

ПРАВО В КНИГАХ, ПРАВО І РЕАЛЬНІСТЬ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ПЕРСПЕКТИВА¹



А. ВАТСОН

*доктор юридичних наук,
почесний професор-дослідник
Університету Джорджії (м. Афіни, США),
професор Единбурзького університету
(Велика Британія)*

Я вважаю себе порівняльним істориком права і досліджую широкий спектр проблем у сфері приватного права — у часі й просторі. Мої загальні висновки, розвинуті протягом тривалого часу, стосовно права в суспільстві, зводяться насамперед до трьох пов'язаних між собою тез і полягають у наступному:

1. *Перший висновок:* влада не дуже зацікавлена в розвитку права, і особливо приватного права. Як правило, вона залишає це підлеглим нормотворцям, яким однак не дає повноважень для ухвалення правових актів. Наприклад²:

А) великі римські юристи з II ст. до н. е. до близько 235 р. н. е., яким дуже зобов'язане сучасне приватне право, були приватними особами, хоча багато хто, наприклад Юліан, Павел, Ульпіан і Папініан, були й високопоставленими посадовими особами. Але інші, такі як юрист Гай, відомий своїм елементарним підручником римського права, такими не були. Значна частина з їх праць увійшла до візантійських Дигест Юстиніана (533 р. н. е.) і так збереглася до сучасності.

Б) великі юристи, пов'язані з ранньою та фундаментальною рецепцією римського права, починаючи з XI ст., глосатори і постглосатори, такі як Ірнерій, Аккурсіус, Балдус і, найвідоміший з усіх, Бартоло, були університетськими професорами.

Паттерн вже починає з'являтися: право живе довгий час після смерті праводавця, і на територіях, віддалених від місця його діяльності. І воно продовжує процвітати навіть у зовсім інших умовах і навіть не зважаючи на неправильне його застосування. Наприклад, Ордонанс Філіппа, проголошений Філіппом II

¹ Друкується за першим виданням: *Watson A. Law in Books, Law and Reality: a Comparative Law Perspective / Watson A. Comparative Law: Law, Reality and Society.* — Beograd: Univerzitet u Beogradu, 2007. — P. 1–12 [Електронний ресурс] // Сайт «Alan Watson Foundation». — Режим доступу: http://www.alanwatson.org/law_reality_society.pdf. Пізніше цей текст було включено як передмову до книги: *Watson A. Comparative Law: Law, Reality and Society.* — Lake Mary, FL: Vanderplas Publishing, 2007. — 257 р. (друге вид. — 2008 р., 306 с.; третє вид. — 2010 р., 322 с.). Переклад з англійської О. Кресіна.

² Я не давав посилання до прикладів, які взяв з моїх попередніх праць. Крім того, мета цього тексту полягає у встановленні сцени для подальшого викладу.

(Іспанія) для Португалії під іспанським пануванням, і підтверджений Хуаном IV у 1643 р., надав нормативної сили висновкам Бартоло. Цей Ордонанс застосовувався у португальських колоніях і залишився чинним навіть коли Бразилія стала незалежною в 1822 р.

В) розвиток англійського права, який був здебільшого справою суддів, завданням яких було знайти право, а не його створювати, немислимий без «Коментарів до законів Англії» У. Блекстона (вперше видано у 1765–1769 рр.), складених, коли він (з 1758 р.) став першим професором загального права в Оксфордському університеті.

Рецепція англійського права в США після здобуття незалежності так само немислима без цих «Коментарів». Були, звичайно, численні їх американські видання зі значними змінами, — які не слід применшувати, — але У. Блекстон залишився Блекстоном.

Доступна структура «Коментарів» У. Блекстона була предметом жвавої дискусії, але їх причина проста. «Коментарі» слідували не дуже вдаль реконструкції Інституцій Юстиніана авторства Діонісія Готофреда (1549–1622). Д. Готофред звів матеріал у таблицю зі з'єднувальними лініями. У. Блекстон зробив те саме. Це ще один приклад прямого запозичення.

Можливо, ще більш показовий приклад виживання норм — це відомий «Вступ до англійського права» У. Гілдерта (вперше видано у 1911 р.; останнє видання — 1995 р.). Він також слідує структурі Інституцій Юстиніана:

- 1) статутне і загальне право;
- 2) загальне право і право справедливості;
- 3) інші складові англійського права (відповідає §§ 1.1–1.2 Інституцій);
- 4) особи та особисті відносини (§§ 1.3–1.26);
- 5) власність (§§ 2.1–2.25; 3.1–3.12);
- 6) договори (§§ 3.13–3.29);
- 7) правопорушення (§§ 4.1–4.5); §§ 4.6–4.17 Інституцій щодо судового процесу не мають еквівалента у «Вступі» У. Гілдерта;
- 8) злочини (§ 4.18). Навіть у межах глави порядок норм може слідувати Інституціям. Так, глава 5 починається з концепції власності, розпорядження, володіння і закінчується спадкуванням. А §§ 2.1–3.12 Інституцій починаються з поділу речей і закінчуються спадкуванням.

Західне право неможливо уявити без внеску вчених, які писали без повноважень від держави.

2. *Другий висновок:* навіть коли з'являються видатні законодавці, вони рідко зацікавлені у переданні якогось соціального поштовху або хоча би досягненні певності права.

А) Мойсей і десять заповідей. Мойсей є лідером, який опинився в серйозній біді з своїм народом, який був на межі бунту. Більше того, його власний вітчизняний сказав йому, що його знесилює вирішення судових справ, і що з Божою допомогою він повинен присвятити себе важливішим справам (Вихід 18.13 і далі). Бог приходив на допомогу Мойсею і дає йому десять заповідей або десять слів (Вихід 20.1 і далі). Примітно, що Бог дає заповіді особисто Мойсею і далеко від народу (Вихід 19.10 і далі).

Світські правові норми у цих заповідях є банальними: не убий, не зраджуй, не кради. Яке суспільство — крім стародавньої Спарти з узаконеними в ній крадіжками — не мало таких норм? Якщо говорити більш конкретно, то ці зло-

чини не визначені. Але що означає вбивство, злодійство чи перелюб? Якась точність необхідна, але не дана. Але якщо немає точності, то навіть проголошувати заборону перелюбу і крадіжки? Зрештою, вони, до певної міри, охоплені останньою заповіддю. Подружня зрада і злодійство є крайніми випадками жадання дружини або чогось, що є у ближнього твого.

Навіть релігійні заповіді тут залишають бажати кращого. Не працею у сьомий день. Але праця не визначена. Що є працею? Нам не говорять. У результаті не є сюрпризом нескінченні дискусії фарисеїв і рабинів. У суботу «ти не маєш виконувати жодної роботи — ти, твій син або твоя дочка, раб або рабиня, твоя домашня худоба, або прибулець, що мешкає в твоєму місті». Існує очевидне упущення: «твоя дружина». Їй дозволяється працювати в суботу? Було б дуже зручно, якби вона працювала! Хтось потрібен для тлумачення заповідей, але нікого не призначено.

Б) Величезна кодифікація Юстиніана, *Corpus Iuris Civilis*. Вона складається з чотирьох частин: Інституції (533) є елементарним підручником, який має силу закону і призначений для студентів-юристів першого року навчання; Дигести (533) є великою колекцією текстів класичних юристів; Кодекс (друге видання у 534 р.) є зібранням постанов імператора; і Новели, наступні ухвали Юстиніана.

Головною турботою в часи Юстиніана, і самого Юстиніана, була релігія. Яка форма християнства мала бути прийнята, які доктрини є еретичними, ставлення до євреїв. Проте, у всьому тексті Інституцій та Дигест немає жодної згадки про Ісуса, апостолів, святих або батьків церкви. Бог згадується тільки один раз в Інституціях наприкінці тексту (§ 4.18.12). Юстиніан дав дуже короткий огляд прокуратури, яка посилиться, зазначав він, з Божою допомогою, з подальшим вивченням Дигест. Останні дванадцять разів згадують слово «Бог», але щодо жодного з цих випадків ніхто не може сказати, чи це Бог християн, чи старі язичницькі божества. Кодекс є більш християнським (і антисемітським). Але є одна важлива деталь. Інституції були предметом вивчення на першому році навчання, Дигести — на другому, третьому і четвертому. Кодекс вивчався лише на п'ятому році навчання. Але цей рік був додатковим!

Юстиніан не осучаснив право язичницьких латиномовних юристів класичного Риму для християнських грекомовних юристів зовсім іншого Константинополя. І економічні умови суттєво змінилися в ці часи. А якщо б Дигести були грецькою мовою, а не латиною, вони ніколи б не могли мати такий значний вплив у Західній Європі.

Ще один приклад з багатьох. Давньоримський кодекс 451–450 рр. до н. е., Дванадцять таблиць, містить положення *Si aqua pluvia nocet* («Якщо дощова вода завдає шкоди»). Воно було предметом інтенсивного обговорення юристів починаючи принаймні з II ст. до н. е. аж до III ст. н. е., і є предметом розгляду в Дигестах (39.3). Одне питання було вирішене: санкції не накладаються, якщо потік води на землю сусіда було зменшено, або якщо збитки спричинила не вода, а її брак. Але які роботи на вашій землі могли збільшити потік води на мою землю, що може привести до санкції щодо відновлення статус-кво? Юристи у цьому не дійшли згоди. Жодних законодавчих актів не слідувало, юридичні суперечки не врегульовані, навіть у часи Юстиніана, враховуючи різні кліматичні умови Візантії. І звичайно — чому я й обрав цей приклад —

кодифікацію Юстиніана було прийнято у Франції. Р. Потьє (1699–1772)¹ прийняв її в повному обсязі й не наводить жодних інших джерел у своїй праці. І до неї аж до розробки Французького цивільного кодексу 1804 р. жодних змін так і не вносили.

3. *Третій висновок*: правові трансплантанти. Запозичення — це найменування юридичної гри і найважливіший засіб правових змін. Те, що це так часто упускається з виду, може бути пояснено тільки крайнім упередженням, викликаним такими ідеями, як «право — це дух народу» або «право відображає структуру влади правлячого класу». Але у попередніх двох висновках трансплантанти з'являлися майже в кожній обговореній ситуації. Тому я обмежуся лише двома прикладами.

Але перш ніж я перейду до них, я хотів би зупинитися на переплетенні чинників, що формують право в суспільстві. Дещо про це переплетення я вже вказував:

а) відсутність інтересу з боку влади до правотворчості, особливо у сфері приватного права;

б) принципово важлива роль допоміжних правотворців, які, втім, не мають повноважень ухвалювати правові акти;

в) довголіття правових норм або в тому ж, або у зміненому контексті, або в іншій державі. Це є очевидним.

Право, як ми його знаємо, немислиме без цих чинників. Ми прийшли нарешті до двох прикладів правових трансплантантів, які проливають ще більше світла на переплетення чинників правового розвитку.

По-перше, звернімо увагу на перші плоди спроби кодифікації права в Пруссії у часи короля Фрідріха Великого. «*Das Project des Corpus juris Fredericiani, d.h. S. M. in der Vernunft und Landes verfassungen gegründetes Landrecht, worin das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges Systema nach denen dreuen Objectis juris gebracht*» було опубліковано в Галле у 1749–1751 рр. Сам по собі переклад назви проекту правового акту повчальний: «Проект Корпусу права Фрідріха, тобто земське право Його Величності, засноване на розумі й земських конституціях, у якому римське право приводиться в природний порядок і правильну систему відповідно з його трьома об'єктами права». Тобто, він проголошує чинним *ius commune*², і це відображено в порядку Інституцій Юстиніана. Відсутня спроба сформулювати нове право, спеціально пристосоване для прусських земель. Насправді з деяких положень передмови, особливо 15, 22, 23, 28, стає зрозумілим, що для укладачів поштовхом для створення «Проекту» було невдоволення не змістом *ius commune*, а труднощами встановлення права через незадовільне впорядкування *Corpus Juris Civilis* (окрім Інституцій), а також через розмаїтість праць щодо нього пізніших юристів. У другому розділі частини 1 книги 1 Фрідріх стверджує з жалем, що германські імператори, коли вони рецепіювали римське право, не завжди його систематизували. Головні наміри Фрідріха — принаймні так, як вони були сприйняті

¹ Робер Жозеф Потьє (9.01.1669–2.03.1772) — французький юрист, фахівець з римського права. Його дослідження були спрямовані, зокрема, на виправлення та впорядкування текстів Дигест. Автор «Пандектів Юстиніана, впорядкованих у новому порядку» (Париж, 1748–1752) та ін. праць. — *Прим. перекладача*.

² Лат. — загальне право, спільне право. У тогочасному контексті — римське право. — *Прим. перекл.*

його знаменитим канцлером, С. Цоцеї, — найкраще можна виявити за цим основним мотивом проекту. Те, що через Семирічну війну він так і не набрав чинності (що розглядається, наприклад, Ф. Уїкером скоріше як позитив), для наших цілей не є суттєвим. Фрідріх Великий сформував нове покоління юристів і філософів, яке пізніше здійснило успішну кодифікацію, але з іншою метою.

Інший приклад пов'язаний з Атаюрком, який прагнув у багатьох відношеннях реформувати та модернізувати життя Туреччини (і був у цьому дуже успішним). Він оприлюднив у 1926 р. Цивільний кодекс Туреччини (*Türk Kanunnu Medenîsi, ТКМ*), який увібрав практично повністю два швейцарські кодекси, *Schweizerisches Gesetzbuch (ZGB)* і *Obligationenrecht*. Туреччина того ж року ухвалила свій Торговельний кодекс, який представляє собою компіляцію принаймні дюжини зарубіжних законів, а також (у 1929 р.) Морський кодекс, який є перекладом Книги 4 Торгового кодексу Німеччини (*Handelsgesetzbuch*).

Турецький Міністр юстиції того часу, М. Е. Бозкурт у ювілейному збірнику юридичного факультету Стамбульського університету з нагоди 15-річчя Цивільного кодексу пояснив причини кодифікації. По-перше, турецька правова система була відсталою і примітивною. Тут діяло три види релігійного права — мусульманське, християнське та іудейське, кожне передбачало відповідне судочинство. Тільки зобов'язальне право, «*Mecelle*», і право власності на нерухоме майно були спільними для всіх. (Якщо можна вставити коментар, я не вважаю ознакою відсталості наявність окремих норм і судів для вирішення справ щодо сімейного права та наслідування. На практиці й в унітарній системі права сім'ї обирають таку свою структуру, яка відповідає їх віруванням). По-друге, така різна система правосуддя, з трьома видами права, що застосовувалося за допомогою трьох видів судів, не може відповідати сучасному розумінню держави та її єдності.

Третє і найважливіше: щоразу коли Туреччина вимагала скасування умов капітуляції від переможців Першої світової війни, ті відмовлялися, посилаючись на відсталий стан турецької правової системи та її пов'язаність з релігією. Коли врешті за Лозаннським мирним договором умови капітуляції були скасовані, турки взяли на себе зобов'язання сформувати абсолютно нову систему юстиції в рамках нової правової системи, з новими законами і судами. М. Е. Бозкурт писав, що, одним словом, система повинна була бути «світською».

Взяті турками на себе зобов'язання повинні були бути виконані якнайшвидше. Під час Першої світової війни в Стамбулі вже були створені й почали працювати комісії для розробки законів. Результати їх діяльності було розглянуто в 1924 р. За сім-вісім років вони розробили лише двісті статей проекту Закону щодо зобов'язань, розділи щодо спадкування, опіки, укладення і розірвання шлюбу до проекту Цивільного кодексу, сімдесят-вісімдесят статей проекту Кримінального кодексу; навіть розробку Земельного кодексу ще не було завершено. Зрештою, після розгляду різних правових систем, практично в повному обсязі було прийнято два швейцарські кодекси.

Хоча мотивація у цьому випадку відрізнялася від більшості попередніх рецепцій — різка модернізація суспільства, а не заповнення прогалів у праві — у інших відношеннях турецька рецепція була на них схожа. Оскільки створен-

ня нового автохтонного права складне, набагато простіше запозичувати в існуючої, більш розвиненої системи, яка може бути використана в якості моделі — насамперед коли система-донор має кодифіковане право.

До цього часу, звичайно, різні чудові кодекси могли б стати такою моделлю; повсюдне захоплення викликали насамперед французький, німецький і швейцарський. Чому було обрано швейцарське законодавство? На це питання давалися різні відповіді, з них три видаються мені найважливішими: швейцарські закони були найсучаснішими; Швейцарія була нейтральною під час війни, в той час як французьке законодавство належало колишньому ворогу, а німецьке — переможеному союзнику; М. Е. Бозкурт вивчав право в Швейцарії, а тому саме швейцарське право було найбільш йому відоме. Е. Е. Хірш, німецький вчений, який був професором торговельного права в Стамбулі й Анкарі у 1933–1952 рр., вважав принципово важливим саме останній чинник. У будь-якому разі, немає жодних підстав думати, що так чи інакше швейцарське право було більш придатним, ніж французьке чи німецьке, для такого суспільства, яким хотіла стати Туреччина.

Турки не прийняли деякі швейцарські норми взагалі та змінили інші. Наприклад, у Швейцарії передбачалася спільність майна подружжя (*ZGB*, ст. 178), а у Туреччині це відокремлене майно (*ТКМ*, ст. 170); право вдови на узуфрукт у Туреччині є меншим (*ТКМ*, ст. 444 § 2), ніж у Швейцарії (*ZGB*, ст. 462 § 2), судове розлучення у Швейцарії може бути проголошене у будь-який час (*ZGB*, 147 § 1); безпідставна відсутність одного з членів подружжя у Швейцарії може стати причиною розлучення після двох років (*ZGB*, ст. 140), а в Туреччині — після трьох місяців (*ТКМ*, ст. 132); мінімальний шлюбний вік у Швейцарії — двадцять років для чоловіків, вісімнадцять — для жінок (у виняткових випадках — вісімнадцять і сімнадцять років), а у Туреччині — вісімнадцять років для чоловіків, сімнадцять — для жінок.

Частину норм були випадково неправильно перекладено й в результаті вони не завжди збігалися з нормами нації-донора. Іншим при перекладі навмисно було надано іншого значення. Треті залишаються мертвою буквою, адже не мають предмета прикладення в турецьких умовах. Турецькі суди, наповнюючи норми певним змістом через тлумачення, зазвичай, але не завжди, слідуєть інтерпретації швейцарських судів. Знову ж, багато норм мають різну суспільну цінність у цих двох країнах, як мінімальний шлюбний вік або вимоги щодо розлучення.

Нарешті, Атаюрк хотів, щоби рецепція була дуже швидкою, але вона, як у випадку з римським правом та іншими системами, є повільним процесом, а швидкість і ступінь її успіху (він ніколи не буде повним) залежатимуть від реальних обставин. Будь-яке нове право, яке є результатом масивної трансплантації, має бути вивчене суддями та іншими юристами, а також звичайними людьми, перш ніж стане ефективним. У випадку з Туреччиною, де нова правова система настільки відрізнялася від того, що було раніше, але була настільки прив'язана до європейських моделей, рішенням проблеми було «імпортувати» зарубіжних професорів з Німеччини та Швейцарії, зокрема, А. Б. Шварца і Е. Е. Хірша, щоб навчати новому праву, і направити юристів-початківців і професорів права вивчати право в Європі. Крім того, деякі аспекти традиційного суспільного життя, такі як шлюб, повільно реагують на тиск нового права, особливо в сільській місцевості.

Примітно, що в збірнику статей, приуроченому до 30-ї річниці турецької кодифікації, наголошувалося на мірі, в якій рецепцію не було «сприйнято», тоді як в іншому збірнику в ознаменування 50-ї річниці цих подій зазначається, що рецепція сприймається, але підкреслюється, що цей процес має перманентний характер, і те, що вона не є і не буде завершеною. У 1956 р. К. Ліпштейн описував ступінь сприйняття обов'язковості світського шлюбу в Туреччині так: «розчаровує, якщо не сказати більше». У 1978 р. Дж. Старр повідомила, що в одному з сіл, яке вона вивчала, вона знайшла мало свідчень того, «що сільські жителі [взагалі] дбають про одержання державного свідоцтва про шлюб».

Успіх або частковий успіх трансплантації швейцарських правових ідей до Туреччини дає багато для розуміння того, що відбувається, коли менш «сучасна» або менш «розвинена» система вступає в інтенсивний контакт зі складною сучасною системою. Ці відкриття стануть ще яскравішими, якщо відзначити, що Є. Губер, який практично сам відповідав за *ZGB*, сказав: «Закон повинен бути даний як вираження думки народу. Розсудлива людина, яка читає його і розмірковує над епохою та її потребами, повинна відчувати, що закон був даний йому як слова народу». А В. Россель заявляв, що «у той час як про Кодекс Наполеона кажуть, що він є «писаним розумом», ми прагнули працювати згідно з почуттям національного духу, заради підвищення, наскільки це можливо, морального рівня нашого права, і були б раді, якщо колись про Швейцарський цивільний кодекс скажуть, що він якоюсь мірою є писаною мораллю». Той самий В. Россель добре розумів, що відмінності між законами різних швейцарських кантонів не можна пояснити релігією, економікою, мовою або «расою».

Таким чином, швейцарська кодифікація за задумом тих, хто над нею працював, мала бути писаною моральною свідомістю швейцарського народу. Довільні норми кантонального права повинні бути усунені федеральним законом, відповідним умовам Швейцарії. Підкреслювалася «швейцарськість» кодифікації.

Але швейцарську кодифікацію за кілька років майже в повному обсязі змогла перейняти Туреччина, країна з абсолютно іншими історією, правовою традицією, релігією, культурою, економікою, політичним устроєм, географічними та кліматичними умовами. Туреччина у часи Ататюрка є яскравим прикладом не лише правової трансплантації, а й революції в праві. Модифікацій змісту запозичених текстів було небагато і вони незначні. Але те, що кидається в очі, що два швейцарських кодекси розглядалися їх творцями як специфічно швейцарські, відповідні швейцарським національному духу і моральній свідомості.

Проте, в контексті турецького сімейного права, Н. У. Гюрпінар стверджував, що «Крім іншого, після революції в Туреччині існувала нагальна необхідність створити право, відповідне принципам молодій Турецькій Республіки. Таким для цивільного права став Цивільний кодекс Туреччини, взятий зі Швейцарії». А в більш загальному контексті, після пояснення потреби у сучасному турецькому кодексі, Б. Н. Есен писав: «Така насправді була ситуація. Швейцарія завжди була і залишається територією еталонної демократії. Як держава з довгим демократичним минулим, Швейцарія особливо підходила для того, щоби виступити як модель цивільного кодексу. Туреччина не вагалася ані секунди. І в 1926 р. швейцарські Цивільний кодекс і Закон про зобов'язання були прийняті з невеликими змінами як закон держави. Якщо ці кодекси іно-

земного походження використовуються в Туреччині протягом чверті століття без найменшої складності, то це свідчить про те, що вони точно відображають духовні прагнення суспільства, ідею права і справедливості у місці, в якому вони інтерпретуються і застосовуються».

Таким чином, що стосується приватного та торговельного права, лідер революції, який прагнув демократії в Туреччині, міг побачити майже точно те, що йому було потрібно, в кодексах, що були орієнтовані на зовсім інші умови Швейцарії. Я не в усьому згодний з Б. Н. Есенем. Створення цивільного кодексу для Туреччини було складним. Такою була модель, яка запозичувалася. Швейцарське право не було легко сприйняте на практиці. Я не вірю, що швейцарський кодекс точно відобразив сподівання чи потреби турецького суспільства.

* * *

Для мене прикладом практичної значущості моїх ідей є переклад на сербську мову моєї книги «Правові трансплантанти» у 2000 р. Ця робота нині є третьою складовою обов'язкового курсу вступу до права на першому курсі навчання в Белградському університеті, а дві інші частини взяті з Т. Моммзена і Г. Мена. Професор права Белградського університету С. Аврамович написав мені, що на підсумковому іспиті більшість студентів написали відповіді на основі моєї праці. Він стверджує, що це дуже важливо, адже белградські студенти незабаром стануть суддями і законодавцями Сербії. Існували загальне переконання, писав він, що запозичення права з інших країн є ознакою неповноцінності, й відповідна обережність щодо нього. Але, за його словами, я показав, що запозичення права є практично всесвітнім явищем, і, отже, повністю респектабельним для Сербії.

Звичайно, стверджується, що правове запозичення є дуже вибіркоким, а відповідно, що запозичене право теж відображає суспільство. Я, звичайно, згоден з тим, що запозичення є вибіркоким. Але ця селективність не може прирівнюватися до пошуку норм, які найбільшою мірою відповідають соціальним, економічним, політичним умовам держави, яка це запозичення здійснює. Часто право запозичується лише тому, що воно існує. Серед чинників цього:

- 1) закон нав'язується окупантами, а зберігається навіть тоді, коли окупація закінчується;
- 2) доступність зарубіжного законодавства через те, що його створено зрозумілою багатьом мовою або воно існує в придатній для використання формі, як Інституції Гая, Інституції Юстиніана й пізніші численні місцеві Інституції;
- 3) пошук легітимності того чи іншого роду законодавцями, які прагнуть зміцнити свою владу, використовуючи посилення на шановані моделі, або суддями та адвокатами, які дуже потребують посилення на авторитетне джерело, але такого місцевого джерела не вистачає;
- 4) випадок — наприклад, коли Сербія здобула незалежність від Османської імперії й прагнула оновити правову систему, вона звернулася спочатку до Французького цивільного кодексу, але перекладач виявився некомпетентним і відбулося звернення до Цивільного кодексу Австрії.

Насправді навіть любов може внести безлад у право. Я наведу два приклади. Римський Сенат прийняв постанову, яка дозволила нещасному імператору

Клавдію одружитися з дочкою свого брата, Агріппіною, але інтимні стосунки з дочкою сестри продовжували заборонятися як інцест. І ці норми були записані Ульпіаном на початку III ст. н. е.¹

Великий Юстиніан хотів одружитися з Феодорою, яка була актрисою чи навіть нижчого соціального статусу, і його дядько Юстин 530 р. проголосив ухвалу, що дозволила йому це зробити. І ця ухвала сповнена благочестивого моралізаторства.

Я сподіваюся, що я показав, що звичайне відокремлення права в книгах і права в дії занадто просте. Відокремлення правильне, але право в книгах слід також розділити. Значна частина права в книгах відображає реальні умови, потреби і сподівання суспільства, в якому воно працює. Але так само багато норм існує внаслідок запозичення, часто здійсненого без довгих роздумів, а також без зовнішнього втручання. Історія показує, що запозичене право, іноземне право, не обов'язково має розглядатися як незадовільне. Воно може бути так само задовільним, як і автохтонне право.

Право є для мене таємницею, а зрозуміти право — це не означає брутально позбавити його цієї таємниці. Таємниця має розгадуватися лагідно.

Ватсон А. Право в книгах, право і реальність: порівняльно-правова перспектива

Анотація. Цей текст не торкається традиційних аспектів порівняльного права. Автор не приймає те, що право переважно є відображенням суспільства чи влади правлячої еліти. Автор доходить таких висновків: 1) уряди та правителі не дуже опікуються розвитком права, особливо приватного, а залишають це іншим, які не мають повноважень ухвалювати правові акти; 2) навіть знамениті правотворці рідко цікавляться окремими соціальними питаннями в праві чи досягненням правової певності; 3) запозичення, навіть несвідоме, є іменем юридичної гри. Також наголошується на виживанні права у різних обставинах протягом століть і в інших місцях, куди воно перенесене.

Ключові слова: правовий трансплантат, правове запозичення, рецепція, право і суспільство.

Ватсон А. Право в книгах, право и реальность: сравнительно-правовая перспектива

Анотація. Этот текст не касается традиционных аспектов сравнительного правоведения. Автор не принимает то, что право преимущественно является отражением общества или власти правящей элиты. Автор приходит к таким выводам: 1) правительства и правители не очень интересуются развитием права, особенно частного, а оставляют это другим, которые не имеют полномочий принимать правовые акты; 2) даже знаменитые правотворцы редко интересуются отдельными социальными вопросами в праве или достижением правовой определенности; 3) заимствование, даже неосознанное, является именем юридической игры. Также акцентируется на выживании права в разных обстоятельствах на протяжении веков и в других местах, куда оно перенесено.

Ключевые слова: правовой трансплантат, правовое заимствование, рецепция, право и общество.

Watson A. Law in Books, Law and Reality: a Comparative Law Perspective

Summary. The text does not deal with conventional comparative law. The author does not accept that to a great extent law reflects society or the power of the ruling elite. The conclusions are: 1) governments and rulers are not much interested in developing law, especially not private law, but leave this to others to whom they do not grant power to make law; 2) even famous lawmakers are seldom interested in a particular social issue in law or in giving law certainty; 3) borrowing, even mindless, is the name of the legal game. The survival of law in different circumstances for centuries and also in a different place is emphasized.

Key words: legal transplant, legal borrowing, reception, law and society.

¹ У 223 р. його вбив преторіанський гвардієць.