

ЄВРОПЕЙСЬКЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

ЄВРОПЕЙСЬКЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО ЯК ЗМІШАНА ПРАВОВА СИСТЕМА



Я. СМІТС

*професор європейського приватного права
(Маастрихтський інститут європейського
приватного права),
член Міжнародної академії комерційного права
та права захисту прав споживачів,
член Міжнародної академії порівняльного права*

ДО *IUS COMMUNE* ЧЕРЕЗ ВІЛЬНИЙ РУХ ПРАВОВИХ НОРМ

Як сформувати європейське приватне право? Найбільш значні зміни в приватному праві, безперечно, стосуються процесів його європеїзації. Питанню формування європейського приватного права, окрім давно існуючих директив, присвячена величезна кількість наукових праць [1; 2], публікації у десятках нових журналів, політичні програми різноманітних національних та міжнародних органів та документи, які є першим кроком на шляху до формування *ius commune* приватного права. Якби зберігались тенденції, закріплені в цих статтях та працях, то можна було б вважати, що питання формування європейського приватного права — це лише питання норм та принципів, прийнятих відповідними комітетами та інститутами. У багатьох публікаціях порушуються питання не про необхідність існування європейського приватного права і навіть не про шляхи його формування, а стосовно того, коли воно буде створено. Необхідність існування європейського приватного права безсумнівна. Його практичне значення очевидне. На підтвердження цього слід зазначити, що передумовою формування єдиного приватного права було створення європейського внутрішнього ринку. Такі винятково економічні мотиви пояснюються на прикладі ситуацій, які виникли в Італії та Німеччині в 1866 р. та 1900 р. відповідно; в цих країнах уніфікація права відбувалася після політичної та економічної інтеграції [3]. Від-

© Я. Смітс, 2012

повідно, інтеграція та уніфікація відбуваються паралельно. Уніфікація потрібна не тільки з огляду на практику. Вона також важлива в науці для досягнення мети створення єдиного приватного права, яке б усунуло протиріччя між цивільним правом і загальним правом.

У статті розглядаються шляхи формування *ius commune*. Порушується питання, чи є правильним загальноприйнятий спосіб формування *ius commune*. Для цього потрібно вивчити сучасні методи інтеграції та перешкоди на шляху інтеграції.

Сучасні методи формування європейського приватного права: спроба виділення категорій. Грубо кажучи, підходи до формування європейського приватного права можна розділити на три категорії. Для кожної з цих категорій є характерним формування правил та принципів. Найбільш відомим методом є гармонізація шляхом прийняття директив Європейського Союзу (далі — ЄС, Євросоюз), зокрема, в такий спосіб було сформовано єдині правила захисту прав споживачів: прикладом цього є Директиви про відповідальність за якість продукції (1986 р.), про надання споживчих кредитів (1986 р.), про перевезення (1990 р.), про несправедливі умови споживчих договорів (1993 р.). Треба відзначити, що захист прав споживачів є рушійною силою розвитку приватного права в рамках Європейського Союзу [4; 5]. Проте дія цих правил обмежена: директиви застосовуються в європейському приватному праві в чітко визначених сферах відносин. У результаті, «вплив Брюсселю відчувається в певних галузях системи національного приватного права» [6]. Особливістю такої гармонізації є те, що в директивах сформульовані певні цілі, а порядок і способи їх досягнення визначаються самими державами-членами. Ще однією особливістю є те, що, по-перше, держави-члени (а саме їхні уряди) несуть відповідальність за приведення свого законодавства у відповідність до вимог директив. У результаті запровадження директив у національне законодавство шляхом імплементації та після їх тлумачення судовими органами важко встановити, чи було збережено та якою мірою цілісність положень директив [7].

До речі, це положення не має практичного втілення в рамках різних національних систем приватного права. Очевидно, що відокремлені норми «європейського» права не тільки не вписуються в систему національних норм, органічно існуючих у національному правопорядку, але навіть мають руйнівний вплив на класичну систему приватного права. На практиці, однак, не існує такої серйозної проблеми. Можливо, це можна пояснити таким чином: неодноразово зазначалось, що право захисту споживачів формувалось як сукупність технічних норм системи адміністративного права, а не «винятково» приватного права [8]. Якщо це дійсно так, то ці норми не входять до структури системи приватного права, яка в основному ґрунтується на автономії осіб.

Проте твердження, що ідея створення європейського приватного права досі не вийшла за межі розробки правил технічного характеру, *тому що* вони не впливають на формування традиційної системи, не може існувати далі. Це підводить до іншого висновку стосовно створення європейського приватного права.

По-друге, останнім часом ідея створення єдиного Європейського цивільного кодексу може реалізуватись. Європейський парламент ухвалив резолюції у

1989 [9] і в 1994 роках [10], які закликали до «уніфікації приватного права в сферах, які мають важливе значення для розвитку внутрішнього ринку». Ще в 1980 р. Комісія Ландо, за фінансової підтримки Європейської комісії, почала роботу з кодифікації «Принципів європейського договірного права» (далі — Принципи, Принципи Ландо). Підтвердженням необхідності розробки цих Принципів стало те, що для діючих та майбутніх директив будуть створені правові рамки («загальні правові умови»). Істинною підставою їх створення є, звичайно, те, що уніфікація сприятиме розвитку торгівлі. Наприклад, у першій статті «Принципів Ландо» [11] зазначалось, що «Принципи повинні використовуватись в якості загальних принципів договірного права ЄС, що вони *будуть* застосовуватись, якщо сторони висловлять свою згоду на це, і *можуть* бути застосовані як *lex mercatoria*, або якщо сторони не обрали право, або у випадку, якщо право, що застосовується, не вирішує питання».

Таким чином, Принципи мають статус «м'якого права». Це мало про що говорити: «м'яке право» — загальний термін для всіх видів правил, які не виконуються від імені держави, але служать, наприклад, в якості мети, яка повинна бути досягнута [12]. Точна природа Принципів Ландо чітко не встановлена. Відповідно до преамбули, їх мета досить обмежена, але в переважній більшості сучасної наукової літератури Принципи розглядаються в якості правової системи на одному рівні з національним законодавством, яке формувалось протягом століть і містить засоби вирішення спорів. Рішення, які пропонуються національним законодавством у цьому випадку, подібні до тих, що представлені у Принципах, хоча досі не існує прецедентного права, яке б ґрунтувалось на застосуванні Принципів. Ми не ухилилися від захисту тієї позиції, що в останні кілька років, можливо, несвідомо, ідея європейської кодифікації приватного права набула нового розмаху. Від самого початку проект розробки Принципів вважався корисним, не дивлячись уже на його практичне значення. Нині Принципи, на думку багатьох учених, є «предтечею» Європейського цивільного кодексу, який вже матиме статус не м'якого права, а документа, ухваленого компетентними інститутами Союзу, який має обов'язкову юридичну силу [13].

Сказане слід обґрунтувати таким чином: на початкових стадіях розробки Принципів не передбачалось, що вони матимуть таке уніфікуюче значення. Існувала думка, що Принципи не мали на меті створення єдиного акта. Але нині, можливо, через ухвалення двох резолюцій Європейським парламентом, перспективи подальшого застосування Принципів дуже різняться. Це не просто наукова дискусія стосовно Принципів як «м'якого» права. Це також і актуальне політичне питання. Нещодавно на конференції «На шляху до Європейського цивільного кодексу», що проходила в Нідерландах, які на той час головували в Європейській раді, майже вся сесія була присвячена пошуку можливих правових засад дії приватного права в рамках права ЄС. Виникло питання: чи можна вважати правовою підставою його дії ст. К 3 стосовно «третьої опори», чи статті 100 і 100а Договору про Європейський Союз (нині статті 114, 115 Договору про функціонування Європейського Союзу (далі — ДФЕС))? Отже, питання полягає в тому, яким чином надати Принципам юридично обов'язкового характеру. Вирішення цієї проблеми пов'язане не із суттю приватного права, а з питаннями

компетенції. Принципи можуть бути включені, за потреби в зміненому вигляді, в акти європейської кодифікації. Таким чином, в праві ЄС будуть сформовані правові підстави *запровадження* Принципів.

По-третє, більш традиційний спосіб уніфікації — шляхом укладення договорів, які мають обов'язкову юридичну силу. Цей спосіб також передбачає визначення органів, які здійснюватимуть запровадження права в рамках держави. Цей спосіб слід розглядати в останню чергу, оскільки з його допомогою не було уніфіковано ні майнове право, ні право договорів, ані деліктне право. Причиною цього є те, що для того, щоб договори мали обов'язкову юридичну силу, обов'язковою є одностайність у їх прийнятті і подальша їх ратифікація державами. Таким чином, договори не можуть відігравати основну роль в уніфікації приватного права [14]. У інших правопорядках (відмінних від європейського) укладені договори, які мають обов'язкову юридичну силу, формують узгоджену єдину правову систему (як, наприклад, Гаазькі конвенції про міжнародну купівлю-продаж товарів), або включають низку нечітких положень, які були погоджені шляхом компромісу (наприклад, Конвенція ООН про міжнародну купівлю-продаж товарів). Важливо те, що коли йшлося про укладення обов'язкових договорів, то переважала точка зору, що відмінності між системами були занадто великі для досягнення успішної уніфікації шляхом ухвалення акта, що має *обов'язкову юридичну силу*. Нині пошук правової бази для запровадження Європейського цивільного кодексу відбувається в праві ЄС.

Питання створення Європейського цивільного кодексу є більше політичним, ніж юридичним. Це вражає, оскільки в національних системах від правового позитивізму переважно відмовились. Навіть у Нідерландах, де із набранням чинності новим Цивільним кодексом у 1992 р. можна було очікувати чіткого закріплення ухвалених норм, суддям надається така свобода дій, що такі *суди* дійсно формують право. Формування європейського приватного права шляхом нав'язування не відповідає правовому духу часу (*Zeitgeist*). Таке нав'язування є наслідком віри в централізовану політичну владу: ідея про те, що Європейський Союз може створити єдине право, яке характеризується правовою визначеністю та передбачуваністю, тільки шляхом запровадження однакового тексту, це, як зазначив П. Легран (*P. Legrand*), спрощене твердження, сформоване прихильниками позитивізму за часів наполеонівської епохи [15].

Той факт, що обов'язкове запровадження європейського приватного права не узгоджується із *Zeitgeist*, є недостатньою причиною для відмови від спроби створити європейське приватне право. Для подальшого дослідження цієї проблеми потрібно розглянути аргументи противника створення Європейського цивільного кодексу, П. Леграна.

Чи є успішним створення європейського приватного права? П'єр Легран, канадець, досліджуючи суперечливу взаємодію між англо-американською та континентальною європейською системами права у своїй країні, висунув ряд аргументів проти створення Європейського цивільного кодексу [16; 17]. Основним його твердженням є те, що власне розробка єдиних *норм* не призводить до формування єдиного права. Право, врешті-решт, є набагато більшим, ніж просто формально

уніфікованими нормами. Значення того чи іншого правила в певному культурному і національному контексті може бути встановлене тільки після вивчення цього контексту. Правові *уявлення* в різних культурах різні. Ці уявлення різняться у рамках континентального та англосаксонського права. Гносеологічно міркування в загальному праві є індуктивним, з акцентом на фактах і правових прецедентах; у цивільному праві основна увага приділяється систематизації. У той час, як юристи в країнах континентальної системи права намагаються викласти судові рішення в логічній системі, англо-американські юристи не сприймають формальних правил і *свідомо* уникають і протидіють впливу континентального цивільного права. Це відбувається через існування відмінностей двох систем. Будь-яке європейське законодавство англієць розглядатиме з точки зору загального права, а француз — з точки зору цивільного. Цей факт привів П. Леграна до висновку, що «правові системи (...), які не були поєднані, не поєднуються та не будуть поєднані у майбутньому».

П'єр Легран доводить свою позицію тим, що існування єдиного *тексту* ніколи не призведе до запровадження єдиного *закону*. Наприклад, з його точки зору, ідея європейської кодифікації надто зухвала, тому що нав'язує юристам країн системи загального права погляди правників країн континентального права, які переважають у світовій доктрині. Кожна система пропонує різні підходи. Вчені, які підтримують необхідність кодифікації європейського приватного права, не беруть до уваги особливості країн англо-американської системи. Оскільки створення Європейського цивільного кодексу відповідає інтересам європейської економіки, культурні відмінності повинні зникнути. Крім того, припущення, що із прийняттям Європейського цивільного кодексу країнам Європи вдасться повернутися в «золотий вік» *ius commune*, оманливе, тому що англійське право ніколи не було частиною останнього.

Що можна сказати у відповідь на ці аргументи? Позицію П. Леграна можна вважати правильною по суті. Дійсно, існує різниця між англійською правовою системою, яка приділяє значну увагу деталям, і континентальною системою, яка робить акцент на абстракції. Спостереження П. Леграна ґрунтуються на тому, яким чином вивчаються рішення у *двох різних контекстах*. Наприклад, для юристів Нідерландів факти і обставини у справі *Lindenbaum v. Cohen* або у справі *Blaauboer v. Berlips* (дві ключові справи у приватному праві Нідерландів) є менш цікавими, ніж рішення Верховного Суду Нідерландів у цих справах. Викладачі університетів Нідерландів (так само, як і Німеччини, Франції чи Італії) хочуть, щоб їхні студенти знали насамперед норми, а потім вже обставини самої справи. Проте ситуація зовсім інша в Англії і Сполучених Штатах, де правова норма невіддільна від фактів. Студент повинен знати факти і обставини справи і порівнювати її з іншими справами.

На підставі викладеного П. Легран справедливо вважає, що шанси на успішне створення Європейського цивільного кодексу дуже незначні. Як зазначалося раніше, позитивістський підхід не відповідає реаліям: яким чином могло виникнути єдине право на засадах єдиного тексту акта, в той час як спільна (правова) культура — вирішальний чинник для здійснення тлумачення та застосування єдиних положень судами — не існувала в Європі? Вимога здійснювати

тлумачення Європейського цивільного кодексу на засадах встановлених ним же принципів, а не відповідно до положень національного права, як це зазвичай передбачено у міжнародних договорах, не надто типовий випадок у юридичній практиці.

Проте позиція П. Леграна має і слабкі сторони. Більш ретельний аналіз свідчить про те, що насправді вчений виступає не проти формування єдиного європейського приватного права, а проти того, щоб Європейський кодекс запроваджувався *примусово*, коли всі національні особливості права усуваються в централізованому порядку. П'єр Легран таким чином виступає проти того, щоб європейське право було створено у централізованому порядку без врахування інших підходів до його формування. Інші підходи до формування *ius commune*, наприклад, шляхом утвердження єдиної наукової доктрини або європейської освіти, вчений вважає неможливим через існування правового позитивістського підходу в рамках національного права. Третій підхід до формування європейського приватного права, відмінний від централізованого запровадження, П. Легран навіть не розглядає. Вчений зазначає тільки: «Потрібно обрати інструмент налагодження зв'язку між європейськими правовими традиціями».

Потрібно довести, що реальним є формування європейського приватного права без централізованого запровадження Європейського цивільного кодексу, проте з одночасним збереженням національних культурних відмінностей. Не будемо звертатись до підходів, запропонованих раніше, таких як формування нових традицій європейського приватного права в рамках правової доктрини, повернення до традиційного *ius commune* [18], взаємне визнання його положень державами-членами у їхніх національних актах, єдина європейська правова освіта [19] або винайдення *lex mercatoria*. Спільним для цих підходів є те, що вони не формують єдине європейське приватне право у тих сферах, де воно дійсно потрібне (в тому числі, і за визначенням Європейського парламенту), — власне у правовій практиці. З багатьох причин європейське приватне право повинно бути створене, оскільки сторони та суди, які застосовують право, переконані в його важливості та розвиватимуть його самостійно.

Рецепція права: підхід права та економіки. Основною характеристикою полеміки стосовно реальності створення європейського приватного права є одне питання, яке, ймовірно, відіграє важливу роль, і яке все ще обговорюється: яким є найбільш успішний шлях формування єдиного європейського приватного права? Незважаючи на те, як виглядатиме майбутнє спільне право, очевидним є те, що воно суттєво змінить національні правові системи. Оцінюючи такі загальні зміни, ми зможемо виявити найбільш підходящий спосіб запровадження європейського приватного права.

Таким чином, ми підійшли до питання рецепції іноземного права в рамках сучасних правових систем. З часу публікації у 1974 р. книги А. Ватсона (*A. Watson*) «*Legal Transplants*» зацікавлення багатьох європейських країн і Сполучених Штатів Америки щодо цього явища значно зросло. Поняття права «трансплантація», також відоме як «правове запозичення», передбачає «імплантацію» в певну правову систему норми або доктрини іншої правової системи.

Можливим є також запровадження повністю нової правової системи. Це може відбуватись із застосуванням централізованого підходу, як це було із Кодексом Наполеона у багатьох європейських країнах. Але у переважній більшості випадків іноземні норми або доктрина «запозичуються» власне з практики, оскільки вони заповнюють прогалини, які існують у праві країни, яка їх застосовує [20]. Якщо в іншій країні було віднайдено вирішення певної правової проблеми, врешті-решт, буде нерозумним цим не скористатись.

Алан Ватсон вважає це явище найбільш важливим фактором правового розвитку: «Більшість змін в правовій системі більшості країн є результатом запозичення». Однакові положення правових систем є результатом правової трансплантації.

До XIX ст. цей процес відбувався в Європі і його наслідком стало формування вже згаданого *ius commune* у XVII і XVIII століттях. Проте правова трансплантація відбувалась між країнами Європи (переважно), Сполученими Штатами Америки і Японією. Існує досить багато прикладів цього у приватному праві: окрім положень комерційного права та правового регулювання фінансів, які повністю були запозичені з права Сполучених Штатів (поняття «траст», «своп», «франчайзинг» були збережені у країнах континентальної Європи), існує багато «класичних» понять приватного права, які були запозичені. У післявоєнний період відмінність між зобов'язаннями *de resultat* (повного виконання) і зобов'язаннями *de moyens* («суттєвого» виконання), закріплена у праві Бельгії, була перейнята правом Нідерландів і Франції; заходи відповідальності за товари неналежної якості ґрунтуються на відповідній американській доктрині; норми права Нідерландів щодо нечесних положень контрактів були запозичені з німецького *AGB Gesetz*; згодом право Нідерландів стало основою для формування нових Цивільних кодексів країн Східної Європи [21; 22].

Потрібно встановити, що саме дає рецепція норм і правил іноземного права: чому вона відбувається? Вплив, який у дійсності є нічим іншим, як якістю норми та владою, якою володіє певна країна, є фактором, що впливає на цей процес. Наприклад, відомий німецький *Pandektenwissenschaft* серйозно вплинув не тільки на право країн континентальної системи права, але й на право Англії, а опосередковано — і на право США. Фредерік Поллок (*F. Pollock*) і Майтланд (*Maitland*) вважали себе послідовниками Ф. Савіньї (*V. Savigny*) [23]. За останні десятиліття спостерігається протилежна тенденція. Трансплантація відбувається у зворотному напрямі: країни Європи запозичують позитивні риси права Америки [24]. Під впливом права та економіки причини процесу трансплантації шукають уже в економічній ефективності [25; 26]. Тільки дієві норми можуть бути трансплантовані. Уго Маттей (*U. Mattei*) розглядає рецепцію правових норм як кінцевий результат конкуренції, за якої кожна правова система пропонує різні правила для вирішення певного питання. За умов «ринку правових культур», де нормотворці намагаються створити норму, яка б задовольняла відповідні потреби, застосовуватиметься норма, яка виявиться найбільш ефективною [27; 28]. Прикладом може бути поняття «трасту», яке виникло в країнах англо-американської системи права, і яке широко застосовується в країнах континентальної системи, оскільки надає більше можливостей, наприклад, обмежений захист

власності шляхом обходу численних положень *in rem*, які існують у континентальному праві. Згідно з континентальним правом можуть застосовуватись винятково положення контрактного права, яке надає тільки права *in personam*. Те, що «покупці» на «ринку» віддають перевагу трастам, очевидно. Доказом цього може бути *Гаазька конвенція про право, що застосовується до трастів та їх визнання 1985 р.* У праві та економіці існує правило, згідно з яким правильний вибір може бути зроблений тільки за наявності вичерпної інформації. Це правило застосовується у цьому випадку: якщо нічого не відомо про всі наявні правові норми, навряд чи одній із них буде надано перевагу у застосуванні. Чим сильніші позитивістські ідеї в праві і національні ідеї в державі, тим менш ефективним буде право. Дотримання думки про те, що право, встановлене державою, та право, створене судами та визнане державою, є єдиним проявом позитивного права, завадить ефективно скористатись іншими нормами при вирішенні конкретних спорів.

На шляху до змішаної системи європейського приватного права. Які уроки можна винести зі сказаного з огляду формування європейського приватного права? Важливий висновок: одним із результатів цього процесу є уніфікація — за умови нормального функціонування «правового ринку» одна норма буде виокремлена «покупцями» як найкраща. У більшості європейських країн приватне право вже більш-менш уніфіковане. Це результат вказаного процесу. Традиційне *ius commune*, яке згадують прихильники європейського приватного права, було сформоване таким же чином. Воно не було примусово нав'язане централізованими національними органами. Проте позиція, сформована в англійському праві, відрізняється від вказаної.

На нашу думку, повинен відбуватись «природний» процес рецепції. Якби торговельні партнери, судді та інші особи, які беруть участь у формуванні приватноправових відносин, такі як адвокати та торговельні організації, мали можливість вибору із низки представлених рішень, врешті-решт, шляхом спроб та помилок було б обрано найкращу норму права. У найбільш динамічній галузі права, контрактному праві, цей процес було завершено. Комісія Ландо сформувала принципи, які були схвалені як науковцями, так і практиками. Поєднавши традиції європейського континентального та англійського права, була сформована «змішана система» європейського приватного права. Таким чином, ми стоємо на позиції *вільного руху норм права* [29].

Уніфікація шляхом вільного руху норм права має три важливі переваги над централізованим підходом, якого дотримується більшість прихильників європейського приватного права. По-перше, уніфікація відбувається самовільно на практиці, а не шляхом примусового нав'язування акта, яке може зазнати невдачі через те, що акт не формує єдине право. Потрібне не нав'язування, а надання можливості вибору права тим, хто його застосовує. Чи можемо ми очікувати на успішне запровадження Європейського цивільного кодексу, коли Франції не вдалось навіть імплементувати директиву стосовно відповідальності за товари неналежної якості?

По-друге, єдине право застосовуватиметься винятково у тих сферах, де це дійсно потрібно. Це відповідає позиції Європейського парламенту, який про-

понував запровадити Європейський цивільний кодекс тільки для регулювання внутрішнього ринку. Торгівля визначає межі застосування норм. Економіка, рушійна сила європейської інтеграції, є також стимулом для правової уніфікації. Не обов'язково, щоб уніфіковане право передбачало правове регулювання типових майнових прав, наприклад, емфітевзису (спадкова оренда майна) або спільного майна сусідів.

По-третє, таку змішану систему простіше змінити, в той час як змінити централізовано запроваджені правила значно тяжче. Прийняття Принципів Ландо частково є результатом того, що вони виражають *lex mercatoria*, при цьому повністю відповідаючи цілям (переважно економічним) Європейського Союзу [30].

У цьому випадку за відсутності кодифікованого акта легко відбувається адаптація норм. Якщо говорити термінами права та економіки: «покупці» на «правовому ринку» потребують правових норм, які реалізують економічні цілі. Проте вільний рух норм права гарантує, що в разі виникнення нових економічних цілей, ринок запропонує нові правові норми для реалізації цих цілей. Основним джерелом норм є Цивільний кодекс Нідерландів, який містить точні положення для регулювання *force majeure* (*overmacht*, ст. 6:75) та розумності і справедливості (*redelijkheid en billijkheid*, ст. 6:284 (2)).

Єдиним аргументом проти уніфікації є те, що потрібно багато часу, поки уніфіковане правило було поширене шляхом вільного руху правових норм. Проте цю проблему можна вирішити. Прикладом успішної рецепції в короткі строки може бути «траст». Проте це невагомий аргумент. Альтернативою уніфікації є запровадження єдиного правового акта, що може призвести до руйнування «правового ринку»: застосування єдиного акта перешкоджає використанню інших норм і правил. Таким чином, можна зробити висновок про найшвидший спосіб формування європейського приватного права. Вибір полягає між запровадженням Європейського цивільного кодексу, який формально створює тільки подобу уніфікації, та вільним рухом правових норм.

Таким чином, у рамках внутрішнього ринку без торговельних обмежень європейське приватне право буде сформоване автоматично. У статті пропонується тільки можлива модель уніфікації, яка відповідає цілям економічної інтеграції ЄС. Більше того, очевидною є потреба стимулювати виникнення ринку правових норм. Проте деякі умови для функціонування такого ринку ще не створені [31]. Проект Принципів відіграє важливу роль не тільки в контрактному праві, але також у праві власності, деліктному праві. Питання стосовно того, як централізована влада може створити нове *ius commune* шляхом примусового нав'язування, не повинно більше порушуватись. Формування європейського приватного права відбувається тоді, коли це дійсно потрібно.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Hondius E.* General Introduction // Towards a European Civil Code / ed. by Hartkamp et al. — 2nd ed. — Ars Aequi, 1998.
2. *Schulze R.* Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft / ed. by P.-C. Milller-Graff. — Nomos, 1993.

3. *Lando O.* Principles of European Contract Law // *RabelsZ.* — 1992. — № 56.
4. *Tilmann W.* Towards a European Civil Code // *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht.* — 1997. — № 5.
5. *Miller-Graff P.-C.* Private Law Unification by Means other than Codification // Towards a European Civil Code / A. Hartkamp et al. (eds.). — Nijmegen : Ars Aequi Libri, 1994.
6. *Remien O.* Ober den Stil des Europäischen Privatrechts // *RabelsZ.* — 1996. — № 60.
7. *Kapteyn/Verloren van Themaat* Introduction to the Law of the EC. — 2nd ed. — Kluwer, 1989.
8. *Bydlinski F.* System und Prinzipien des Privatrechts. — Springer, 1996.
9. *Resolution* on Action to Bring into Line the Private Law of the Member States // *Official Journal.* — 1989. — C158/400.
10. *Resolution* on the Harmonization of Certain Sectors of the Private Law of the Member States // *Official Journal.* — 1994. — C205/518.
11. *Principles of European Contract Law.* — Part 1 / ed. by O. Lando. — Nijhoff, 1995.
12. *Sardevid P.* Unification and «Soft Law» // *Conflicts et harmonisation* / ed. by M. Von Overbeck. — Editions Universitaires Fribourg, 1990.
13. *Caruso D.* The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration // *European Law Journal.* — 1997. — № 3.
14. *Kegel G.* Internationales Privatrecht. — 7th ed. — Beck, 1991.
15. *Legrand P.* Against a European Civil Code // *Modern Law Review.* — 1997. — № 60.
16. *Legrand P.* European legal systems are not converging // *International and Comparative Law Quarterly.* — 1996. — № 45.
17. *Legrand P.* Sens et non-sens d'un Code Civil Européen // *Revue Internationale de Droit Compare.* — 1996.
18. *Zimmermann R.* Savigny's Legacy // *Law Quarterly Review.* — 1996. — № 112.
19. *Flessner A.* Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung. — *RabelsZ.* — 1992. — № 56.
20. *Agostini E.* Droit comparé. — Presses Universitaires de France, 1988.
21. *Feldbrugge F. J. M.* Het nieuwe Burgerlijk Wetboek van de Russische Federatie // *Rechtsgeleerd Magazin Themis.* — 1997.
22. *Smits J. M.* Systems Mixing and in Transition: Import and Export of Legal Models: the Dutch Experience // *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law* / ed. by E. H. Hondius. — Intersentia, 1998.
23. *Hoeflich M. H.* Savigny and his Anglo-American Disciples // *American Journal of Comparative Law.* — 1989. — № 37.
24. *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820–1920* / ed. by M. Reimann. — Duncker und Humblot. — 1993.
25. *Mattei U.* Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law // *American Journal of Comparative Law.* — 1994. — № 42.
26. *Mattei U.* Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics // *International Review of Law and Economics.* — 1994. — № 14.
27. *Mattei U., Putilini F.* A Competitive Model of Legal Rules // *The Competitive State* / ed. by Breton et al. — Kluwer, 1991.
28. *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing* / Esin Oricti et al. (eds.). — Kluwer, 1996.
29. *Legrand P.* The Impossibility of «Legal Transplants» // *Maastricht Journal of European and Comparative Law.* — 1997. — № 4.
30. *Europees contractenrecht (BW-krant Jaarboek 1995)* / Franke et al. (eds.). — Gouda Quint, 1995.
31. *Ketz H., Flessner A.* Europäisches Vertragsrecht. — Mohr, 1996.

Смітс Я. М. Європейське приватне право як змішана правова система

Анотація. Стаття присвячена проблемам формування європейського приватного права, визначенню шляхів та методів його створення. Розглянуто процеси рецепції права з точки зору права та економіки, «трансплантації» норм права, уніфікації європейського приватного права шляхом централізованого запровадження Європейського цивільного кодексу, формування змішаної системи європейського приватного права шляхом створення «ринку» правових норм, а також вільного руху правових норм.

Ключові слова: Європейський цивільний кодекс, Принципи європейського договірного права, Комісія Ландо, «ринок» правових норм, уніфікація, «трансплантація», рецепція, вільний рух правових норм.

Смітс Я. М. Европейское частное право как смешанная правовая система

Анотація. Стаття посвящена проблемам формирования европейского частного права, определению путей и методов его создания. Рассмотрены процессы рецепции права с точки зрения права и экономики, «трансплантации» норм права, унификации европейского частного права путем централизованного внедрения Европейского гражданского кодекса, формирования смешанной системы европейского частного права путем создания «рынка» правовых норм, а также свободного движения правовых норм.

Ключевые слова: Европейский гражданский кодекс, Принципы европейского договорного права, Комиссия Ландо, «рынок» правовых норм, унификация, «трансплантация», рецепция, свободное движение правовых норм.

Smits J. A European Private Law as a Mixed Legal System

Annotation. The article deals with the formation of European private law, ways and methods of its creation. The article is devoted to the processes of rules under the law and economics, «transplantation» of rules, unification of European private law through the centralized imposition of European Civil Code and the establishment of a mixed system of European private law by creating a «marketplace» of rule as well as free movement of legal rules.

Key words: European Civil Code, Principles of European Contract Law, the Commission Lando, «market» law, unification, «transplantation», reception, free movement of legal rules.