

# ПРАВО ЯК ТРАНСПОЗИЦІЯ<sup>1</sup>



## Е. ОРУКУ

*доктор юридичних наук,  
дійсний член Міжнародної академії  
порівняльного права,  
заслужений професор порівняльного права  
(Університет Глазго, Велика Британія;  
Роттердамський університет Еразмус,  
Німеччина)*

## ЗМІСТ

### Вступ

1. Старі та нові метафори порівняльного права
  2. Результати транснаціональної міграції права
  3. Перевірка гіпотез і метафор
    - 3.1. Східна і Центральна Європа
    - 3.2. Туреччина
    - 3.3. Англія і Шотландія
  4. Майбутнє
- Висновки

## Вступ

Вчені-юристи використовують різні підходи до права. Вони віддані різним напрямкам, таким як «право як норми», «право як система», «право як культура», «право як традиція», «право як соціальний факт», «право у контексті», «право та історія», «право та економіка», «право та теорія права». Більшість юристів-компаративістів також належить до цих напрямів. Деякі з останніх передбачають віру в реальну мобільність права, припускають, що правову реформу частково може бути пов'язано з вибором однієї з набору моделей, представлених низкою правових систем. Існують, однак, сумніви щодо відповідності феномена «правових трансплантантів» як домінуючого пояснення правової реформи. Сумніви пов'язані як з такою моделлю правової реформи, так і з концептуальною основою, запропонованою такою термінологією. Кажуть, що правова реформа повинна бути зсередини, і що так як трансплантований інститут продовжує жити у своєму старому середовищі й водночас переїжджає до нового, вибір слова «трансплантант» є невідповідним<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ця стаття являє собою розширену версію доповіді 19 травня 2001 р. на «Ватсонівських читаннях» у Школі права Університету Глазго. Вона спирається також на опубліковані раніше праці автора, зазначені в статті. Перша публікація статті: *Örücü E. Law as transposition // International and Comparative Law Quarterly. — 2002. — Vol. 51. — No. 2. — P. 205–223.* Переклад з англійської мови та анотація О. Кресіна.

<sup>2</sup> Терміну «правовий трансплантант» краще відповідає його первісне значення, що стосується людей, які, переміщаючись на нову територію в межах іншої цивілізації, беруть своє право з собою. Тепер цей термін використовується в якості загального для всіх випадків транснаціонального або транскордонного поширення права.

Варіації термінології з'явилися у низці праць, було розроблено багато нових концептів, які мали бути додатковими або замінити «правові трансплантанти». Проте підходи, що заперечують цей спосіб правової реформи, страждають від синдрому пустоти, адже право дійсно переміщується, поєднується, роз'єднується, змінюється і сприяє змінам. Ми припускаємо, що все це є процесом транспозиції, налаштування і пристосування<sup>1</sup>. Переміщення правових інститутів та ідей є транскордонним і така транснаціональна міграція є природною фазою правового розвитку. Це одночасно є історичним та сучасним фактом і в майбутньому буде дедалі поширюватися<sup>2</sup>. Нині існують протилежні бачення модернізації правових систем, починаючи від наслідування Заходу в будівництві сучасного, ринково-орієнтованого суспільства, аж до протилежних бачень, включаючи містечковий правовий націоналізм<sup>3</sup>. Майбутній розвиток права, проте, тісно пов'язаний з транснаціональною міграцією ідей та інститутів.

Загальновідомо, що кількість інновацій в праві мала, і запозичення та імітація мають вирішальне значення для розуміння перебігу правових змін [32, с. 395]. Однак, вірно також і те, що «теорія трансплантантів» потребує переосмислення. Одним екстремумом є А. Ватсон, для якого навіть незрозуміле може бути трансплантоване з користю [39]. Інший екстремум — П. Легран, який стверджує, що «правові трансплантанти неможливі» [13, с. 111]. Г. Тюбнер, хоча і не підтримує А. Ватсона, стверджує, що для аналізу інституційних трансферів необхідне уточнення концепцій [36, с. 17]. Дж. Еллісон більш скептичний щодо правових трансплантантів та позицій А. Ватсона, і вказує на необхідність «враховувати як існуючий, так і пропонований контексти трансплантанта» [3, с. 16]. Він доходить висновку, що трансплантація є небезпечною [3, с. 236]. Звичайно, непродумані й неправильно налаштовані чи адаптовані трансплантанти можуть становити небезпеку.

Це дослідження розглядає право як серію транспозицій та налаштувань, і спрямоване на заміну концепту правових трансплантантів правовою транспозицією, так як теорія правових трансплантантів потребує вдосконалення. Нині відроджується інтерес до трансплантації, особливо у зв'язку з новими дослідженнями європейського загального права (*ius commune*) та палкими суперечками щодо конвергенції та розмаїття. Вірячи, що аналіз шляхів, методів та наслідків транскордонної мобільності права буде найбільш значним внеском до порівняльного права в нашому столітті, ми далі досліджуємо старі й нові метафори порівняльного права.

<sup>1</sup> Ми використали і проаналізували терміни «транспозиція» і «налаштування» на прикладах. Див.: [24; 28]. Див. також: [23].

<sup>2</sup> Наприклад, Д. Берковіц, К. Пістор і Ж.-Ф. Рішар говорять: «Існуючий формальний правопорядок у більшості країн світу був сформований шляхом трансплантації формальних правових систем, які розвинулися в кількох європейських країнах наприкінці XVIII — на початку XIX ст.», й ці похідні формальні правопорядки були побудовані протягом XIX і початку XX ст. [5].

<sup>3</sup> Очевидно, що не всі прихильники модернізації вважають відповідним покладання на зарубіжні моделі. К. Кулчар, наприклад, сумнівається в цінності порівнянь між такими різними суспільствами, як Ефіопія та Угорщина, і каже: «Я бачу найбільш важливу характеристику сучасності в тому, чи суспільство спроможне безперервно соціально змінюватися, використовуючи свої внутрішні умови». Див.: [12, с. 18]. Також див. рецензію на цю книгу І. Погани: [31]. Це, тим не менш, включає внутрішні транспозиції та налаштування, а тому може розглядатися як таке, що підпадає під діагноз «права як транспозиції».

## 1. Старі та нові метафори порівняльного права

Термінологія, використовувана в класичних описах переміщення права, така як трансплантант, нав'язування (імпозиція) і рецепція, була доповнена барвистим словником, що виділяє нюанси в окремих випадках цієї мобільності, такі як щеплення, імплантація, повторне наповнення і взаємне запилення<sup>1</sup>. Нині розробляються нові поняття і засади для аналізу: «колективна колонізація», «забруднювачі», «правові подразники», «правове скупчення», «пунктирне право» і «конкуренція правових систем». Такі образи, як «забруднення», «щеплення», «подразнення» й «інфільтрація», є відповідними опису реалій сьогодення, а терміни «рецепція», «нав'язана рецепція» та «узгоджений паралельний розвиток» відображають сучасні процеси.

Хоча термін «правовий трансплантант»<sup>2</sup> був звичайним, що прикладався до всіх імпорتنих та експортних операцій, ми вважаємо, що термін «транспозиція», використовуваний в музиці, є кращим. Термін «транспозиція» більшою мірою підходить для випадків масивних змін, заснованих на конкуруючих моделях, через які змінюється ціле правове поле. У музичній транспозиції кожна нота приймає те ж відносне місце в лінійці нового ключа, як у старій, «транспозиція» здійснюється для врахування особливостей конкретного інструменту або діапазону голосу співака. Так само в праві. Кожні введені правові інститут або норма використовуються в правовій системі реципієнта так, як це було в системі моделі, транспозиція відбувається для врахування конкретних соціо-правової культури і потреб реципієнта. Насправді може відбуватися низка «транспозицій», оскільки жодна модель не обов'язково використовується лише одним реципієнтом. Навіть те, що називається «взаємний вплив», що є більш поширеним нині серед компаративістів терміном, насправді є низкою транспозицій.

Події наших днів можна розглядати як випадки транспозиції, і «налаштування», яке відбувається після транспозиції відповідними акторами реципієнта, є ключем до успіху. Якщо старі моделі відкинуто «оптимістичним нормативізмом», а нові правові моделі ще шукаються [1, с. 1087–1105], трансплантована правова система, яка не сумісна з культурою країни-реципієнта, без відповідної транспозиції та налаштування утворить лише віртуальну реальність [34, с. 55]. У відповідь на питання, як правові ідеї, інститути і структури знаходять шлях від одного місця до іншого, було влучно сказано, що «право не має крил» [33]. Це саме по собі свідчить про важливість тих, хто переносить право і бере участь у його інтерналізації (засвоєнні) й, отже, у тому, що я називаю «налаштування» («тюнінг»). Їх значення, у свою чергу, підтверджується тим фактом,

<sup>1</sup> Щодо першого терміна див. працю А. Ватсона, в якій він також згадує нав'язану рецепцію, імпозицію за домаганням, крипто-рецепцію і щеплення: [39, с. 30]. Більш повний список див. у нашій праці: [22, с. 5]. Тут ми бачимо перехресне запилення, охоплення, емуляцію, інфільтрацію, проникнення (інфузію), засвоєння (перетравлення), салатницю, плавильний котел і транспозицію (перенесення).

<sup>2</sup> П. Дж. Монатері стверджує, що термін «правовий трансплантант», використаний А. Ватсоном з «науковою метою», нині взятий на озброєння «цілеспрямованими практикуючими юристами», що беруть участь у проектах «експорту своїх власних правових систем». Див.: [18, с. 83]. Трансплантанти також були класифіковані на чотири групи: безпосередньо сприйнятливі, безпосередньо несприйнятливі, непрямо сприйнятливі, непрямо несприйнятливі. Вказувалося, що навіть «трансплантант» з «трансплантанта», тобто непрямий трансплантант, а не «оригінальний» (прямий) трансплантант, може бути успішним. Див.: [5, с. 15].

що країни, які адаптують трансплантоване право, мають більш ефективну законність, тобто вони розвивають свої формальні джерела, створюють ефективні правові системи, мають ефективний економічний розвиток [5, с. 5]. Особливо «добровільний трансплантат збільшує свою сприйнятливість, значно адаптуючи зарубіжний формальний правовий порядок до вихідних умов, зокрема до вже існуючого формального і неформального правопорядку» [5, с. 11]. Тому «шлях, яким закон трансплантується, є більш важливою детермінантою, ...ніж його походження з конкретної [правової] сім'ї» [5, с. 19].

З історичної точки зору, більшість налаштувань робилося ззовні тим, хто нав'язував або експортував право. Так було у випадку, коли британці кодифікували загальне право для його запровадження на Індійському субконтиненті. Це не дуже уважний вид налаштування, він не може повною мірою враховувати особливості нового поля, оскільки настроювач не є активним гравцем на новому інструменті. Потрібне внутрішнє налаштування, і настроювачі зазвичай мають бути національними суддями. Проте, для успішної транспозиції налаштування необхідне на всіх рівнях, у тому числі на рівні юридичної освіти. У всіх випадках навіть старі інструменти повинні бути налаштовані на нові проблеми, наприклад, у випадку електронної комерції або інтернет-шахрайства. Можна було б піти далі й сказати, що кожного разу коли суд відходить від свого попереднього рішення, він здійснює налаштування й іноді переносить норму або принцип з якихось інших сфер права для вирішення розглянутої проблеми.

Коли Н. Гріф говорить, що право Європейського Співтовариства справляє глибокий вплив на загальне право і заново формує англійський правопорядок, наприклад, він припускає, що слід оцінити цей вплив критично і визначити, чи є це коригування або «забруднення» [9, с. 110]. Н. Гріф вважає цей вплив скоріше «чинником, який формує звичку», коли практика входить у свідомість суддів, судді визнають її цінність, використовують її, а потім знаходять для неї інші застосування [9, с. 110]. Це може бути «здоровим впливанням». Термін «впливання» вказує на більш тонку, позитивну й проникаючу інфільтрацію, ніж термін «забруднювач». Можна, звичайно, розглядати саме загальне право як «забруднювач» континентального романо-германського права, так як деякі концепти та інститути англійського загального права вже інфільтрувалися в право держав-членів ЄС та саме право ЄС<sup>1</sup>. Ми стверджуємо, що те, як хтось оцінює цей процес, цілком залежить від його позиції з цих питань, що відсилає нас до повсякденного образу півсклянки води як «наполовину повної» або «напівпорожньої»<sup>2</sup>. Крім того, в безлічі діянь і прикладів завжди можна вибрати ілюстрації для підтримки власної позиції.

Г. Тюбнер використовує концепт «правових подразників» щодо трансплантації континентального принципу *bona fide* (добросовісності) безпосередньо до тіла британської договірної права через Директиву ЄС щодо захисту прав споживачів 1994 р. «Правовий подразник» визначається автором як альтернатива правовим трансплантатам: «коли іноземна норма накладається на націо-

<sup>1</sup> З історичної точки зору англійське загальне право також забруднило колишні колонії, такі як Сент-Люсія, де вже існували романо-германські за своїми засадами кодекси.

<sup>2</sup> У тому ж дусі Р. Ціммерманн розповідає притчу про милосердного самарянина і використовує образ «скоріше напівживий, ніж напівмертвий» для опису пораненого на шляху до Єрихону. Див.: [40, с. 188–189].

нальну культуру, ...відбувається ще щось. Це не трансплантація в інший організм, а скоріше це діє як фундаментальне подразнення, яке викликає цілий ряд нових і несподіваних подій, ...це подразнює “зобов’язальні механізми” права» [36, с. 12]. Такі документи, як Принципи європейського договірної права та Принципи УНІДРУА щодо міжнародних комерційних договорів, поширюють принцип добросовісності на інші сфери. «Заразний вірус вже проникнув у загальне договірне право, особливо у Сполучених Штатах...» [36, с. 11]<sup>1</sup>. Г. Тюбнер стверджує, що це явище не слід оцінювати з точки зору правової трансплантації, і не як відштовхування і неприйняття взаємодії та інтеграції. Тобто, є питанням, чи принцип добросовісності після трансплантації буде «відхилено імунною реакцією *corpus iuris britannium*» або він буде працювати і продуктивно взаємодіяти «з іншими елементами правового організму» [36, с. 12]. Деякі вчені також стурбовані таким розвитком подій, в той час як інші вважають це «здоровим вливанням» [36, с. 11].

Якщо розглянути термін «правовий подразник» на прикладі концепту «добросовісності», можна почерпнути деякі корисні вказівки щодо явища «транспозиції». Г. Тюбнер каже: «правові подразники не можуть бути одомашнені... Скоріше вони запустять еволюційну динаміку, в якій значення зовнішньої норми буде заново сконструйовано і внутрішній контекст зазнає фундаментальних змін» [36, с. 11]. «Добросовісність» буде сконструйовано заново відповідно до британського права, і її значення буде трансформовано. Навіть якщо перенесення є формальним і прямим, а не через інфільтрацію чи просочування, норма, згідно з Г. Тюбнером, «може виглядати так само, але насправді вона змінилася з її асиміляцією в новій мережі правових відмінностей» [36, с. 19]<sup>2</sup>. Г. Тюбнер також висуває аргумент, що нові розбіжності з’являться як ненавмисні наслідки європеїзації національних правових порядків. Повертаючись до принципу «добросовісності», виходить, що він не буде трансплантований як такий, але подразнюватиме британське право і набуде помітно різних розумінь, «нових дисонансів від гармонізації» [36, с. 20]!

Розвиток концепту в конкретному історичному і культурному «сузір’ї» визначає його остаточну форму, так що навіть якщо вихідний пункт той самий, стаються розходження. Ми знаємо, що немає тотожного права. Г. Тюбнер вважає, що у Великій Британії «добросовісність», разом із «законними очікуваннями», «пропорційністю» та іншим «континентальним шумом», «викличе глибокі, довгострокові зміни від високо формальної норми, зосередженої на прийнятті рішень у договірному праві, до більш дискреційної, заснованої на принципах суддівського мислення» [36, с. 21].

Питання не в тому, чи відкине британська договірна доктрина, чи інтегрує принцип добросовісності, але, швидше, при новому конструюванні згідно з британським правом, «які перетворення значення переживе термін, як зміниться його роль?» [36, с. 12]. Крім того, перенесення завжди «стикатиметься з особливостями нової правової культури» та з опором, зовнішнім щодо права, різних соціальних очікувань дуже різних соціальних середовищ<sup>3</sup>. Це було б, я

<sup>1</sup> Принцип добросовісності також присутній у ст. 1.106 Принципів європейського договірної права та міжнародного комерційного права.

<sup>2</sup> Це можна порівняти з «транспозицією».

<sup>3</sup> Серед цих зовнішніх сил Г. Тюбнер називає ринки, організації, професії, сектор охорони здоров’я, соціальне забезпечення, сім’ю, культуру і релігію.

думаю, бажаним результатом і, отже, позиція Г. Тюбнера підтримує твердження, що право являє собою процес транспозиції.

Терміни «забруднювач», «просочування» і «подразник» є чудовими доповненнями до словника аналізу взаємних впливів і транспозиції. Тим не менш, у його повсякденному використанні «забруднювач» не є нейтральним словом. Можна зрозуміти, якщо будь-яка людина, яка використовує це слово вперше в цьому контексті, не вважає позитивним явищем, що транспозиції відбуваються і зарубіжні концепти та структури просочуються в національний правовий ґрунт. Вони просочуються і забруднюють. Вони просочуються і подразнюють. Вони не очищують чи виправляють. Так само слово «просочування» не є нейтральним. Будь-кому можна порадижити, щоб залишатися чистим, не наближатися до джерела забруднення. «Забруднювач» має конотацію псування речі, якої він торкається, навіть якщо він може тільки залишити слід. Однак, є фактом, що англійське право, наприклад, вже було забруднене, а тому про чистоту годі й говорити. Тим не менш, як вираз, абстрагований від його буквального значення, термін «забруднювач» може бути використаний як нейтральний — як той, що «залишає слід», як і процес вмирання, який відбувається, коли дві речі різних кольорів перуть разом. Навіть у цьому випадку одна з них може розглядатися в якості винуватця, окрім випадків, коли вмирання є взаємним, у випадку чого ми маємо новий колір для обох речей! Це можна розглядати як справжню конвергенцію. Можна також уявити зникаючі кольори, які поступово тьмяніють і можуть, нарешті, зникнути! Це може статися навіть до того, як вони стануть «подразником».

Так само не є нейтральним слово «подразник». Спосіб, у який «правовий подразник» представлено і визначено, передбачає «викликання нових і несподіваних реакцій», які можуть бути побічним ефектом першого «забруднення». У цьому сенсі він узгоджується з переконанням А. Ватсона щодо впливу рецепції на уяву і щодо того, що «запозичення часто є творчим» [38, с. 345]. «Здорове вливання», однак, є більш позитивною і проникаючою інфільтрацією.

Чи вірно тоді сказати, що імплантація в британський ґрунт «живого права», підживлена і удобрена специфічними поживними речовинами і умовами зарубіжного ґрунту, не може вкоренитися або виростити нові корені? Імпорт у Британії виживав навіть коли обрізалось коріння, завдяки «кореновому порошку», доданому британськими «садівниками».

Також не є правдою, що британський ґрунт неродючий і континентальні концепції й інститути не можуть рости і квітнути на ньому. Чому очікуємо «відштовхування», а не «взаємодії»? Метафора «подразника», взята в її позитивному значенні, може насправді привести до бажаного результату. Це те, що потрібно для успішної транспозиції. Це гармонія, а не гармонізація. Зближення не означає спробу досягти тотожності, але прийняття різноманіття. Тільки тоді, коли різноманіття приймається, може бути «здорове вливання». Тільки в цьому випадку перенесені норми стають «інтерналізованими» і так починають працювати. Переплетення відмінностей призводить до конвергенції. Якщо правові відносини розглядаються в рамках «взаємних впливів», тобто як ряд перехресних потоків, а не як односпрямовані рухи «забруднювачів» або «подразників», то від «взаємного просочування» правовий світ загалом може мати значні вигоди і збагачуватися через розбіжності, що утворюються на різних ґрунтах. Такі переміщення, особливо коли вони мають місце в рамках пев-

ного типу «нав'язаної рецепції», як у випадку з директивами ЄС, не може бути просто відкинуто. Існуючі рослини можуть цвісти при цьому «подразненні» й відтак продукувати життєздатні нові підкатегорії, які можуть потім, у ході триваючого змішання, як, наприклад, між державами-членами ЄС, переплітатися, збагачуючи ринок правових систем. Той факт, що ідентичність принципово змінюється, не має жодного значення, якщо нові види майстерно і творчо виконані. На прищеплених рослинах насправді можуть вирости гарні плоди! Різниця полягає у «кореновому порошку», який застосовують садівники!

Гармонія є, зрештою, можливість комунікації й спілкування. У ціннісно-нейтральному вимірі як «забруднювач», так і «подразник» може бути використаний для пояснення того, що відбувається між правовими та соціальними системами держав — членів ЄС, чи вони є загально-правовими, романо-германськими чи «змішаними». Забруднення може призвести до подразнення. «Подразник» може також слугувати як «коректор», надихаючи надалі на виправлення, наприклад, «історичної випадковості». У цьому світлі всі «взаємні впливи» можуть бути «здоровими вливаннями». Це вливання можна екстрагувати з найбільш ефективного рішення, представленого конкуруючими правовими системами. Якщо всі правові системи, залучені до цього, будуть слугувати в якості забруднювачів і продукувати подразники одна для одної, право буде лише збагачуватися, а соціальні культури — одержувати від цього користь. Це вимагає активності систем і «добросовісності»!

## 2. Результати транснаціональної міграції права

Коли відбуваються транснаціональні міграції і зустрічаються елементи з різною внутрішньою логікою [25, с. 310], розбіжності між ними є структурними, змістовними або культурними. Там, де є невідповідність між моделлю і реципієнтом, історія говорить нам, що результатом зазвичай стає «змішана правова система»<sup>1</sup>. В отриманій правовій системі різноманітні елементи співіснують. Будь-яке реальне змішання залежить від низки чинників. Цілком можливо, що відсутні соціально-культурні, а є тільки право-культурні відмінності, так що в момент, коли різні елементи змішуються, один з елементів стає домінуючим в силу політичних чинників, чи, знову ж таки, від початку один з елементів може бути системно видалений діями авторитарної влади.

Внаслідок транснаціональної міграції права у правовій та соціальній системах реципієнта виникає багато проблем. Правові системи в цій ситуації розвиваються, стають перехідними, взаємопов'язаними або починають ставати змішаними. Окремої уваги вимагають право-культурна конвергенція або не-конвергенція, які можуть стати результатом імпорту, і будь-яка пов'язана з цим соціокультурна не-конвергенція. У цьому контексті становлять нині особливий інтерес, з одного боку, культурний плюралізм, зіткнення різних культур і наслідки для правової системи, яка здійснює імпорт, а з іншого — правовий плюралізм.

Наслідки можна представити у вигляді спектра [22, с. 10–12], і результат залежить від умов, таких як обсяг транснаціональної міграції, характеристики переміщення права, успіх або неуспіх транспозицій і «налаштування», елемент

<sup>1</sup> «Змішана правова система» в класичному розумінні є результатом зустрічі правових систем з різними соціальними та / або правовими культурами. Див.: [26, с. 344–345]. Див. інший підхід: [17].

сили або вибору, притаманний цьому руху, і соціальна культура нового середовища. У цьому спектрі між соціо-культурними та право-культурними системами можуть сформуватися суміш або з'єднання. Однією крайністю є трансплантант, який не працює, можливо, тому, що справжня транспозиція не відбулася [19; 20]. У цьому випадку офіційна правова система «згортається» і стає дисфункціональною, як, наприклад, у Буркіна-Фасо. Інша крайність — коли транснаціональна міграція працює дуже плавно — або через обширні подібності в структурі, змісті й культурі та добре «налаштування», або через сильний поштовх від правлячої еліти чи юридичної професії, тобто інших настроювачів, акторів права<sup>1</sup>. Між цими крайностями лежать системи, де зібрані разом елементи, подібні у соціально-культурному, але відмінні у право-культурному відношенні, результатом чого є змішана правова система «простого» типу, наприклад, Шотландія, з інгредієнтами, які перебувають у процесі змішування<sup>2</sup>. Крім того, є «складні» змішані системи, де різними є як соціально-культурні, так і право-культурні елементи<sup>3</sup>. Прикладом цього є Алжир. Наступними за складністю є системи, такі як у Судані й Зімбабве, де інгредієнти знаходяться окремо, далеко один від одного, і діють внутрішні колізійні норми<sup>4</sup>. Наприкінці спектру перебуває «згортання», про яке вже згадувалося.

Ми розглядали результати транснаціональної міграції права в різних країнах у чотирьох відношеннях: «шляхи, якими здійснюється міграція», «метод і конкретні методики міграції», «результати міграцій» і «концептуальні та майбутні наслідки міграції» [22, с. 10–12].

Нині це явище не повинно розглядатися історично, оскільки наголос, наслідки транснаціональної міграції права та використовувані засоби відрізняються від тих, що були в минулому. Наприклад, однією з основних відмінностей є те, що нині експортер на ринку упаковує свою модель, щоб вона виглядала найбільш привабливо, так, щоб надавали перевагу їй, а не іншим. Це є одночасно ринок покупців і продавців. Це ринок покупців, так як є значна кількість моделей, з яких можна вибирати. Це ринок продавців, так як імпортери не мають реальної свободи вибору, адже ринкові сили прив'язують їх лише до певних моделей<sup>5</sup>. Інша відмінність у тому, що хоча даний час не є періодом імпозиції (нав'язування), так як ми більше не стикаємося з колоніальними відносинами, але при цьому рецепція не є добровільною. Це час нав'язуваної рецепції, тобто добровільної діяльності щодо імпорту в обставинах, коли експортери мають всі козири<sup>6</sup>. Існує також тенденція більшою мірою оцінювати весь процес з точки зору експортера, а не імпортера, хоча інтереси імпортера нині більш ефективно захищаються.

Більшість «взаємного впливу» в Європі нині відбувається в ЄС, але транспозиції із західних правових традицій до східно- та центральноєвропейських

<sup>1</sup> Цей тип можна назвати «пюре», де елементи повністю змішані.

<sup>2</sup> Цей тип можна назвати «салатницею».

<sup>3</sup> Цей тип можна назвати «італійською салатницею», де хоча соус покриває салат, легко і чітко можна визначити інгредієнти через боки скляної ємності.

<sup>4</sup> Цей тип можна назвати «англійською салатною тарілкою».

<sup>5</sup> Наприклад, ті, хто хоче вступити до ЄС, не можуть не слідувати його моделям, повторюють його директиви і т.д.

<sup>6</sup> Завжди існує небезпека надмірної трансплантації та надлишкової пропозиції. Однак, інших небезпек мало, оскільки донори хотіли б зберегти свою репутацію, вплив, владу, багатство і задоволення. Див.: [33, с. 21].



правових систем мають таке саме, якщо не більше, значення. Основним завданням порівняльно-правових досліджень у самій Європі є дослідження «нового *ius commune*» з метою сприяння інтеграції і створення прикладу успіху правових транспозицій як основи для конвергенції. Європа також прагне заручитися підтримкою порівняльно-правових досліджень у експорті правових ідей та інститутів, допомозі правовим реформам через точне відображення конкуруючих моделей з набору наявних західноєвропейських правових систем. У інших місцях відбуваються інші взаємні запилення, як, наприклад, між Китаєм і Гонконгом. Наслідками є народження «нового виду змішування» [26, с. 351], розмивання демаркаційних ліній між загальноприйнятими класифікаціями правових сімей, а також загроза нових зіткнень між правовими культурами, або між ними і соціо-культурами. Засобом, як видається, є добровільна рецепція, а не колонізація і нав'язування, як у минулому, проте, як зазначалося вище, в деяких випадках є більш помітними нав'язані рецепції. Слід пам'ятати, що часто транснаціональне поширення права не відбувається через те, що сила та внутрішня або інструментальна цінність самих ідей чи інститутів залежить від зовнішніх факторів, таких як політичний і символічний. Політична репутація донора, бажання належати чи гармоніювати з певною групою, або легкість доступу час від часу стають чинниками, які можуть визначити модель транснаціональної міграції правових ідей, інститутів і структур [33, с. 2–18].

### 3. Перевірка гіпотез і метафор

#### 3.1. Східна і Центральна Європа

У правових системах Східної і Центральної Європи можна перевірити концепти «конкуруючих правових систем», «випадку», «вибору», «престижу», «привабливості» і «елітності». Терміни «рецепція», «нав'язана рецепція», «імітація», «узгоджений паралельний розвиток», «транспозиція» і «багат шарове право» також можуть бути оцінені в цьому контексті. Дж. Аджані висвітлює питання про те, чи відповідають «нові правові моделі» сучасним потребам постсоціалістичних економік. Він також підкреслює той факт, що для успішності імпорту повинна відбуватися адаптація (те, що ми називаємо «транспозицією») до умов країн-реципієнтів [2, с. 70]. Розглядаючи запозичення в трьох прибалтійських країнах, він зазначає, що у Латвії відбулося повернення до досоціалістичного кодексу; Литва слідувала угорському і польському прикладам і поступово оновлювала чинні тексти, зберігаючи при цьому загальний план існуючого кодексу; Естонія вирішила прийняти новий кодекс, у значній мірі запозичений з германських моделей<sup>1</sup>. Праця Дж. Аджані показує широку роль транспозицій в країнах Балтії<sup>2</sup>. Крім того, він розглядає Цивільний кодекс Росії 1995 р., який «увібрав, як губка, багато нових положень зарубіжного законодавства та прогресивну цивілістичну думку» [2, с. 72].

Нові правові системи країн Центральної та Східної Європи можна назвати «багат шаровими» або «пунктирними», якщо не просто «змішаними», залеж-

<sup>1</sup> Див. щодо впливу кодексу Луїзіани: [37, с. 1027]. Естонія також сприйняла американське законодавство про банкрутство за допомогою розробників — викладачів юридичного факультету Джорджтаунського університету.

<sup>2</sup> За можливим винятком Латвії.

но від поширеності просочування і ступеня вирішення внутрішніх протиріч між шарами права і культури. Використання права для здійснення правових і соціальних перетворень і успіх транспозиції та налаштування будуть перевірені заново в найближчі десятиліття<sup>1</sup>.

Е. Еванс, наприклад, говорить, що «вплив іноземної моделі на внутрішню політику може бути двох типів: штовхає і тягне, а «в контексті відносин між Співтовариством та третіми країнами в Європі [здійснюється], як видається, вплив обох видів». «Третя країна тягнеться за власним бажанням до зближення зі Співтовариством і штовхається своїми виробниками, які бачать, що добровільна гармонізація необхідна для полегшення їх доступу на європейський ринок» [7, с. 202]. Припускається, що ці країни формуватимуть правові основи їх економічних систем, слідуючи моделі Співтовариства як «незворотнім правовим рамкам для інтеграції».

Важливе питання для юристів-компаративістів полягає в тому, якими будуть наслідки цих змін для «нового *ius commune*»? «Єдності чи гармонії в різноманітності» можна легше досягти, ніж «конвергенції та інтеграції через усунення розмаїття». «Новий *ius commune*» може бути досягнуто шляхом поваги до відмінностей, використання «транспозицій» та при розміщенні «різниць» у гармонії, а не пошуку «подібностей».

### 3.2. Туреччина

Приклад Туреччини може бути використано для тестування ролі транспозиції в системі, де «транскордонна мобільність права» відбувалася між різними у соціо-культурному та право-культурному відношеннях суспільствами. Тут може бути протестовано термін «пунктирна» правова система, а також концепти «принагідності» та «історичної випадковості». Проблеми, що стоять перед даним реципієнтом масштабного запозичення і його наслідків, а також сучасний вплив і продовження стосунків між моделлю (моделями) і реципієнтом можна оцінити. У той же час налаштування, необхідне для вирішення залишкових проблем релігії і культури, може бути вивчене, і такі терміни, як «рецепція», «додаткова рецепція», «подразник», «нав'язана рецепція», «модернізація через запозичення іноземних моделей» і «конкуруючі системи», може бути перевірено. Стверджується, що акцент на «правовій культурі» та її ролі у визначенні рамок національного права в кінцевому підсумку «запобігає» або «спотворює» запозичення [18, с. 84]. Насправді це може бути найбільш плідним елементом розвитку, оскільки відображає уважне налаштування при транспозиції<sup>2</sup>.

Запозичення в Туреччині відбулося в той час, коли нова правова система розвивалася і була все ще незавершеною. Підхід «непов'язаності з соціо- і правовою культурою» був байдужий до історії права. Система була, звичайно, «слабкою» і широко відкритою для іноземного культурного вторгнення [18, с. 85]. Насправді деякі з існуючих традиційних інститутів самі були об'єктом трансплантації. Крім того, оскільки було імпортовано не лише зміст, а й струк-

<sup>1</sup> Передбачається, що для того, щоб зрозуміти правові системи Центральної та Східної Європи, ми повинні розглядати їх знизу вгору і орієнтуватися на джерела, а не зверху вниз, орієнтуючись на цільовий підхід. Будь-які порівняння між загальним, романо-германським та соціалістичним правом також демонструють «дилему перекладу». Див.: [11, с. 121].

<sup>2</sup> Див. обговорення випадків, де відображено таке налаштування, у: [24, с. 81–118].

туру, правова система стала дуже схожою на західні правові системи. Цей досвід доводить, що «між двома абсолютно різними системами всеохоплююча рецепція є легшою, ніж широка імітація окремих норм та інститутів» [32, с. 400].

За колоніальних відносин, наприклад, в Індонезії, Індії чи Гонконгу, прямий контакт з моделлю впливав на соціальну систему. В Туреччині, на рівні права, успіх імпорту є безсумнівним; змішані шари сучасного права з різних джерел були успішно адаптовані до умов реципієнта<sup>1</sup>. Водночас, залишається сумнівним, чи імпорт справив бажаний вплив на все населення. Загальновідомо, що для успіху такої рецепції вона має бути підтримана освітою, активністю суддів і творчістю вчених. Часи рецепції також є часами національної творчості. «Віруси», які потім стають «подразниками» і викликають появу «антитіл», повинні ретельно і творчо розвиватися. Концепти «формування звички», «забруднювача», «правового подразника» і «здорового вливання» обговорювалися вище. Еволюційну динаміку, що випливає з цих явищ, можна спостерігати на прикладі турецького права і його пристосування, налаштування і гомогенізації. Розбіжності й неавмисні наслідки цих явищ також може бути розглянуто. Такий розвиток подій спостерігався нами й щодо інших країн [24; 28; 23; 30].

У такому випадку, як турецький, завжди є побоювання, що соціальна і культурна система і правова система не легко дійдуть відповідності. Однак, результати низки досліджень показують, що трансплантована правова система насправді вплинула навіть на сільські райони Туреччини<sup>2</sup>.

Заради справедливості слід сказати, що «пюре» турецького права і його «пунктирна» природа разом з «пунктирним» характером соціо-культури зберігаються й нині. Офіційна правова система в Туреччині виконує роль балансування. Інколи вона намагається зайняти тверду позицію, в інших випадках дозволяє бути почутими традиціоналістським уявленням. Тим не менш, вона виживає попри всі труднощі завдяки настроювачам транспозицій.

### 3.3. Англія і Шотландія

Англійське загальне право також можна вивчати з метою побачити, як діє взаємний вплив між романо-германським і загальним правом, і оцінити те, наскільки дві правові традиції здатні змішуватися і переплітатися за допомогою обережного налаштування. Це може набути життєво важливого значення, якщо пан-європейські кодекси матимуть якісь шанси на успіх, як щодо їх створення, так і щодо їх реалізації. Це правда, що кодифікація не є частиною британської правової культури. Вона може, однак, стати «забруднювачем». Вона також може стати «подразником». Хоча малоімовірно, що у найближчому майбутньому існуватимуть загальноєвропейські кодекси, навіть якби вони існували, британський підхід до імплементації та інтерпретації не буде ідентичним німецькому; не є ідентичними останньому та між собою також гол-

<sup>1</sup> Тим не менш, в їх економічному аналізі, Д. Берковіц та ін. розмістили турецьку правову систему в своїй Таблиці 3 як «несприйнятливую» до трансплантації, з нульовою адаптацією та чужорідною [5, с. 37].

<sup>2</sup> Дж. Старр і Дж. Пул стверджують, що «наші дані... свідчать, що турецька революція є більш ніж формальною» [35, с. 533]. Е. Банакас стверджує, що: «Відданість турецьких лідерів щодо досягнення успіху в своїй цілі зрештою викликала бажану зміну існуючої соціально-економічної структури через імпорт правової системи» [4, с. 294].

ландський або французький підходи [40, с. 107–185]. Право, зрештою, є безперервним процесом транспозиції.

Дещо з теоретичної термінології, як «просочування», «забруднення», «подразник», «підкладка», «накладка», «взаємне запилення» та «дифузія», може бути перевірене на досвіді Англії і Шотландії.

Д. Іббетсон називає рецепції з романо-германського та римського до англійського права «спорадичними», і випадками «фільтрації в загальне право романо-германського мислення» [10, с. 228]. Він стверджує: «амальгама цих чинників забезпечувала те, що англійське право неодноразово, якщо не постійно, збагачувалося ідеями, почерпнутими з романо-германської традиції». Те, що воно розвивалося в повній ізоляції від романо-германського права, є надмірно сирим узагальненням. «Тим не менш», — каже він, — «ми повинні остерігатися заходити занадто далеко в протилежному напрямі, характеризуючи англійське право лише як ще одну еманацию західноєвропейської правової традиції, заснованої на *ius commune*» [10, с. 229]. Англійське право отримало «ін'єкції» римського права. Проте, будь-які норми, засновані на римському праві чи пізнішому *ius commune*, «були негайно відрізані від свого коріння» та «асимільовані у специфічно англійських рамках і дали життя поза їх первісним контекстом». Отримане нове право «не залишилося в діалозі зі старим правом, з якого його було виведено»; і «з часу, коли запозичення були відрізані від свого коріння, вони перестали бути частиною тієї [первісної] культури» [10, с. 229–230]. Хіба це не є справжнім «правом як транспозицією»?

Більше того, були і залишаються постійними відносини [англійської] з шотландською правовою системою, яка сама по собі є «змішаною» з підкладкою римського, голландського та французького права і частковою накладкою загального права. Слово «частковою» використано тут навмисно, оскільки шотландська правова система захищена Актом унії 1707 р. Тим не менш, відбувається сильне і безперервне просочування з англійського до шотландського права і, таким чином, англійське загальне право і право інших країн загального права, таких, як Австралія, Нова Зеландія і Канада, забезпечують часткове накладення. Цей стан співіснування у Великій Британії призвів також, як і слід було очікувати, до певного зворотного просочування. Вплив нерівний, але все ж взаємний. Одним з добре відомих прикладів такого зворотного просочування є *forum non conveniens*<sup>1</sup>, іншим — «необґрунтоване збагачення»<sup>2</sup>. Хоча посилення на шотландське право в англійських судах не поширене, але лорд-суддя Бінгхем стверджує: «Зрештою, як ми знаємо, — не в останню чергу в зв'язку з діяльністю лорда Гоффа, як адвоката і судді, й мудрості лорда Диплока — шотландські норми було прийнято в Англії. Але знадобилися три апеляції до Палати лордів, щоб встановити право, яке, як видається, мало існувати завжди, а можливо й існувало, адже англійські юристи у різний час були здатні подивитися на північ від кордону і усвідомити, що прийняття юрисдикції англійського суду не обов'язково є безперечним благом для всіх зацікавлених сторін» [15, с. 517].

<sup>1</sup> Визначення суду з найбільш відповідною юрисдикцією в певній справі. — Прим. перекл.

<sup>2</sup> Див. також щодо фрустрації договорів оренди: [21]. Щодо впливу шотландського права на англійське у сфері міжнародного приватного права див.: [38, с. 341].

Романо-германські і шотландські рішення, концепції та інститути були розвинені, модифіковані й, таким чином, налаштовані англійськими адвокатами. Подібно до Д. Іббетсона, процитованого вище, К. Льюїс стверджує, що «як тільки континентальні ідеї були імпортовані до Англії, їх пуповина була обрізана» [14, с. 50]. Континентальні романо-германські концепти були або «недовговічними фарбами», або стали «подразниками», або самі були «забруднені» загальним правом.

Чи європейське право має розглядатися як «коректор» або «забруднювач» загального права? [9, с. 110]. Це питання заслуговує окремого коментаря, особливо зважаючи на його теоретичне значення. Однак, слід оцінювати наслідки відносин у рамках Європейського Союзу як приклади «взаємного впливу» чи «перехресного запилення», а не лише через забруднення загального права через романо-германський внесок у право ЄС.

#### 4. Майбутнє

Багато питань пов'язано з транскордонною мобільністю права і реаліями взаємовпливу і взаємозбагачення — такі як європейська інтеграція, узгодження загального і романо-германського права, соціалістичного і романо-германського права, майбутнє правових систем, які перебувають у перехідному періоді, проблеми реципієнта або імпортера правового експорту. Впливи відбуваються не лише між власне правовими системами, а й між соціо-культурами, правовими культурами і правовими системами.

Держави у перехідному стані, готові до правової реформи і модернізації, розглядають моделі інших держав, які соціо-культурно та/або право-культурно відрізняються від них. Такі моделі дійсно допоможуть тільки якщо їх правильно транспонувати, і якщо при цій транспозиції відбудеться місцеве налаштування. Це правда, що навіть системи, які належать до однієї правової традиції, мають проблеми, коли запозичують одна в одній<sup>1</sup>. Очевидно, є й більш серйозні проблеми, коли правові системи, що належать до різних традицій, таких як соціалістична, релігійна чи традиційна, звертаються до романо-германських або загально-правових систем. Це має викликати більшу уважність з боку правових систем, які ніколи не були повністю частиною єдиної правової традиції<sup>2</sup>. Ці питання, які є загальними проблемами порівняльного права, мають особливий інтерес для правових та соціальних систем на прийнятному кінці переміщення від романо-германських і загально-правових моделей при спробі перетворення їх суспільств і права.

А. Ватсон вважає, що не потрібно багато знати про контексти як донора, так і реципієнта, просто слід знайти «ідею», придатну для імпорту [39, с. 79]<sup>3</sup>, а подібність не є необхідною для успішної трансплантації чи плідного взаємного

<sup>1</sup> У сферах, де право швидко розвивається або відкриваються нові сфери права, британські суди, наприклад, зважають на інші системи загального права, які вважаються близькими в соціо- та право-культурному відношеннях. Але навіть у цих випадках час від часу можна зустріти справи, в яких Нова Зеландія або Австралія визнаються «занадто прогресивним» або як такі, що спираються на «інші філософські й соціальні засади». Щодо таких справ див.: [29, с. 206].

<sup>2</sup> Розглянемо, наприклад, Уніформований торговий кодекс США в Узбекистані або німецький Кодекс щодо банкрутства в Киргизькій Республіці.

<sup>3</sup> Тим не менш, Д. Берковіц та його співавтори показують важливість не лише «адаптації», а й «близькості» як міри сприйнятливості. Див.: [5].

запилення. Відмінності між національними нормами не обмежують їх імпорт, хоча відмінності у правовій культурі є найсерйознішою причиною неузгодженостей<sup>1</sup>. А. Ватсон стверджує, що навіть незрозуміле може бути трансплантоване. Може, у такому випадку «налаштування» стане життєво необхідним спалахом?

Слід пам'ятати, однак, що те, що насправді відбувається при таких рухах, часто не є питанням вибору, а справою випадку, якщо не необхідності й нагальності. Деякі східно-європейські системи, наприклад, які готові вступити до ЄС, повинні якось підготувати себе до зміни «бажаного напрямку», і таке бажання не обов'язково внизу є таким самим, як і вгорі, або у зовнішніх сил. Ці системи насправді мають мало вибору в цьому питанні. Відносини ведуться між сторонами, що мають нерівні владу і вплив. Так що сподіватися слід лише на транспозицію і наступне уважне налаштування акторами й установами реципієнта.

Оскільки системи у перехідному стані розглядають набір конкуруючих моделей, наявних у Західній Європі та Америці, з метою переробки і модернізації своїх правових, економічних і соціальних систем, відкривається цілий новий світ дослідницьких можливостей. Системи будуть активно боротися за можливість продати свою правову продукцію з метою увійти на нові ринки<sup>2</sup>. Компаративісти будуть спостерігати і досліджувати успіх чи неуспіх цієї нової суміші. Вони також будуть залучені, щоб забезпечити розуміння такого основного інструменту правової реформи, як постачання моделей, на них будуть тиснути щодо створення попередніх креслень для імпортера моделей<sup>3</sup>. Таким чином, компаративісти можуть допомогти системам, що перебувають у перехідному стані, в структурних змінах. Оскільки юристи-компаративісти вивчають те, яким чином правові інститути пов'язані, роз'єднані й транспоновані, вони зможуть розширити свій предмет за межі традиційних сфер як географічно, так і змістовно.

Коли буде досягнуто взаємного обміну і взаємозалежності між правовою і культурною системами, вони стануть «забруднювачами» і «подразниками» одна одної. Коли елементи з різних інтерпретативних громад поєднуються, вони можуть підключатися один до одного і утворювати мережу, вносячи «культурний діалог» до ширшого масиву наукових праць [6, с. 10]. Це є фактор «придатності». Для того, щоб зрозуміти цю «придатність», принципово важливі налаштування під час «транспозиції» і розуміння права як транспозиції. Залежно від того, які метафори використовуються, те, що дійсно необхідне, це «хороші настроювачі» з «хорошими інструментами», «хороші садівники» з «хорошими добривами і ґрунтом» і «хороші кухарі» з «хорошими інгредієнтами».

Слід зазначити, що прикметник «змішаний» завойовує нові землі й може означати багато чого: «поєднання різних правових джерел», «комбінацію більш ніж одного масиву права в рамках однієї нації, обмеженого ареалом або культурою» та «існування різних масивів права, застосовуваних на всій тери-

<sup>1</sup> В. Гесснер стверджує, що універсальна гармонізація цілком абстрагується від культурного виміру права і це є великою проблемою для європейської інтеграції. Див.: [8, с. 132].

<sup>2</sup> Наприклад, буде достатньо можливостей для вивчення впливу нового Цивільного кодексу Нідерландів, який вже стає цінним предметом експорту.

<sup>3</sup> Крім того, вони повинні будуть забезпечити краще розуміння зміни концептів нації, суверенітету, правової системи, правових сімей, права, ідентичності.

торії нації» [16, 423]. Стверджується, що нині «право всіх держав-членів Європейського Співтовариства є змішаним, оскільки в певному сенсі вони також отримують своє право з Брюсселя» [16, 423]. Випадки змішування ускладнені тим, що вони можуть бути явними або прихованими, структурованими або неструктурованими, складними або простими, передбачати суміш або ні; тому їх важко визначити<sup>1</sup>. Змішані системи також представляють себе юристам-компаративістам у найрізноманітніших формах; є триваючі стани «змішаності», й потрібний широкий спектр знань, щоб всебічно проаналізувати це явище, тим більше, що набагато більше систем, які змінюються та перебувають у перехідному стані, стають новими видами змішаності<sup>2</sup>. Будучи схильними до використання кулінарних метафор, ми уявляємо нові «суміші» як «змішані торти», де результат точно не відомий до того як торт повністю приготований, й наявні шанси зіпсувати його через недопечення або перепечення. Висновком є те, що будь-яке право є змішаним і тут немає жодних винятків. Відрізняються лише змішані елементи, рівні їх поєднання і, отже, міра змішаності<sup>3</sup>. Діагноз полягає в тому, що право є транспозицією.

У минулому суміші були сформовані за допомогою сильних рухів транснаціональної міграції правових інститутів та ідей, в основному у вигляді імпозицій (нав'язування) та власних розбіжних мовних, общинних або релігійних традицій в рамках правової системи. В сучасних умовах право є плодом взаємного запилення і прямої транспозиції. Це підкріплюється тим, що багато правових систем взаємопов'язані, як, наприклад, в ЄС. Тут право створюється через транспозицію в точках погодження.

### Висновки

Згідно з Р. Сакко, «запозичення та імітація мають... найважливіше значення для розуміння розвитку правових змін» і «народження норми або інституту є більш рідкісним явищем, ніж його імітація» [32, с. 397]. Ця точка зору також узгоджується з А. Ватсоном, коли він говорить: «переміщення норми або системи права з однієї країни до іншої, як тут показано, є найбільш плідним джерелом правового розвитку, оскільки більшість змін у більшості систем є результатом запозичення» [38, с. 94]. П. Дж. Монатері йде ще далі й говорить, що майже кожна система виросла із «забруднень», а реальний правовий світ слід розглядати як світ «забруднень», а не світ, поділений на різні сім'ї [18, с. 107]. В праві дуже мало оригінального. Те, що є, є вибірковістю в запозиченні, подальшому змішуванні та процесі гомогенізації в судах, тобто успішним «налаштуванням».

Засвоєння (інтерналізація) норм і стандартів людьми у системі реципієнта є вирішальною для плідного розвитку. Цьому сприяють настроювачі. Гармонії як можливості комунікації може бути досягнуто як за рахунок прийняття різноманіття, так і через його усунення.

<sup>1</sup> Такі змішування може бути зображено у вигляді спектру. Див.: [22, с. 12].

<sup>2</sup> Наприклад, у новому південноафриканському змішуванні, створеному Конституцією ПАР 1996 р., обсяг змішування розширений через визнання звичаєвого права частиною права Південної Африки, а також через додавання канадської та німецької моделей до елементів суміші. У гонконгській суміші загальне право змінює свою роль з накладки на підкладку.

<sup>3</sup> Щодо моделей внутрішньої логіки і результатів переміщення елементів між систем див. схему в: [26, с. 339, 343].

Загальнолюдські проблеми вимагають подібних відповідей від правових систем, отже, законодавчі органи і суди дивляться на інші правові системи в пошуку принаймні натхнення, якщо не прямого запозичення, намагаючись поліпшити ці відповіді. Глобальні проблеми сучасності потребують глобальних або взаємозалежних місцевих рішень. Правові ідеї та інститути швидко перетинають кордони. Нові форми в цих системах становлять виклики для усталених концептуальних та аналітичних рамок права, ролі й цінності рецепцій, теорій конвергенції і дивергенції, динаміки порівняльного права, класифікації правових сімей, а також концепту самої правової системи.

При більшості транснаціональних міграцій права процес має односпрямовану траєкторію. Тому аргумент щодо необхідності уникати «трансплантів» і бажаності «взаємного запилення» не є переконливим, оскільки навіть при ньому відбувається одна, якщо не ряд транспозицій. Крім того, «збирання пилку» може бути кращим словом у використанні, оскільки запилення слугує лише рослині, а «збирання пилку» — також споживанню і перетворенню продукту<sup>1</sup>.

Більшість «права як транспозиції» колись існувало суто у сфері приватного права. Нині однією із сфер, де аналіз транспозиції і запилення корисний, є створення конституцій, так як більшість конституційних систем, які розвиваються, прийняли інститути, норми і конституційні моделі ззовні як у їх змісті, так і структурі. Хоча б тому, що конституції втілюють національні устремління, інститути демократії, верховенства права, права людини та пов'язані з ними питання, вони всі в основі є сучасними західними конституціями. Тим не менше, слово «західні» втрачає своє ексклюзивне значення з 1990-х років. Найбільш вражаючим зближенням є прийняття принципів, таких як верховенство права, рівність, правова визначеність, справедливість, недискримінація і всі права і свободи, що захищаються Європейською конвенцією з прав людини. Це зближення здебільшого за змістом, але й за структурою [27, с. 6]. І тут право можна розглядати як транспозицію.

Історія права значною мірою є історією правових транспозицій, часто з низки джерел; право є конструктивним синтезом. Хоча дивергенція є плідною, а відмінності між подібним особливо цікаві, нині є рух до «сполучення» і гармонії. Ця гармонія може матеріалізуватися тільки через ретельно налаштовані транспозиції.

Це, звичайно, правда, що структура і зміст можуть бути транспоновані з меншими труднощами, ніж цінності та правова культура, які є частиною соціо-культури. Труднощі не в транспозиції техніки і форм, а цінностей і суті. Коли має місце транспозиція, може відбутися спотворення з метою досягнення відповідності існуючим традиціям. Вони, в свою чергу, можуть суттєво впливати на структуру і реалізацію змісту. Те, як транспоноване стає «подразником», як воно викликає вироблення «антитіл», і яким буде стан здоров'я систем, що нині перебувають у перехідному стані, буде оцінюватися в цьому новому столітті.

Правові системи постійно змішуються, плавляться, потім при охолодженні застигають у нових формах, і весь цей час відбуваються транспозиції та налаштування. Це безперервний процес. Завжди відбуватимуться нові переміщення, нова транспозиція та подальше налаштування. Право є результатом серії транспозицій.

<sup>1</sup> Звичайно, також можна стверджувати, що ґрунт буде змінений і, можливо, збагачений за допомогою «добрив».



## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Ajani G.* La Circulation de Modèles Juridiques Dans le Droit Post-Socialiste // Revue internationale de droit comparé. — 1994. — No. 4.
2. *Ajani G.* The Role of Comparative Law in the Adoption of New Codifications // Italian National Reports to the XVI International Congress of Comparative Law, Bristol 1998. — Milano : Giuffrè editore, 1998.
3. *Allison J. W. F.* A Continental Distinction in the Common Law : A Historical and Comparative Perspective on English Public Law. — Oxford : Clarendon Press, 1996.
4. *Banakas E. K.* Some Thoughts on the Method of Comparative Law : The Concept of Law Revisited // Archiv für Recht und Soziale Philosophie. — 1981. — Band 67.
5. *Berkowitz D., Pistor K., Richard J.-F.* Economic Development, Legality, and the Transplant Effect (Law and Development Paper No. 1 / CID Working Paper No. 39, March 2000) / Center for International Development at Harvard University [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.cid.harvard.edu.cidwp/039.pdf>
6. *Berry D. S.* Interpreting Rights and Culture : Extending Law's Empire // Res Publica — A Journal of Legal and Social Philosophy. — 1998. — Vol. IV. — No. 1.
7. *Evans A.* Voluntary Harmonisation in Integration between the European Community and Eastern Europe // European Law Revue. — 1997. — Vol. 22.
8. *Gessner V.* Global Legal Interaction and Legal Cultures // Ratio Juris. — 1994. — Vol. 7.
9. *Grief N.* The Pervasive Influence of European Community Law in the United Kingdom // The Europeanisation of Law / Ed. by T.G. Watkin. — London : UKNCCL, 1998.
10. *Ibbetson D. J.* A Reply to Professor Zimmermann // The Europeanisation of Law / Ed. by T. G. Watkin. — London : UKNCCL, 1998.
11. *Jamieson N.* Source and Target-Oriented Comparative Law // American Journal of Comparative Law. — 1996. — Vol. 44.
12. *Kulcsar K.* Modernisation and Law / transl. by V. Gathy. — Budapest : Akademiai Kiado, 1992.
13. *Legrand P.* The Impossibility of «Legal Transplants» // Maastricht Journal of European and Comparative Law. — 1997. — Vol. 4.
14. *Lewis X.* Europeanisation of the common law // Transfrontier Mobility of Law / Ed. by R. Jagtenberg, E. Öricü, A. De Roo. — The Hague : Kluwer Law International, 1995.
15. *Lord Bingham.* There is a World Elsewhere : The Changing Perspectives of English Law // International and Comparative Law Quarterly. — 1992. — Vol. 41.
16. *Milo M., Smits J.* Trusts in Mixed Legal Systems : A Challenge to Comparative Trust Law // European Review of Private Law. — 2000. — Vol. 3.
17. *Mixed Jurisdictions Worldwide : The Third Legal Family* / Ed. by V.V. Palmer. — Cambridge : Cambridge University Press, 2001.
18. *Monateri P. G.* The «Weak» Law : Contaminations and Legal Cultures // Italian National Reports to the XVI International Congress of Comparative Law, Bristol 1998. — Milano : Giuffrè editore, 1998.
19. *Moore S.* Law as Process : An Anthropological Approach. — London : Routledge & Kegan Paul, 1978.
20. *Moore S.* Social Facts and Fabrications : 'Customary' Law on Klimanjaru, 1880–1980. — Cambridge : Cambridge University Press, 1986.
21. *National Carriers v. Panalpina (1980)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.thomsonreuters.com.au/product/AU/files/720502512/contract\\_p4\\_national\\_carriers.pdf](http://www.thomsonreuters.com.au/product/AU/files/720502512/contract_p4_national_carriers.pdf)
22. *Öricü E.* A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law // Transfrontier Mobility of Law / Ed. by R. Jagtenberg, E. Öricü, A. De Roo. — The Hague : Kluwer Law International, 1995.
23. *Öricü E.* Comparison in Extraordinary Places // Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions / Ed. by P. Legrand, R. Munday. — N.Y. : Cambridge University Press, 2003.
24. *Öricü E.* Critical Comparative Law : Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition // Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking. — No. 59. — Deventer : Kluwer, 1999.
25. *Öricü E.* Internal Logic of Legal Cultures // Legal Studies. — 1987. — Vol. 7.
26. *Öricü E.* Mixed and Mixing Systems : A Conceptual Search // Studies in Legal Systems : Mixed and Mixing / Ed. by E.Öricü, E. Attwooll, S. Coyle. — London : Kluwer Law International, 1996.
27. *Öricü E.* Public Law in Mixed Legal Systems and Public Law as a «Mixed System» // Electronic Journal of Comparative Law. — 2001. — Vol 5. — No. 2 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://law.kub.nl/ejcl/52/art52-2.html>
28. *Öricü E.* Shifting Horizons for Comparative Law in the New Century // Asia Pacific Law Review. — 2000. — Vol. 8.
29. *Öricü E.* The United Kingdom as an Importer and Exporter of Legal Models in the Context of Reciprocal Influences and Evolving Legal Systems // UK Law for the Millennium. — London : UKNCCL, 1998.
30. *Öricü E.* Turkey Facing the European Union — Old and New Harmonies // European Law Revue. — 2000. — Vol. 25.
31. *Pogany I.* Modernisation and Law [review of the book] // International and Comparative Law Review. — 1994. — Vol. 43. — Issue 2.

32. *Sacco R.* Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) // American Journal of Comparative Law. — 1991. — Vol. 39.
33. *Schauer F.* The Politics and Incentives of Legal Transplants. — Cambridge, Mass. : Harvard University, 2000 (Law and Development Paper No. 2, Center for International Development at Harvard University Working Paper No. 44, April 2000) [Електронний ресурс] // Сайт «Center for International Development at Harvard University». Режим доступу : <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/044.htm>
34. *Smits J. M.* Systems Mixing and in Transition : Import and Export of Legal Models : The Dutch Experience // Nederlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law / Ed. by E.H. Hondius. — Antwerp : Intersentia Rechtswetenschappen, 1998.
35. *Starr J., Pool J.* The Impact of a Legal Revolution in Rural Turkey // Law and Society Review. — 1974. — Vol. 8.
36. *Teubner G.* Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies // Modern Law Review. — 1998. — Vol. 61. — No. 1.
37. *Varul P., Pisuke H.* Louisiana's Contribution to the Estonian Civil Code // Tulane Law Review. — 1999. — Vol. 73.
38. *Watson A.* Aspects of Reception of Law // American Journal of Comparative Law. — 1996. — Vol. 44.
39. *Watson A.* Legal Transplants : An Approach to Comparative Law. — Edinburgh : Scottish Academic Press, 1974.
40. *Zimmermann R.* Roman Law, Contemporary Law, European Law. — Oxford : Oxford University Press, 2001.

#### Оруку Е. Право як транспозиція

**Анотація.** Право постійно переміщується, поєднується, роз'єднується, змінюється і сприяє змінам. Автор стверджує, що все це є процесом транспозиції, налаштування і пристосування. Переміщення правових інститутів та ідей є транскордонним і така транснаціональна міграція є природною фазою правового розвитку. Стверджується, що кількість інновацій в праві мала і тому запозичення та імітація відіграють вирішальне значення у перебігу правових змін.

Однак, непродумані й неправильно налаштовані чи адаптовані трансплантанти можуть становити небезпеку. Трансплантована правова система, яка не сумісна з культурою приймаючої країни, без відповідної транспозиції та налаштування утворює лише віртуальну реальність. Нав'язана рецепція загрожує зіткненнями між правовими культурами або між ними і соціо-культурами. Засвоєння (інтерналізація) норм і стандартів людьми у системі реципієнта є вирішальним для плідного розвитку. Цьому сприяють настроювачі. «Налаштування» («тюнінг») є ключем до успіху переміщеного права. Налаштування має бути внутрішнім, і настроювачі зазвичай мають бути національними судьями. Проте, для успішної транспозиції, налаштування необхідне на всіх рівнях, у тому числі підтримане освітою, активністю суддів і творчістю вчених. Часи рецепції також є часами національної творчості.

У статті право розглядається як серія транспозицій та налаштувань, вона спрямована на заміну концепту правових трансплантантів правовою транспозицією. Транспозиція є зближенням, яке не означає спробу досягти тотожності, але прийняття різноманіття. Тільки тоді, коли різноманіття приймається, може бути «здорове вливання». Тільки в цьому випадку перенесені норми стають «інтерналізованими» і так починають працювати. Нині будь-яке право є змішаним, і тут немає жодних винятків. Переплетення відмінностей призводить до конвергенції. Правовий світ збагачується через розбіжності, що утворюються на різних ґрунтах. Гармонія є, зрештою, можливістю комунікації й спілкування. Автор вважає, що аналіз шляхів, методів та наслідків транскордонної мобільності права буде найбільш значним внеском до порівняльного права в нашому столітті.

**Ключові слова:** правова транспозиція, транснаціональна міграція права, правове запозичення, правова імітація, правовий трансплантант, правові подразники, взаємовплив у праві, рецепція права, адаптація права, інтерналізація права, налаштування трансплантованого права, конвергенція права, різноманітність у праві, змішані правові системи.

#### Оруку Э. Право как транспозиция

**Анотація.** Право постоянно перемещается, сочетается, разъединяется, изменяется и способствует изменениям. Автор утверждает, что все это является процессом транспозиции, настройки и приспособления. Перемещение правовых институтов и идей является трансграничным, и такая транснациональная миграция является естественной фазой пра-

вового развития. Утверждается, что количество инноваций в праве невелико и поэтому заимствования и имитации имеют решающее значение в ходе правовых изменений.

Однако, непродуманные и неправильно настроенные или адаптированные трансплантаты могут представлять опасность. Трансплантированная правовая система, не совместимая с культурой принимающей страны, без соответствующей транспозиции и настройки образует только виртуальную реальность. Навязанная рецепция грозит столкновениями между правовыми культурами или между ними и социо-культурами. Усвоение (интернализация) норм и стандартов людьми в системе реципиента является решающим для плодотворного развития. Этому способствуют настройщики. «Настройка» («тюнинг») является ключом к успеху перемещенного права. Настройки должны быть внутренними, и настройщики обычно должны быть национальными судьями. Однако, для успешной транспозиции, настройка необходима на всех уровнях, в том числе поддерживаться образованием, активностью судей и творчеством ученых. Времена рецепции также являются временами национального творчества.

В статье право рассматривается как серия транспозиций и настроек, она направлена на замену концепта правовых трансплантатов правовой транспозицией. Транспозиция является сближением, не означающим попытку достичь тождества, но принятие многообразия. Только тогда, когда многообразие принимается, может быть «здоровое вливание». Только в этом случае перенесенные нормы становятся «интернализированными» и так начинают работать. Сейчас любое право является смешанным, и здесь нет никаких исключений. Переплетение различий приводит к конвергенции. Правовой мир обогащается из-за расхождений, образующихся на различных почвах. Гармония является, наконец, возможностью коммуникации и общения. Автор считает, что анализ путей, методов и последствий трансграничной мобильности права будет наиболее значительным вкладом в сравнительное право в нашем веке.

**Ключевые слова:** правовая транспозиция, транснациональная миграция права, правовое заимствование, правовая имитация, правовой трансплантат, правовые раздражители, взаимовлияние в праве, рецепция права, адаптация права, интернализация права, настройка трансплантированного права, конвергенция права, разнообразие в праве, смешанные правовые системы.

### Örücü E. Law as Transposition

**Summary.** Law permanently moves, connect, disconnect, change, and contribute to change. The author suggests that all is a process of transposition, tuning and fitting. The movement of legal institutions and ideas is trans-border and such transmigration is a natural phase in legal development. The amount of innovation in law is small and borrowing and imitation is of central importance in understanding the course of legal change.

But, obviously, ill-considered and not properly tuned or adapted transplants can be dangerous. Transplanted legal system not compatible with the culture in the receiving country, without the appropriate transposition and tuning, will create only a virtual reality. Imposed reception creates the emergence of new clashes between legal cultures themselves, or legal cultures and socio-cultures. Internalization of norms and standards by people in the recipient's system is crucial for the fruitful development. This is facilitated by tuners. Tuning is the key for the success of transplanted law. It is internal tuning that is required and the tuners should ordinarily be the domestic judges. However, for successful transposition, tuning is necessary at all levels, backed by legal education, pro-active judges and creative scholars. The times of reception are also the times of national creativity.

This study approaches law as a series of transpositions and tuning, and aims at replacing the concept of legal transplant with legal transposition. Transposition is the convergence that does not mean to attempt to create sameness, but to accept diversity. Only when diversity is accepted can there be 'healthy infusion'. Only then can the transferred norms become «internalized» and thereby work. Now all law is mixed and there are no exceptions. Interlocking diversities lead to convergence. The legal world at large may benefit and be enhanced by the divergences created in different soils. Harmony is, after all, a possibility of communication and conversation. The author believes that analysis of the paths, methods, and consequences of transfrontier mobility of law will be the most significant contribution of comparative law to our century.

**Key words:** transposition of law, transmigration of law, legal borrowing, legal imitation, legal transplant, legal irritants, reciprocal influence of laws, legal reception, adaptation of law, internalization of law, tuning of transplanted law, convergence of law, diversity of law, mixed legal systems.