрактні формулювання і обґрунтування можуть пристосуватися до норм і так розрив між ними може бути зменшено. Але ці елементи можуть співіснувати і без звуження розриву. Звичайно, існує ряд технік, які юристи використовують, щоб запобігти припиненню цього розриву. Наприклад, вони створюють «незаперечні презумпції». Ще більш поширеними, як уже зазначалося, є декларативні заяви, за допомогою яких певна подія розглядається як своя протилежність — як тоді, коли мовчання офертанта називається декларацією його згоди.

(Далі буде)

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Ajani G.* The Supremacy of Statutory Law in Socialist Systems. Scholarly Opinions and Operative Rules // *Review of Socialist Law*. — 1985. — Vol. 2.
2. *Aluffi Beck Peccoz R.* Verso il riordinamento del lessico giuridico arabo. Il progetto iura islamica informatica // *Rivista diritto civile*. — 1985. — No. 1.
3. *Ancel M.* La confrontation des droits socialistes et des droits occidentaux // *Legal theory, comparative law. Théorie du droit, droit comparé : Études en l'honneur du professeur Imre Szabó / ed. by Z. Péteri*. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1984.

¹ Дослідження багатьох «правових формантів», включених у правило прецеденту в американському праві, див. у: [13].

4. *Beaupré M., De Groot H., Sacco R.* La traduction juridique // Les cahiers de droit. — 1987. — Vol. XXVIII.
5. *Beaupré R.M.* Construing Bilingual Legislation in Canada. — Toronto: Butterworths, 1981.
6. *Crespi Reghizzi G., De Nova G., Sacco R.* Il 'Zivilgesetzbuch' della Repubblica Democratica Tedesca // Rivista di diritto civile. — 1976. — Vol. XXII. — No. 1.
7. *Formation of contracts, a study of the common core of legal systems / ed. by R.B. Schlesinger.* — Vol. I. — Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1968.
8. *Gambaro A.* Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà. — Milan: Giuffrè, 1975.
9. *Gorla G.* Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. In 2 vols. — Milan: Giuffrè, 1954.
10. *Gorla G.* Le Contrat dans le Droit Continental et en particulier dans le droit Français et Italien. — Turin: Institut Universitaire d'études Européennes de Turin, 1958.
11. *Goubeaux V. G.* L'extension de la protection possessoire au bénéficiaire des détenteurs // Defrenois. — 1976. — No. 6.
12. *Guarneri A.* Una legge francese sulle azioni possessorie // Rivista diritto civile. — 1980. — No. 1.
13. *Mattei U.* Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America. — Milan: Giuffrè, 1988.
14. *Monateri P. G.* La sineddoche : formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti. — Milano : A. Giuffrè, 1984.
15. *Monateri P. G.* Règles et techniques de la définition en France et en Allemagne // Revue Internationale de Droit compare. — 1984. — Vol. 36. — No. 1.
16. *Negri A.* Il giurista dell'area romanista di fronte all' etnologia giuridica. — Milano: Giuffrè, 1983.
17. *New perspectives for a common law of Europe. Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe / Ed. by M. Cappelletti ; foreword by M. Kohnstamm.* — Leyden ; London [etc.] : Sijthoff ; Bruxelles : Bruylant [etc.], 1978.
18. *Pescatore P.* Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres // Revue Internationale de Droit comparé. — 1980. — Vol. 32. — Iss. 2.
19. *Rossi G.* Autonomia contrattuale delle imprese di stato soggette al piano // Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. — 1969. — Fasc. 1–2.
20. *Sacco R.* La massima mentitoria // La giurisprudenza per massime e il valore del precedente: con particolare riguardo alla responsabilità civile : atti del Convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di giurisprudenza in collaborazione con la rivista «Contratto e impresa» : Genova, 11 e 12 marzo 1988 / a cura di G. Visintini. — Padova : CEDAM, 1988.
21. *Sacco R.* Modèles français et modèles allemands dans le droit civil italien // Revue Internationale de Droit comparé. — 1976. — Vol. 28. — No. 2.
22. *Sacco R.* Un cryptotype en droit français: la remise abstraite? // Etudes offertes à R. Rodière. — Paris: Dalloz, 1981.
23. *Sacco R.* Un metodo di lavoro nuovo: il seminario di Cornell // Rivista diritto civile. — 1972. — Vol. II.
24. *Strashun B. A.* Translating political and legal terminology // Soviet Law and Government. — 1982. — Vol. 21. — No. 1.
25. *Szabó I.* Les buts et les méthodes de la comparaison du droit: Rapport généraux au neuvième Congrès international de Droit comparé. — Budapest : Institut des Sciences juridiques et politiques de l'Académie des Sciences de Hongrie, 1974.
26. *Szirmai Z.* Natura del diritto dell'impresa di stato sui mezzi di produzione // Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. — 1969. — Fasc. 1–2.
27. *Zweigert K., Kötz H.* Einführung in die Rechtsvergleichung. — 2nd ed. — Vol. I. — Tübingen: Mohr, 1984.
28. *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность / отв. ред. В. К. Райхер. — М. ; Л. : Издательство АН СССР, 1948.
29. *Страшун Б.* Перевод политико-правовой терминологии // Советское государство и право. — 1981. — № 6.

Сакко Р. Правові форманти: динамічний підхід до порівняльного права

Анотація. Автор відстоює ідею, що єдиним мірилом цінності науки є не практична користь від неї, а її здатність продукувати знання, незалежно від того, чи це знання якісь чином використовується надалі. Метою ж порівняльного права є отримання знання про різні норми та інститути, які порівнюються. Обґрунтовується, що предметом порівняльного права є все право як таке; заперечується ідея щодо непорівняльності, тобто непридатності порівняльної методології для пізнання якихось правових масивів, що має світоглядний чи політичний підтекст — пошук єдиних чи відмінних елементів у праві. Наголошується на проблемах пізнання права, які можна вирішити насамперед завдяки інструментарію порівняльного права. Зокрема, це стосується розуміння юридичної мови

та визначення її генотипу. Також автор доводить недостатність системного підходу до розуміння національного права: норми у різних джерелах права, а також ненормативні правові і неправові елементи не складаються в одну несуперечливу ієрархічну систему, не формують єдиної норми з кожного конкретного питання, а є сукупністю взаємодіючих і конфліктуючих «правових формантів» (термін запозичено з фонетики). Тому розгляд права однієї країни, імпліцитно спрямований на зведення його до певної несуперечливої системи на основі теоретичної інтерпретації, за евристичним потенціалом поступається порівняльному розгляду, яке заперечує інтерпретаційну інженерію «правильного права», а натомість пропонує інтерпретаційну реконструкцію реального права в його різноманітності й суперечливості, не теоретично констатує, а відтворює механізми його функціонування. Таким чином, порівняльне право є перспективною альтернативою, з одного боку, теоретичного пізнання, а з іншого — обмеження досліджень правом однієї країни. Автор вважає, що підхід правових формантів дає змогу набагато точніше виміряти ступінь подібності (і спільності) та відмінності певних правових систем, ніж традиційний системний підхід, а також розширити розуміння феномену права як такого.

Ключові слова: правові форманти, юридична мова, правова система, правове наслідування, методологія порівняльного правознавства, порівняльно-правове пізнання, предмет порівняльного правознавства.

Сакко Р. Правовые форманты: динамический подход к сравнительному праву

Аннотация. Автор отстаивает идею о том, что единственным мерилем ценности науки является не практическая польза от нее, а ее способность продуцировать знания, независимо от того, используется ли это знание каким-то образом в дальнейшем. Целью же сравнительного права является получение знания о различных нормах и институтах, которые сравниваются. Обосновывается, что предметом сравнительного права есть все право как таковое; отрицается идея о несравнимости, т.е. непригодности сравнительной методологии для познания каких-либо правовых массивов, которая имеет мировоззренческий или политический подтекст — поиск единых или отличных элементов в праве. Отмечаются проблемы познания права, которые можно решить в первую очередь благодаря инструментарию сравнительного права. В частности, это касается понимания юридического языка и определения его генотипа. Также автор доказывает недостаточность системного подхода к пониманию национального права: нормы в различных источниках права, а также ненормативные правовые и неправовые элементы не составляют одну непротиворечивую иерархическую систему, не формируют единую норму по каждому конкретному вопросу, а являются совокупностью взаимодействующих и конфликтующих «правовых формантов» (термин заимствован из фонетики). Поэтому рассмотрение права одной страны, импліцитно направленное на сведение его к определенной непротиворечивой системе на основе теоретической интерпретации, по эвристическому потенциалу уступает сравнительному рассмотрению, которое отрицает интерпретационную инженерію «правильного права», а взамен предлагает интерпретационную реконструкцию реального права в его разнообразии и противоречивости, не теоретически констатирует, а воспроизводит механизмы его функционирования. Таким образом, сравнительное право является перспективной альтернативой, с одной стороны, теоретического познания, а с другой — ограничению исследований правом одной страны. Автор считает, что подход правовых формантов позволяет гораздо точнее измерять степень сходства (и общности) и различия определенных правовых систем, чем традиционный системный подход, а также расширить понимание феномена права как такового.

Ключевые слова: правовые форманты, юридический язык, правовая система, правовое подражание, методология сравнительного правоведения, сравнительно-правовое познание, предмет сравнительного правоведения.

Sacco R. Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law

Summary. The author argues the idea that the only measure of the value of a science is not a practical use of it, but its ability to produce knowledge, regardless of whether this knowledge is used in some way in the future. The goal of comparative law is to obtain knowledge about the different rules and institutions that are compared. Substantiated that the subject of comparative law is all law, denied the idea of incomparability, unsuitability comparative methodology for the cognition of any legal massive, because that idea has ideological or political subtext — search for common or different elements in laws. Emphasis is placed on the problems of knowledge of law that can be solved primarily by tools of comparative law. In particular, it concerns with an understanding of legal language and determining its genotype. Also, the author proves insufficiency of the systematic approach to understanding the national law: rules of different sources of law, as well as non-normative legal and non-legal elements that do not add up to a consistent hierarchical

system, do not form a single norm of each issue, and is a set of interacting and conflicting «legal formants» (the term borrowed from phonetics). Therefore, consideration of the law of one country, implicitly aimed at its reduction to a consistent system based on theoretical interpretation, for heuristic potential yield comparative cognition, which denies interpretative engineering of «proper law», but instead offers interpretative reconstruction of real laws in their diversity and contradictions, not in theory statements, but reproduces the mechanisms of its functioning. Thus, comparative law is a promising alternative, on the one hand, to the theoretical knowledge, and on the other — the restriction of legal studies to one country. The author believes that the approach of legal formants allows much more precise measurement of the degree of similarity (and community) and differences in legal systems than the traditional systematical approach, and expands understanding of the phenomenon of law as such.

Key words: legal formants, legal language, legal system, imitation of law, the methodology of comparative law, comparative legal knowledge, the subject of comparative law.

Книжкова полиця

Проблеми регулювання приватноправових відносин в умовах регіональних та глобальних трансформацій : монографія / О. Д. Крупчан, С. П. Рабінович, А. С. Довгерт [та ін.] ; за заг. ред. акад. НАПрН України О. Д. Крупчана. — К. : Ред. журн. «Право України», 2013. — 252 с. — (Наук. зб. «Академічні правові дослідження». Дод. до юрид. журн. «Право України» ; вип. 1).

Колективну монографію присвячено дослідженню як приватноправових, так і публічно-правових механізмів, спрямованих на регулювання суспільних відносин, пов'язаних із зовнішнім правовим, економічним, соціокультурним простором в умовах сучасних трансформацій.

Увагу сфокусовано на природно-правових принципах і конструкціях в європейських кодифікаціях цивільного права, розвитку науки та джерел міжнародного приватного права в Україні, порівняльному аналізу в аспекті тлумачення правочинів у європейському контрактному праві та договірному праві України, сучасному стані та тенденціях розвитку колізійного регулювання майнових відносин подружжя, регіональних угодах як правових механізмах зовнішньоекономічної політики у контексті принципів і норм Світової організації торгівлі, системі гарантування зобов'язань установ, проблемних положеннях українських двосторонніх угод про захист інвестицій. Результати монографічного дослідження можуть бути використані в діяльності органів законодавчої та виконавчої влади України, суб'єктів підприємництва, створюють сприятливе підґрунтя для здійснення подальших наукових розробок, є корисними для громадян, які цікавляться питаннями міжнародного приватного та публічного права.

