

НЕМОЖЛИВІСТЬ «ПРАВОВИХ ТРАНСПЛАНТАНТІВ»¹

П. ЛЕГРАН

*кандидат юридичних наук, професор,
керівник програми «Глобалізація
і правовий плюралізм»
(Паризький університет І Сорбонна)*

Порівняльне дослідження не повинно ставити ціллю знаходження «аналогій» і «паралелей», як це робиться тими, хто поглинений модною нині справою конструювання загальних схем розвитку. Мета, скоріше, має бути цілковито протилежною: встановлення і визначення індивідуальності кожного розвитку, характеристик, що роблять його завершеним у спосіб, що є суттєво відмінним від завершеності іншого розвитку. Діючи таким чином, стає можливим визначення причин, що призводять до цих відмінностей.

М. Вебер [40, с. 385]

ЗМІСТ

1. Дослідження «правових трансплантантів»
2. Дослідження норм
3. Заперечення
4. Норма і значення
5. Норма як культура
6. Порівняльно-правові дослідження і розуміння
7. Переосмислення «правових трансплантантів»
8. Резюме
9. Політика «правових трансплантантів»
10. Інший вимір порівняльно-правових досліджень

1. Дослідження «правових трансплантантів»

«Трансплантувати», згідно з «Оксфордським словником англійської мови», означає «переміщувати і встановлювати у новому місці», «передавати чи пересувати кудись в інше місце», «транспортувати в іншу країну чи місцезнаходження». «Трансплантант», таким чином, передбачає переміщення. З точки зору юриста, переміщенням є те, що відбувається між правовими системами: дещо, що не є рідним для даної правової системи, а було внесене до неї з іншої

¹ Початковий варіант цього дослідження було виголошено у Коледжі Хастінгс Університету Каліфорнії у січні 1997 р. Автор вдячний У. Маттею за його люб'язне запрошення. Допомозі при структуруванні аргументації він завдячує Л. Р. Леголт. Перша публікація статті: *Legrand P. The Impossibility of «Legal Transplants» // Maastricht Journal of European and Comparative Law. — 1997. — Vol. 4. — P. 111–124.* Переклад з англійської мови О. Ткаченка за наукової редакції О. Кресіна.

правової системи. Що при цьому переміщується? Ним є «правове», або «право». Однак, що ми маємо на увазі під «правовим» чи «правом»? Відповідь на це питання видається визначальною, якщо компаративісти прагнуть відокремити (наскільки я розумію, їх герменевтичні пошуки розуміння спонукають їх до цього) між прикладами переміщень, об'єктом яких є право, та інших, об'єктом яких не є право. Хоча компаративісти не схильні відкрито ставити це питання, студенти, які вивчають «правові трансплантанти», рішуче приймають формалістське розуміння «права». Таким чином, «правове» по суті зводиться до норм — які зазвичай не визначаються, але під якими конвенційно розуміються законодавчі інструменти та, хоча і менш беззаперечно, судові рішення. Доречний приклад такого підходу пропонує А. Ватсон, який пише, що «правові трансплантанти» вказують на «рух норми... з однієї країни до іншої, або від одного до іншого народу» [39, с. 21]. Цей автор, задля ілюстрації, згадує ряд норм щодо спільної власності подружжя, які подорожували «від вестготів, ставши правом Піренейського півострова в цілому, мігруючи потім з Іспанії до Каліфорнії, з Каліфорнії до інших західних штатів США» [39, с. 108]. Очевидним є те, що А. Ватсон має на увазі норми законодавства.

За словами А. Ватсона, розгляд ряду правових систем протягом тривалого часу повинен привести кожного, хто цікавиться питанням «правових трансплантантів», до висновку про «постійного масштабного запозичення... норм» [39, с. 107]¹. Кочівний характер норм доводить, згідно з цим вченим, що «ідея про тісний зв'язок між правом і суспільством» є помилковою [39, с. 108]. Зміни у праві є незалежними від дії будь-якої, соціальної, історичної чи культурної основи; вони скоріше просто є функцією норм, імпортованих з іншої правової системи. А. Ватсон зазначає, що «трансплантація правових норм у соціальному відношенні є простою» [39, с. 95]. Доводячи свої спостереження до їх логічного висновку, він вказує, що «буде відносно простою справою скласти єдиний базовий кодекс приватного права, який би діяв усюди [в західному світі]» [39, с. 100–101]. На цій платформі А. Ватсон обґрунтовує, і це закономірно, що справа порівняння, у розумінні її як «інтелектуальної дисципліни», може визначатися як «дослідження взаємозв'язків однієї правової системи та її норм з іншою» [39, с. 6]. Більше того, компаративіст повинен зосереджуватися лише на «існуванні подібних норм» а не на тому «як [вони] діють у... суспільстві» [39, с. 96]. Іншими словами, порівняльно-правові дослідження є — чи, принаймні, повинні бути — вивченням «правових трансплантантів», які самі стосуються правових норм, передусім норм законодавства, що розглядаються як відокремлені від суспільства.

2. Дослідження норм

Через моє небажання спотворювати позицію А. Ватсона я відтворюю наступний (дещо розлогий) фрагмент його книги, присвяченої правовим трансплантатам, який проливає світло на його розуміння «норми»: «Дозвольте мені навести судження голови комісії шотландського права: «необхідно брати до уваги англійські рішення, навіть якщо вони згодом відкидаються як непридатні для рецепіювання у шотландське право. Насправді у багатьох контекстах

¹ Див. також: «переміщення окремих норм... є надзвичайно поширеним» [39, с. 95].

англійські рішення слід вивчати для встановлення фундаментальних відмінностей шотландського права, що приховуються за поверхневими подібностями. Зусилля щодо досягнення єдиних рішень у сфері договірного права виявляють, зокрема, що те, що вважається спільною основою, досягається членами шотландської і англійської груп зі створення єдиного договірного права за допомогою концептуально протилежних традицій мислення. Тоді як англійське порівняльне дослідження покладається, зокрема, на джерела з США і країн Британської Співдружності, основа деяких шотландських пропозицій впливає з французьких, грецьких, італійських і нідерландських джерел, і навіть з Цивільного кодексу Ефіопії, який, звісно, був складений видатним французьким компаративістом»¹. Наразі все це, як на мене, є скоріше занадто академічним. Якщо норми договірного права цих двох країн вже є подібними (а вони є такими), не повинно бути перешкод для їх уніфікації чи гармонізації на тій підставі, що правові принципи залучаються з різних джерел, або що традиції мислення членів комісії суттєво відмінні. Реформатори-вчені занадто переймаються історичними факторами і традиціями мислення. Практикуючі ж юристи, що спеціалізуються на комерційному праві, й підприємці Шотландії та Англії загалом не відчують відмінностей у традиціях мислення, а лише — і часто з роздратованістю — відмінності між нормами» [39, с. 96–97].

Таким чином, правом є норми і лише вони, а норми є просто пропозиційними твердженнями, і лише ними. Норми можуть подорожувати між правовими системами, витіснятися, трансплантуватися. Оскільки норми не пов'язані з суспільством у будь-який мислимий спосіб, відмінності у «історичних факторах і традиціях мислення» не обмежують і не визначають їх трансплантаційні якості. Будь-яка норма потенційно всюди рівною мірою є вдома (у межах західного світу).

3. Заперечення

Я не погоджуюсь з поглядами А. Ватсона, які, на мою думку, пропонують жалюгідне пояснення взаємодії між правовими системами — що є результатом дуже грубого уявлення про те, що таке право, і що таке норма². На мій погляд, кожний, хто вірить в існування «правових трансплантантів», повинен загалом погодитися з позицією А. Ватсона і прийняти, зокрема, модель «права як норм» і «норм як просто пропозиційних тверджень». У цьому розумінні позиція А. Ватсона, хоча і спрощено, репрезентує підхід, якому мають слідувати (прямо чи приховано) прихильники тези «правових змін через правові трансплантанти». Кожен, хто приймає погляд, що «право», чи «правові норми», мандрують між правовими системами, повинен мислити право як певне автономне утворення, не обтяжене історичним, епістемологічним чи культурним багажем. І дійсно, як право може мандрувати, якщо воно не відокремлене від суспільства? Я хочу піддати сумніву таке бачення права і, зокрема, вказане розуміння норм, яке я вважаю зовсім позбавленим пояснювальної сили. Норми

¹ Цивільний кодекс Ефіопії був укладений у 1960 р. Р. Давидом. — *Прим. перекладача.*

² Порівняйте: «теоретична аргументація Ватсона... є дефектною, а його емпіричні дані непереконливі» [2, с. 14]; «можливо, найбільшою проблемою теорії Ватсона є те, що вона не є теорією взагалі» [1, с. 793]. Протилежний погляд представлений в праці У. Евальда: [8]. Нещодавнє повторення своєї позиції А. Ватсон запропонував у наступній публікації: [37].

просто не є такими, як вони представлені А. Ватсоном. І, з огляду на те, чим вони дійсно є, норми не можуть мандрувати. Відповідно, правові трансплантанти є неможливими.

4. Норма і значення

Жодне сполучення слів, яке прагнуть представити як «норму», не може бути повністю вільним від семантичного контексту, адже жодна норма не може існувати без значення. Значення норми є її сутнісною складовою; воно бере участь у тому, що можна назвати нормативністю норми. Однак, значення норми повністю не постачається самою нормою; норма ніколи повністю сама себе не пояснює. Звісно, значення впливає з норми, а тому воно повинно припускатися як наявне, хоч і уявно, всередині самої норми, тобто навіть до того як інтерпретатор застосує свій апарат тлумачення. В цій мірі значення норми є неконтекстуальним. Однак, значення також — а можливо і здебільшого — є функцією застосування норми її інтерпретатором, конкретизації чи інституціоналізації у тих конкретних випадках, до яких норма має застосовуватися. Таке приписування значення наперед визначене способом розуміння інтерпретатором контексту, в межах якого виникла норма, і тим, як він ставить свої питання. Цей процес значною мірою визначається тим, ким є інтерпретатор і де він перебуває, і, отже, також і тим, які він бажає і очікує (мимоволі?) одержати відповіді. Значення норми є, відповідно, функцією епістемологічних припущень інтерпретатора, які самі є історично і культурно обумовленими.

Ці упередження (я вживаю це поняття в його етимологічному, а не негативному чи набутому розумінні) активно формуються, наприклад, у процесі навчання, в який студенти занурюються і впродовж якого вони вивчають цінності, вірування, порядок, пояснення і практичну свідомість, що дають їм змогу укріплювати код культури, кристалізувати свою ідентичність і ставати професійно соціалізованими. Звичайно, навіть до свого вступу до університету студенти вже засвоюють культурний обрис (дозвольте мені вжити вслід за Г.-Г. Гадамером слово *Vorverständnis*¹) [14, с. 252] — англійський, італійський чи німецький — який буде принципово забарвлювати досвід їх правового навчання і внутрішнє сприйняття історії й міфології, яке вони будуть поділяти. Кожна англійська дитина, наприклад, є за своїм буттям юристом загального права задовго до того як вона почне думати про вступ до юридичного вузу. Неминуче, таким чином, що значна частина дійсного емоційного та інтелектуального наповнення, яке має перевагу над формулюванням значення норми, передує усвідомленню, оскільки інтерпретаційний акт є вкоріненим у спосіб, який інтерпретатор часто нездатний емпірично оцінити, у мові й традиції, й у підсумку, в усій атмосфері культури.

Отже, інтерпретація завжди є суб'єктивним продуктом, і він обов'язково є, принаймні частково, породженням культури: інтерпретація є, іншими словами, результатом конкретного розуміння норми, яке визначається низкою чинників (багато з яких є нематеріальними), які були б іншими, якби тлумачення відбулося в іншому місці чи в іншу епоху (тобто, культура висунула б інші вимоги до інтерпретаторів). Якщо точніше, інтерпретація є наслідком нерівномірного

¹ Упередження (нім.). — Прим. перекл.

розподілу соціальної і культурної влади у суспільстві загалом, і в межах інтерпретуючого співтовариства зокрема (судді та професори і т. д.) і діє через повторювані артикуляції, ліквідуючи чи маргіналізуючи альтернативи. Безумовно, яка з безлічі конкуруючих інтерпретацій буде превалювати — і яка наділить норму відносно фіксованим значенням — є результатом епістемологічних домовленостей, що є підсумком силової боротьби, яка сама не має епістемологічної природи (це означає, що інші запропоновані тлумачення також могли б розвинути розуміння норми, хоча й іншим чином, якщо б вони були прийнятні).

Слід наголосити на тому, що інтерпретація, що в підсумку усуває колізію інтерпретацій, звісно, не в повній мірі відповідає індивідуальному задуму інтерпретатора. Скоріше, вона частково залежить від нематеріального багажу, засвоєного інтерпретатором (поза будь-яким усвідомленням цього процесу), що забарвлює і, звісно, обмежує його суб'єктивізм. Отже, більш правильно розуміти інтерпретацію як «інтерсуб'єктивний» феномен, у тому розумінні, що вона є результатом взаємодії суб'єктивності інтерпретатора з усіма суб'єктивними поглядами в межах інтерпретуючого співтовариства. Ця взаємодія поступово конститує артикульовані цим співтовариством цінності й підтримує культурну ідентичність останнього.

5. Норма як культура

Ціль і спосіб запровадження норм є результатом їх обмірковування та певних вкладених у них сподівань. Запровадження конкретної норми (саме цієї, а не іншої), наприклад, у Франції, передбачає не просте вчинення цього: наявне вчинення чогось типово французького, й, таким чином, норма вказує на модальність правового досвіду, який є сутнісно французьким. У цьому розумінні, оскільки норма пов'язана з французьким відчуттям права, вона може перебувати у фокусі дослідження лише правової французькості, й французькості як такої. Її не можна розглядати лише як норму в поняттях суто пропозиційних тверджень. Нормативність є більшою за ряд накреслених слів, і це означає, що норма не є тотожною накресленим словам.

Норма обов'язково є формою, яка інкорпорує культуру. В якості приращення елементів культури вона підтримується виразними історичними й ідеологічними конструкціями. Норма не має жодного емпіричного існування, яке б можна було змістовно відокремити від світу значень, що характеризують правову культуру; частина є вираженням і синтезом цілого: вона резонує. Такою є позиція Г.-Г. Гадамера: «значення частини може бути відкрите лише з контексту — тобто, виключно з цілого» [13, с. 190]. У зв'язку з цим з'являється можливість побачити ціле у частині, що визначає інтерпретаційну компетенцію компаративіста. Оскільки норма існує в межах ширшої когнітивної структури, компаративіст повинен співвідносити її з іншими феноменами таким чином, аби конкретна пропозиція виглядала менш випадковою й більшою мірою як вираження відносно цілісного і зрозумілого цілого. Таким чином, норма стає неусвідомленим артикулятором культурної чутливості, яку спостерігач привносить до мови тексту шляхом абстрагування від конкретного. Матеріальне право, що є звичним для більшості компаративістів фокусом порівняння, лише тоді щось виражатиме, коли воно розглядати-

меться у контексті, що охоплює точку зору, з якої воно впливає. Поза деталізацією необхідне пояснення того, чому деталь саме така, чому вона не може у принципових відношеннях бути іншою, і як ця деталь і пояснення відрізняються від досвіду інших правопорядків.

6. Порівняльно-правові дослідження і розуміння

В якості альтернативи розумінню права як системи суто пропозиційних тверджень (або «права як геометрії!») я стверджую, що компаративіст може сподіватися досягнути більш змістовного конституювання, пояснення і критики досвіду правопорядків за допомогою формул, які демонструють сприйняття права, згідно з Р. Ковером, «не лише [як] системи наявних норм, але [як] світу, в якому ми живемо» [5, с. 5]. Компаративісти повинні сприйняти погляд на право як на багатозначний показник, який має також, між іншими, культурні, політичні, соціологічні, історичні, антропологічні, лінгвістичні, психологічні й економічні прив'язки. Посилаючись на М. Мосса, можна сказати, що кожна маніфестація права — наприклад, кожна норма — повинна розумітися як *«fait social total»*, тобто завершений соціальний факт [23, с. 274–275].

7. Переосмислення «правових трансплантантів»

Якщо погодитись з тим, що, у принциповому розумінні норми отримують своє значення ззовні, і що таке привнесення значення інтерпретуючим співтовариством безпосередньо бере участь у формуванні нормативності норми (насправді — ядра нормативності), тоді слід визнати, що «правовий трансплантант» лише тоді має смисл, коли одночасно пропозиційні твердження як такі та привнесене до них значення — які спільно конституують норму — переносяться з однієї культури до іншої. Беручи до уваги те, що значення, привнесене до норми, саме по собі є культурно-особливим, важко уявити, як взагалі таке може відбутися. Послуговуючись лінгвістичними поняттями, можна сказати, що означуване (те, що має на увазі ідейне наповнення слова) ніколи не переміщується, оскільки воно завжди вказує на визначену семіотично-культурну ситуацію. Скоріше, пропозиційні твердження, технічно інтегровані в інший правопорядок, по-іншому розуміються місцевою культурою, і, таким чином, наповнюються культурно-особливим значенням, що відхиляється від попереднього (не в останню чергу тому, що розуміння «норми» може відрізнитися). Відповідно, визначальна складова нормативності норми — її значення — не переживає подорожі з однієї правової системи до іншої. За словами Є. Гоффман, «ви не можете транспортувати людське розуміння в цілому з однієї культури до іншої так, як транслітерувати текст» [17, с. 175]. Це тому, що «задля переміщення одного слова без його викривлення ми мали б перемістити цілу мову навколо нього» [17, с. 272]. Насправді «задля перекладу мови чи тексту без зміни їх значення ми мали б перемістити також і їх аудиторію» [17, с. 275]. Якщо хочете, відношення між написаними словами, що конституують норму в її суто пропозиційній формі, й ідеєю, з якою вони пов'язані, є деспотичним у тому розумінні, що він є культурно детермінованим. Таким чином, ніщо не вказує на те, що однаково написані слова продукуватимуть одну й ту саму ідею в різних культурах, тим більше якщо написані слова самі відрізняються, оскільки передані іншою мовою. (Як писав У. Бенджамін, «слово *Brot*

означає дещо інше для німця, аніж слово *rain* для француза»¹) [4, с. 75]². Іншими словами, слова, перетинаючи кордони, втручаються до іншої раціональності й моралі, щоби підтвердити і реалізувати запозичені слова: місцева культура продовжує артикулювати свої моральні запити відповідно до традиційних стандартів пояснення. Отже, імпортованій формі слів неминуче приписується відмінне, місцеве значення, що призводить до створення фактично іншої норми. Оскільки змінюється розуміння норми, змінюється її значення. І, оскільки змінюється значення норми, змінюється сама норма. Перефразуючи Й. А. Йоловича, додання літру зеленої фарби до чотирьох літрів жовтої не надасть нам того ж кольору, як при додаванні одного літру червоної фарби до чотирьох літрів жовтої [19, с. 244].

Таким чином, трансплантанта насправді немає: ключова риса норми — її значення — залишається на місці, так що норма, яка була «тут», по суті, не переноситься «в інше». Припускаючи спільність мови, твердження є наступним: наявна одна норма (написані слова а + значення х), та інша норма десь в іншому місці (написані слова а + значення у). Це не є однією й тією ж нормою. (Розмежування між концепціями права є нездоланим)³. Значення просто не пристосоване для трансплантації. Завжди залишається елемент автохтонності, що не зменшується і обмежує епістемологічне сприйняття до інкорпорації норми з іншої правової системи⁴, таким чином обмежуючи можливість ефективної правової трансплантації як такої. Запозичена форма слів швидко буде перетравлена завдяки іманентній інтеграційній здатності місцевої культури.

Хорошою ілюстрацією цього феномену є англійське рішення у справі *O'Reilly v. Mackman*, яке впровадило процесуальний поділ: позивання у публічно-правових справах не є звичайним, і звернення щодо судового контролю є виключним способом захисту [26, с. 1124]. Розмежування публічно-правових і приватноправових судових спорів набуло свого значення у Франції в ХІХ ст. «у контексті інквізиційного процесу, категоріального підходу до права, концепції відокремленої державної адміністрації, й поділу влади, яка відповідає потребам суддів у юридичній незалежності й надає їм право експертизи адміністративних актів» [2, с. 235]. Нещодавнє впровадження цього розмежування в англійському праві «в контексті, в якому відсутні будь-які риси, що характеризують французький контекст кінця дев'ятнадцятого століття», породило «активні дебати й невизначеність відносно належного процесу і ролі суду в публічно-правових спорах та самої ідеї відокремлення публічно-правових спорів від приватноправових» [2, с. 235]. У підсумку, це рішення Палати Лордів не може розглядатися як приклад «укорінення» розмежування між публічним і приватним правом шляхом запозичення такого поділу з Франції, що «призведе

¹ Обидва слова українською перекладаються як «хліб». — *Прим. перекл.*

² Про застосування такого розуміння до права див.: [28, с. 418-419]. М. Рейнстайн наголошує на тому, що «навіть слова однієї мови можуть мати різні значення у різних правових системах» [28, с. 419].

³ Наприклад, англійське і французьке право використовують концепт «оферти». Можна було б припустити, що в цьому випадку виникає можливість втручання уніформованого законодавства з метою досягнення передбачуваності й загальної ефективності, якщо не формальної рівноцінності в умовах ринку. Однак, не слід забувати, що в англійській і французькій правових культурах можна знайти дві окремі концепції оферти. Див. напр.: [27, с. 5; 7, с. 90-94].

⁴ Див. напр.: «при впровадженні іноземних правових і політичних норм у будь-яке суспільство ці норми стануть ефективними і укоріняться лише якщо вони також принаймні частково інкорпують норми і філософію приймаючого суспільства» [25, с. 657].

до конвергенції англійського і французького права» [2, с. 234]. Фактом є те, що впроваджена норма в Англії не збігається з французькою, навіть незважаючи на те, що саме французька норма є об'єктом уваги англійських юристів: французьке формулювання було одомашнене англійським інтерпретуючим співтовариством, в результаті чого значення того, що таке публічне право, приватне право, публічно-правовий захист, приватноправовий захист тощо, неминуче відрізняються у двох правових системах. Узагальнюючи, залишається повторити: «державні установлення не можуть змінити народні звичаї» [16, с. 2]¹.

Невідповідність аргументації А. Ватсона тепер повинна бути очевидною. Візьму наприклад один приклад з його книги (яка містить багато подібного): «до Кодексу Наполеона римські норми [щодо переходу права власності й ризику при продажі] були загалом сприйняті у Франції... Вони також були сприйняті у першій сучасній європейській кодифікації, Прусьському загальному земському уложенні 1794 року» [39, с. 83].

Тепер, фактом є те, що римські «норми» були написані латиною і призначалися для регулювання відносин громадян у Константинополі в VI ст. Французькі норми, згадані А. Ватсоном, були написані французькою і призначалися для громадян дореволюційної Франції. А пруські норми, до яких звертається А. Ватсон, були написані німецькою і стосувалися правовідносин у феодальній Пруссії. Я припускаю (зادля емпіричної демонстрації), що культурні конструкції реальності, права і норм у цих трьох випадках будуть приховувати дещо відмінні характеристики, які, таким чином, будуть визначати тлумачення норми, тобто, обумовлювати нормативність норми відповідно до окремої культурної логіки національних систем. Ці норми, таким чином, не є однаковими; будь-яка тотожність обмежується лише формою слів. Більше того, такий висновок не враховує те, що написані слова виражаються трьома різними мовами, кожна з яких пропонує особливе відношення між словами та їхнім змістом (наприклад, «жодна мова не розмежовує час і простір саме так, як якась інша...; жодна мова не містить саме таких табу, як якась інша...; жодна мова не мріє так, як якась інша») [33, с. 10].

Недостатньо аналізована компіляція фактів А. Ватсона є поверховою, що демонструє міркування Дж. Мерримана: «є дуже важлива обставина, через яку фокусування на нормах є поверховим і оманливим: поверховим, оскільки норми буквально лежать на поверхні правових систем, в той час як їх істинний вимір перебуває в іншому місці; оманливим, оскільки веде до припущення, що якщо норми створені задля того, аби бути подібними одна до одної, можна досягнути чогось важливого шляхом їх зближення» [24, с. 50]. Аргументація А. Ватсона також є підступною, оскільки вона згладжує місцеві ідеологічні пояснення наявності певного стану речей відносно кожної норми. Помилково представляти право як стабільний монолітний елемент у межах суспільств і не помічати те, що воно може відображати лише локалізований і особливий світогляд культурно-зв'язаних осіб як членів історично і епістемологічно обумовлених інтерпретуючих співтовариств. *Extra culturam nihil datur*².

¹ Дж. Грінберг посилається на працю з соціології права У. Г. Саммерса: «законодавство не може створювати нрави» [34, с. 77] (книгу вперше опубліковано 1906 р.).

² Лат. «Нічого не існує поза культурою». — Прим. перекл.

8. Резюме

У кращому випадку з однієї правової системи до іншої може переміщуватися беззмістовна форма слів. Вимагати більшого означає вимагати занадто багато. Отже, у будь-якому значущому розумінні цього поняття, «правових трансплантантів» бути не може. Жодна запозичена норма не може мати такого значення, яке вона мала в правовій системі, з якої її запозичили. Це відбувається тому, що, перетинаючи кордони, первісна норма необхідно зазнає змін, які впливають на неї як таку. Роз'єднаність між суто пропозиційним твердженням і його значенням, отже перешкоджає переміщенню норми як такої. Розгляд цього твердження впливає з триваючого антропологічного дослідження пізнання: «Той факт, що точно таке ж слово друкується чи вимовляється знову і знову, не означає, що точно таке ж значення (яке є половиною слова) поширюється від одного до іншого розуму» [32, с. 3].

Будь-яке відстоювання реальності «правових трансплантантів», наприклад, для прогнозування змін у праві, повинно неминуче зводити право до норм, а норми — лише до пропозиційних тверджень. Це має передбачати, що норма у окремії країні є основною характеристикою правової діяльності (і, як наслідок, теорії права), і що вона має певне значення безвідносно до її інтерпретації чи застосування¹. Таким чином, не можна розглядати норми як такі, що активно конститууються протягом життям інтерпретуючих співтовариств. Більше того, неможливо зрозуміти договірний характер норм, тобто того, що норми є результатом протилежних і конфліктуючих інтересів у суспільстві. Іншими словами, це виключає з розгляду владний вимір. Також неможливо засвідчити існування локальних моральних світів, або, якщо хочете, світів локального життя — світів наших повсякденних цілей, соціального існування і практичної діяльності. У підсумку, будь-яка аргументація, яка редукує зміни в праві до переміщення норм через кордони, є не набагато більшою за вправління у «матеріалізації як помилковій детермінованості»: насправді перемикання складності правового розвитку не може пояснюватися за допомогою такої застиглої і беззмістовної структури, яку пропонує ідея «правових трансплантантів» [21, с. 255].

Залишається одна проблема. Як бути з випадками, коли написані слова переміщуються між приймаючою правовою системою і тією, з якої ці слова запозичуються, які мають спільну мову? Навіть беручи до уваги мої тези, чи не є це випадком «правової трансплантації» на рівні писаних слів, що має наслідки для розвитку права приймаючої правової системи і, таким чином, набуває значення для компаративіста? Відповідь повинна бути негативною: немає нічого у запозиченні ряду слів самих по собі, що могло б врятувати теорію «правових змін через правові трансплантанти». Все, що ми можемо побачити в такому випадку, це те, що реформатори права, якщо вважають доречним, вірогідно з міркувань економії і ефективності, приймають вже існуючі форми слів, які були сформульовані поза межами правової системи, в якій вони діють — так само як письменники принагідно вважають нормальним цитувати інших авторів, деякі з яких є іноземцями. Що є проблемою, так це риторична стратегія представлення звичайного акту повторення в якості плідного дискурсивно-

¹ Для Г.-Г. Гадамера «застосування» є істотним аспектом «інтерпретації» [13, с. 311]. Див. також: [31, с. 207].

го методу. Говорити про те, що зміни у праві здебільшого скеровані мімікрією, означає не сказати нічого більшого — чи меншого — за те, що люди звертаються до минулого аби вона допомогла конструювати сучасність. Це відбувається у правознавстві так само, як і в літературі чи математиці. Таке спостереження навряд чи є матеріалом для розвитку теорій взаємодії правових культур.

Повністю безвідносно до просторових чи часових витоків повторюваних форм слів, а також змісту форм самих слів, найбільш перспективним є перехід від *l'énoncé* до *l'énonciation*¹, тобто, до дослідження того, як факт повторення (який завжди передбачає пригнічення) обумовлюється конкретними епістемологічними рамками, особливим менталітетом². Дискурс романо-германського права, наприклад, є доцентровим в тому, що він підкорюється порядку позитивованого тексту права, з якого він виводить своє виправдання й до якого, таким чином, він завжди прагне повернутися. Традиція загального права використовує інший підхід, у ній дослідження попередніх дискурсів («прецедентів») є суто пропедевтичним задля створення інших, сучасних дискурсів. Те, що приходить з минулого, є доречним настільки, наскільки воно виконує ілюстративну функцію. Дискурс загального права не є другосортним чи вторинним. Скоріше, це є самостійний дискурс, який постійно розширює свою сферу, виходячи з попереднього (і рівною мірою самодостатнього) дискурсу. Загальне право є відцентровим. Як, однак, ці епістемологічні конфігурації впливають на пізнавальні позиції юристів романо-германського і загального права, які залучені у діяльність з повторення сьогодні? Це є одним з першочергових питань, на яке мають відповісти компаративісти.

9. Політика «правових трансплантантів»

Повертаючись до аргументу «правових змін через правові трансплантанти», я стверджую, що прихильники цієї тези звертають надмірну увагу на тексти письмової мови, чим зашкоджують структурам нематеріального, в межах яких діють інтерпретуючі співтовариства, і які мають нормативну силу для цих співтовариств — автоматично залишаючи [прихильників цієї тези] з обмеженим поглядом на право. Їх позиція є, якщо хочете, «книжною». Однак, необхідно зазначити, що ця позиція провокує політичне рішення маргіналізувати відмінності й, відповідно, підносити тотожність. Поняття «правових трансплантантів» використовують як додатне для усунення розбіжностей. Прихильники «правових змін через правові трансплантанти» пропонують те, що можна описати як «синтетичне бачення», сфокусоване виключно на технічному рівні права. Таке рішення відображає віру в абстрактний універсалізм, який є невідповідним помітному занепаду формальної раціональності й відповідної їй матеріалізації формального права, що характеризується дедалі більшим превалюванням інформативної аргументації соціологічного, економічного, політичного, історичного, культурного, епістемологічного чи етичного, а не концептуального характеру³.

Найбільш важливим є те, що теза «правої трансплантації» відмовляє в існуванні якісно відмінним феноменам і в конкретному значенні — досвіду і цін-

¹ Фр. — від заяви до дикції. — Прим. перекл.

² Про зв'язок між «повторенням» і «пригніченням» див.: [6, с. 139].

³ У цьому питанні я спираюсь на: [12, с. 372–374].

носьям. Вона є ідеєю, зорієнтованою на знаходження моделі аксіоматизації, що вимагає запровадження апіорної раціональної єдності для зовсім різних досвідів права. Прихильникам «правових змін через правові трансплантанти» немає чого сказати про мислення. І, очевидно, теза «правової трансплантації» позбавлена будь-якої критичної складової. Вона є консервативною і схвалює *status quo*, оскільки надає перевагу «знанню спостережених закономірностей» і досягненню «точності, передбачуваності і контролю» [29, с. 73]. І дійсно, А. Ватсона прямо звинувачують у захисті «консервативного світогляду» і спробі «тривіалізації політичного», у тому, що його ціллю є «спростування радикалів» [1, с. 803].

Прихильники «правових змін через правові трансплантанти» творять фальшивий консенсус, який може встановлюватись лише шляхом посилення на формалізовані складові об'єкта дослідження, й за допомогою делегітимізації таких понять, як «традиція» або «культура», що, з огляду на їх складність, проголошуються ірраціональними й такими, що перешкоджають виявленню і сприйняттю емпіричних закономірностей — різновиду закономірностей, що вважаються необхідними для задоволення «регуляторних потреб ліберального капіталізму» (згадаймо наведені вище міркування А. Ватсона про «юристів комерційного права і бізнесменів») [29, с. 72]. Аргумент «правової трансплантації» засновується на необґрунтованій і механічній аналогії. Таким чином, проблема полягає в тому, що таке мислення розвиває найбільш радикальний позитивізм і тому не здатне уловити і виразити багаторівневу природу взаємодії між конституантами соціальної цілісності. Відмова чи нездатність побачити, що право є місцем ідеологічного заломлення глибоко вкорінених рис культури, не призведе до зникнення реальності: банан існує навіть якщо він мені не смакує, а континенти дрейфують навіть якщо я не можу цього відчутти.

10. Інший вимір порівняльно-правових досліджень

Етика порівняльного аналізу права полягає в іншому. Порівняльно-правові дослідження найкраще розглядати як герменевтичне пояснення і узгодження різних форм правового досвіду в межах описової і критичної метамови¹. Оскільки без чутливості до питань культурної гетерогенності не можна віддати належне локалізованим, місцевим особливостям знання, компаративіст ніколи не повинен стирати дистанцію між собою й іншим. Скоріше, він повинен уявити свою подорож і спостереження іншого так, як його слід спостерігати — як іншого. Компаративіст повинен дозволити іншому реалізувати «його бачення його світу» [22, с. 25]. Визначення правової культури чи традиції для компаративіста означає, отже, «знаходження того, що є важливим у його відмінностях від інших» [35, с. 35–36]. Порівняння повинно мати ефект прирощення, а не уніфікації: воно повинно прагнути організувати розмаїття дискурсів навколо різних (культурних) форм і протидіяти тенденції мислити у напрямі уніфікації². Порівняння повинно охоплювати правові культури діакритично.

¹ Порівн.: [15, с. 170].

² Про відчуття важливості цього виклику див. наприклад, слова Дж. Віко (1744): «людське мислення природно тяжіє до захоплення уніформним» [36, с. 452]. М. Фуко підкреслив, що «досвід одиничного виявляє відразу мислити в поняттях відмінностей, описувати розбіжності й дисперсію» [9, с. 21].

Відповідно, компаративіст повинен рішуче відкидати будь-які спроби аксіоматизації подібностей, особливо коли інституціоналізація однакового стає настільки надмірною, що презюмується — якщо компаративіст встановив наявність відмінностей, він повинен почати своє дослідження спочатку! [41, с. 36]. Як вказує Г. Франкенберг, «аналогії і презумпція ідентичності повинні бути відкинуті заради точного відчуття відстані й відмінності» [11, с. 453]¹. Я стверджую, що порівняння повинно передбачати «першочергове і фундаментальне дослідження відмінності» [10, с. 68]. Пріоритет інакшості має бути керівним постулатом для компаративіста. Надання переваги несхожості у всі часи є єдиним способом, за допомогою якого компаративіст може протидіяти облудній ідеї подібності рішень певних соціально-правових проблем у різних правових культурах: той факт, що тотожне рішення (скажімо, «6») може одержуватися шляхом множення двох цифр (скажімо, «3 x 2»), або шляхом додавання (скажімо, «5 + 1»), не призводить до тотожності об'єктів чи когнітивних операцій. Безумовно, успіх проекту порівняння повинен ґрунтуватися на першій сприйнятливості до інакшості іншого.

Право є частиною символічного апарату, за допомогою якого цілі співтовариства намагаються краще зрозуміти себе. Порівняльно-правові дослідження можуть розширювати наше розуміння інших народів, проливаючи світло на те, як вони розуміють своє право. Однак, доки компаративіст не навчиться мислити право як феномен, що перебуває у культурі, й приймати те, що право живе в глибинах культурно-особливого — а, отже, обумовленого — дискурсу, порівняння є беззмисловою авантюрою. О. Кан-Фройнд зробив ще один крок і звернув увагу на те, що порівняльний аналіз права «стає зловживанням, ...якщо він наповнений легалістським духом, який ігнорує контекст права» [20, с. 27]².

ВИКОРИСТАНІ МАЕРІАЛИ

1. *Abel R. L.* Law as Lag : Inertia as a Social Theory of Law // Michigan Law Review. — 1982. — Vol. 80.
2. *Allison J. W. F.* A Continental Distinction in the Common Law. — Oxford : Oxford University Press, 1996.
3. *Ascarelli T.* Etude Comparative et Interpretation du Droit / Problemi Guiridici. — Milano : Giuffrè, 1959.
4. *Benjamin W.* The Task of the Translator / Illuminations. — London : Fontana, 1973.
5. *Cover R. M.* Nomos and Narrative // Harvard Law Review. — 1983. — Vol. 97.
6. *Deleuze G.* Difference et Répétition. — Paris : Presses Universitaires de France, 1968.
7. *Dworkin R.* Law's Empire. — London : Fontana, 1986.
8. *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (II) : The Logic of Legal Transplants // The American Journal of Comparative Law. — 1995. — Vol. 43.
9. *Foucault M.* L'archéologie du Savoir. — Paris : Gallimard, 1969.
10. *Foucault M.* Les Mots et les Choses. — Paris : Gallimard, 1966.
11. *Frankenberg G.* Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law // Harvard International Law Journal. — 1985. — Vol. 26.

¹ Я не можу погодитися з Р. Шлезінгером, який відзначає без доказів, що «традиційно порівняльно-правові праці тяжіють до аналізу відмінностей, а не подібностей»: [30, с. 3]. Див.: «Упродовж більшої частини сучасної історії порівняльного права домінуюча парадигма порівняння фокусувалася на подібностях [між різними правовими системами], спробах різними способами ідентифікувати низку ідей чи практик, спільних для всіх розвинутих правопорядків» [18, с. 185]. Див. також: працю Т. Аскареллі, який обґрунтовує, що порівняльно-правові дослідження концентруються або на уніфікації права у змістовних чи географічних межах, або виявляють більш філософську схильність і прагнення до універсальної уніфікації права [3, с. 321].

² Протилежний погляд представлено у праці А. Ватсона: «приймаюча система не потребує якогонебудь дійсного знання соціального, економічного, географічного чи політичного контексту виникнення і розвитку оригінальної норми» [38, с. 81].

12. *Friedman L. M., Teubner G.* Legal Education and Legal Integration : European Hopes and American Experience // Integration Through Law. — Vol. I : Methods, Tools and Institutions. Book 3 : Forces and Potential for a European Identity / Ed. by M. Cappelletti, M. Seccombe, J. Weiler. — Berlin : De Gruyter, 1986.
13. *Gadamer H. G.* Truth and method. — 2d rev. ed. — London : Sheed and Ward, 1989.
14. *Gadamer H. G.* Wahrheit und methode. — 4th ed. — Tübingen : J. C. B. Mohr, 1975.
15. *Giddens A.* New rules of sociological method. — 2 ed. — Oxford : Polity, 1993.
16. *Greenberg J.* Race relations and American law. — New York : Columbia University Press, 1959.
17. *Hoffman E.* Lost in Translation. — Minerva, 1991.
18. *Hyland R.* Comparative Law // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory / ed. by D. Patterson. — Oxford : Blackwell, 1996.
19. *Jolowicz J. A.* New Perspectives of a Common Law of Europe : Some Practical Aspects and the Case for Applied Comparative Law // New Perspectives for a Common Law of Europe / ed. by M. Cappelletti. — Leiden, Brussels, Stuttgart, Florence : Sijthoff, Bruylant, Klett-Cotta, Le Monnier, 1978.
20. *Kann-Freund O.* On Uses and Misuses of Comparative Law // Modern Law Review. — 1974. — Vol. 37.
21. *Kramer M. H.* Legal Theory, Political Theory, and Deconstruction. — Bloomington : Indiana University Press, 1991.
22. *Malinowski B.* Argonauts of Western Pacific. — London : Routledge, Kegan Paul, 1922.
23. *Mauss M.* Essai sur le Don / Sociologie et anthropologie. — 6 ed. — Paris : Presses Universitaires de France, 1995.
24. *Merryman J. H., Clark D. S., Haley J. O.* The Civil Law Tradition : Europe, Latin America and East Asia. — Charlottesville : Michie, 1994.
25. *Northrop F. S. C.* The Comparative Philosophy of Comparative Law // Cornell Law Quarterly. — 1960. — Vol. 45.
26. *O'Reilly v. Mackman* // All England Reports (H. L.). — 1982. — Vol. 3.
27. *Rawls J.* A Theory of Justice. — Boston, MA : Harvard University Press, 1971.
28. *Rheinstein M.* Comparative Law — Its Functions, Methods and Usages // Arkansas Law Review. — 1968. — Vol. 22.
29. *Santos B. S.* Toward a New Common Sense. — New York : Routledge, 1995.
30. *Schlesinger R. B.* Introduction // Formation of Contracts : A Study of the Common Core of Legal Systems / Ed. by R. B. Schlesinger. — New York : Oceana, 1968.
31. *Shauer F.* Playing by the Rules. — Oxford : Oxford University Press, 1991.
32. *Sperber D.* Learning to Pay Attention // The Times Literary Supplement. — 27 December 1996. — No. 14.
33. *Steiner G.* What is Comparative Literature? — Oxford : Oxford University Press, 1995.
34. *Summer W. G.* Folkways. — Dover, 1959.
35. *Taylor Ch.* The Malaise of Modernity. — Concord, Ontario : Anansi, 1991.
36. *Vico G.* Principi di Scienza Nuova / Opere / ed. by F. Nicolini. — Milan : Riccardo Ricciardi Editore, 1953.
37. *Watson A.* Aspects of Reception of Law // The American Journal of Comparative Law. — 1996. — Vol. 44.
38. *Watson A.* Legal Transplants and Law Reform // Law Quarterly Review. — 1976. — Vol. 92.
39. *Watson A.* Legal Transplants. — 2 ed. — Athens : University of Georgia Press, 1993.
40. *Weber M.* The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations. — London : NLB, 1976.
41. *Zweigert K., Kötz H.* An Introduction to Comparative Law. — 2d rev. ed. — Oxford : Oxford University Press, 1992.

Легран П. Неможливість «правових трансплантантів»

Анотація. «Правовий трансплантант» передбачає переміщення певної норми з однієї правової системи до іншої. Автор не згодний з ідеєю трансплантантів А. Ватсона. Будь-яка норма тісно пов'язана з соціально-культурним та іншими контекстами у своїй правовій системі й може транспортуватися суто як пропозиційне твердження, але не як власне норма, значення якої приходить ззовні з контексту і через інтерпретацію юридичного співтовариства. Неможливо транспортувати контекст, інтерпретаційне співтовариство, культуру і перед-знання мешканців. Це виключає трансфер норми як наділеної певним значенням конструкції. Навіть якщо позбавлений свого оригінального значення набір слів буде переміщено, приймаючі культура і суспільство наділять його новим значенням. Автор вважає тезу «правових змін через правові трансплантанти» ідеєю щодо легкого способу правових реформ, яка є оманливою, і доводить неможливість «правових трансплантантів». Сприйняття і пізнання відмінностей, унікальності, інакшості іншого, на думку автора, мають бути основним фокусом порівняльного права.

Ключові слова: правовий трансплантант, культурний контекст права, правова норма, унікальність права, інакшість.

Легран П. Невозможность «правовых трансплантантов»

Аннотация. «Правовой трансплантант» предполагает перемещение определенной нормы из одной правовой системы в другую. Автор не согласен с идеей трансплантантов А. Ватсона. Любая норма тесно связана с социально-культурным и другими контекстами в своей правовой системе и может транспортироваться исключительно как пропозициональные утверждения, но не как собственно норма, значение которой приходит извне из контекста и через интерпретацию юридического сообщества. Невозможно транспортировать контекст, интерпретационное сообщество, культуру и пред-знания жителей. Это исключает трансфер нормы как наделенной определенным значением конструкции. Даже если лишенный своего оригинального значения набор слов будет перемещен, принимающие культура и общество наделят его новым значением. Автор считает тезис «правовых изменений через правовые трансплантанты» идеей относительно легкого способа правовых реформ, которая является ложной, и доказывает невозможность «правовых трансплантантов». Восприятие и познание различий, уникальности, инаковости другого, по мнению автора, должны быть основным фокусом сравнительного права.

Ключевые слова: правовой трансплантант, культурный контекст права, правовая норма, уникальность права, инаковость.

Legrand P. The Impossibility of «Legal Transplants»

Summary. «Legal transplant» implies the displacement of a given norm across borders, from one to other legal system. The author is strongly disagrees with A. Watson and his transplant these. Any rule is tied closely with social-cultural and other contexts in home jurisdiction and could be transported only as a bare propositional statement but not as rule itself — which meaning comes outside from the context and throw the interpretation of legal community. No one can transport the context, the interpretative community, the culture and the pre-knowledge of the inhabitants. It is excluding the transfer of the rule as the meaningful construction. Even if the meaningless set of words would be displaced it will be imposed with new meaning in a host culture and society. The author considers the these of «legal change as legal transplants» as the idea about the easy way of law reform as being misleading and argues the impossibility of «legal transplants». The perceiving and comprehension of distinctions, uniqueness, otherness of the other, in author's view, has to be the main focus of comparative law.

Key words: legal transplant, cultural context of the law, legal rule, legal uniqueness, otherness.

Книжкова полиця

Legal Culture and Legal Transplants / XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law; ed. by J. A. S. Cordero ; pref. by G. Berman. — Vol. I. — Mexico : Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2012. — 612 p.

Legal Culture and Legal Transplants / XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law; ed. by J. A. S. Cordero ; pref. by G. Berman. — Vol. II. — Mexico : Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2012. — 507 p.

Міграція правових інститутів є потужним феноменом і можна передбачити, що в еру глобалізації вона буде дедалі поширюватися. Як наслідок, сучасний стан правових систем у світі заперечує висновки їх традиційного аналізу як «чистих». У книзі розглядаються ці зміни, наголошується на трансформацію розвитку правових систем внаслідок інтерлегальності та интернормативності. Розглядаються правові культури країн світу, їх генезис та сучасні трансформації внаслідок взаємодії правових систем.

