

ЗАПОЗИЧЕННЯ В ПРАВІ: ОНТОЛОГІЧНИЙ АНАЛІЗ



М. ЗАХАРОВА
*кандидат юридичних наук,
керівник Науково-освітнього центру
порівняльного правознавства,
доцент кафедри теорії держави і права
(Московський державний юридичний
університет імені О. О. Кутафіна (МДЮА))*

Запозичення в праві, тобто відтворення в одній системі юридичних координат базових основ, нормативних, ціннісних та інституціональних сегментів чужорідної для неї системи, мають різний якісний генезис і, як наслідок, варіативні конструкції розгортання.

Різноманітні досвіди запозичень в праві можна умовно поділити на декілька видів:

1) *за джерелом онтологізації:*

- запозичення всередині одного правового співтовариства (рецепція пандектної цивілістичної моделі всередині германської групи правових систем);
- міжсімейні запозичення (рецепція Німецького цивільного уложення Японією в середині ХХ ст.);

2) *за методами впровадження іноземного права в національне правове буття:*

- насильницькі запозичення (колоніальний спосіб модернізації, здійснений державами-метрополіями в Латинській Америці, Африці, Мадагаскарі, Австралії);
- добровільні запозичення (рецепція римського права в Середньовічній Європі);

3) *за темпоральним критерієм оцінки:*

- синхронні запозичення (сприйняття вітчизняною правовою системою інституту шлюбного договору (контракту);
- діахронні запозичення (рецепція Французького цивільного кодексу в окремих країнах світу);

4) *за галузевою специфікою запозичень:*

- у сфері матеріального права;
- у сфері процесуального права.

Кожен з наведених вище варіантів запозичень ставав предметом наукового моніторингу з боку правової доктрини.

Так, у вітчизняній гуманітарній науці проблемами такого виду запозичень в праві як «модернізація»¹ найбільш докладно займався російський теоретик

¹ Одне з перших визначень модернізації було дане лише в середині ХХ ст. Так, Ш. Ейзенштадт визначив це явище наступним чином: «Історично модернізація — це процес зміни напрямку тих

права — А. Белінков. У своєму дисертаційному дослідженні він, зокрема, пише, що «модернізація права (правова модернізація) — це така якісна зміна існуючої правової системи, яка використовує досвід правових систем західного типу, одночасно зберігаючи наступність у розвитку власної правової системи, і, не руйнуючи її органічної єдності, дає змогу праву найефективніше виконувати своє призначення в суспільстві» [3, с. 37]. Дане визначення, на нашу думку, правильно підкреслює суть змін, що відбуваються при здійсненні модернізації в правовій системі взагалі та в її окремих компонентах (у позитивному праві, правовій культурі та юридичній свідомості та ін.), а саме якісне перетворення її основ і засад, оскільки простої кількісної зміни її параметрів (збільшення кількості кодифікованих актів або прецедентів, що створюються вищими органами судової влади, та ін.) недостатньо для того, аби вважати вирішеними завдання, що стоять перед модернізацією як масштабним явищем суспільного життя.

Не менш значущим для теоретичного аналізу і практичних форм реалізації є такий вид запозичень в праві, як рецепція.

Слово *receptio* латиною означає «прийняття». Німецький правознавець Ф. Вієакер вважає, що цей термін більш правильно вживати для позначення сприйняття будь-яким правовим порядком чинних норм сучасної для нього юридичної системи [4, с. 263].

Проте такий підхід до рецепції права, на нашу думку, не може повною мірою відображати усі грані такого багатоаспектного явища як рецепція. Залежно від темпорального критерію слід говорити про синхронну і діахронну рецепцію права.

Найбільш відомою та масштабною емпірикою другої з названих форм рецепції права стала рецепція римського права. В цьому випадку мало місце засвоєння римського права західноєвропейськими середньовічними державами.

Також, коли йдеться про різні форми запозичень в праві, нерідко предметом наукового аналізу стає така категорія, як наступність (спадкоємність) в праві. Н. Неновські у своїй класичній роботі з цієї проблематики визначає вказану категорію таким чином. «Наступність у праві, — пише він, — це зв'язок між різними етапами (ступенями) розвитку права як суспільного явища, суть якого полягає у збереженні певних елементів або сторін права при відповідних його змінах» [5, с. 20]. Тим самим професор Н. Неновські, передусім, виводить на світлі, помітні сторони наукової доктрини так звану вертикальну наступність у праві, тобто спадкоємність в праві у часі. В окремих випадках також слід говорити й про наступність у праві по горизонталі, тобто про сприйняття минулого правового досвіду інших (територіально) держав [4, с. 262].

Неоднорідні й предметно-об'єктні вектори запозичень у праві. Якщо окреслювати їх коло більш широко, слід, як це вже було зазначено нами раніше, говорити про відтворення в одній системі юридичних координат:

— по-перше, базових засад, принципів та аксіом чужорідної для неї системи;

типів соціальної, економічної та політичної систем, які розвивалися в Західній Європі та Північній Америці з XVII до XIX ст. і потім поширилися на інші європейські країни, а в XIX і XX ст. — на південноамериканський, азійський та африканський континенти». Ще один теоретик модернізації С. Блек розглядав модернізацію як «приспособлення раціональних інститутів до нових функцій, які відображають безпрецедентне зростання людського знання, що дає змогу встановити контроль над людським середовищем» [1, с. 1; 2, с. 7–8].

— по-друге, нормативних, ціннісних та інституціональних сегментів вказаної системи.

Кожен з названих вище блоків сприйманих цінностей можна також структурувати більш диференційовано.

Так, зокрема, коли ми говоримо про відтворення нормативного сегменту системи, йдеться не лише про копіювання на чужорідному для системи ґрунті безпосередньо норм права, а й про сприйняття категоріального апарату юридичної системи, а також технік створення, інтерпретації, реалізації та систематизації самих норм. Об'єктом відтворення стають прямі та зворотні зв'язки всередині нормативного елементу системи.

Одним з варіантів запозичень у праві є *дисперсія*, тобто розсіяння певних нормативних, ціннісних та інституціональних образів у просторових, соціальних і часових межах.

Простежимо функціональність дисперсії права на прикладі колоніального права франкофонної Африки і Мадагаскару.

Будь-який національний-територіальний простір, чи то майбутнє бельгійське Конго, чи англійська Австралія до епохи великих географічних відкриттів і колоніальних експансій, що слідували за нею, розвивалися згідно з модусом відносної правової автентичності та автономії.

Якою ж була змістовна основа автономного юридичного буття в регіонах Африки і Мадагаскару в доколоніальний період?

Прийнято вважати, що до приходу європейців люди з «обпаленими обличчями»¹ перебували на найнижчому ступені розвитку людства — вони не знали ні державного способу управління, ні цивілізованих способів ведення господарювання, а первіснообщинний лад був єдино можливим за обставин, що склалися, суспільним ладом, характерним для вказаних суспільств. На нашу думку, це твердження є не зовсім правильним. Як зазначають дослідники, які займаються проблемами французької колонізації африканського континенту, є достатньо підстав, аби стверджувати, що у народів, території проживання яких піддалися захопленню з боку Франції, вже існувало класове суспільство. «Первіснообщинний лад зберігся лише у найбільш відсталих народів, наприклад, у гуро і гагу, що населяли північні райони Кот-д'Івуару» [7, с. 171].

Що стосується нормативних засад громадського порядку регіонів майбутньої колоніальної експансії Франції, то безальтернативним джерелом суспільної регламентації був звичай.

До основних характеристик тубільних звичаїв доколоніальних суспільств можна віднести наступні.

1. Звичаєві норми доколоніальних суспільств мали колективний характер реалізації. Ця теза впливає з самої природи африканського права. Як підкреслюють етнографи, африканець не може себе об'єктивувати поза тим суспільством, де він народився і живе, незалежність такого індивіда у племені (клані, сім'ї) є неможливою [8].

Індивід і група немислимі один без одного (людська група не є абстрактною категорією — вона не існує поза її зв'язком з особою, так само як індивід не

¹ Вперше термін було введено відповідно до грецької легенди про Ефіопію — «країну людей з обличчями, обпаленими сонцем», — яка лежала по обидва боки Червоного моря в Африці та Азії [6, с. 48].

може себе вважати автономним елементом соціальної активності). Зрозуміти африканця можна лише через комплексні зв'язки і, навпаки, людську групу — шляхом персонального аналізу її індивідів [9, с. 79].

Цей колективний характер звичаєвих норм пронизує і власне систему соціального регулювання африканських суспільств, і механізм її дотримання і забезпечення. Візьмемо, наприклад, такий орган публічної влади родоплемінної організації тубільного соціуму, як «рада вождів племені». З першого погляду здається, що влада цієї ради має суто автономний характер. Але, якщо глибше поглянути на цю проблему, то можна помітити, що це твердження не зовсім правильне. Вождь племені в тубільних суспільствах доколоніальної Африки — це посада виборна, а, отже, безпосередньо залежить від волевиявлення членів соціуму (клану, племені і т. д.).

Із загального колективного характеру звичаєвих регуляторів суспільних відносин випливає і колективний характер соціальної відповідальності, що накладається за їх невиконання. Отже, правопорушення, здійснене одним членом племені, автоматично призводило до накладення заходів відповідальності на весь доколоніальний соціум. Як вважає Еліас [10, с. 83], такий характер соціальної відповідальності, що існує в тубільних соціумах, є «потужним чинником, що перешкоджає здійсненню деліктів». На нашу думку, ця оцінка пов'язана, передусім, з тим, що страх африканців у доколоніальній Африці накликати на свій рід або плем'я заходи колективної відповідальності був набагато сильнішим, ніж страх піддатися подібним заходам самому.

Елементи колективної відповідальності, що становлять основний зміст цього соціального інституту, представлені такими положеннями юридичної доктрини:

- кожен член племені (клану) є відповідальним за дії своїх одноплемінників;
- ціною індивідуальної безпеки в соціумі є взаємне спостереження членів етносу;
- більше того, загальновідомим є той факт, що майнові стягнення або накладення інших покарань на члена племені, який не має жодного стосунку до скоєного делікту, є значним стримуючим чинником, здатним утримати потенційного правопорушника від порушення ним норм [10, с. 83].

Як зазначає М. Глукман, метою накладення заходів соціальної відповідальності в доколоніальних системах суспільної регуляції на Африканському континенті було, головним чином, примирення зацікавлених осіб, а не встановлення прав [11, с. 112].

За такого колективного характеру юридичної відповідальності одразу виникає цілком закономірне питання, яку ж саме відповідальність несе в цьому випадку конкретний винуватець делікту? З цього питання існують два протилежні погляди. Перший полягає в тому, що колективна юридична відповідальність закономірно передбачає повну безкарність індивіда (члена певного соціуму і етносу), який порушив певну соціальну норму (когось убив, пограбував тощо). З нашого погляду, подібна концепція є неправильним підходом до розуміння сутності механізму юридичної відповідальності, що існує в тубільних соціумах, таке встановлення безкарності у будь-якому суспільстві (традиційному, державному чи якому-небудь іншому) призводить до виникнення спочатку анархії, а потім і краху таких соціумів. Знаючи, що за всі свої про-

ступки відповідатиме плем'я (клан, сім'я), людина не бачить стримуючих важелів для себе в тому, щоб таких деліктів не здійснювати. Якби вищевикладений погляд був правильним, то тубільні етноси франкофонної Африки просто не змогли б вижити, а їх існування можна було б назвати «природним станом» в розумінні Т. Гоббса (у ньому індивід живе за принципом «людина людині вовк»).

Більш правильною нам видається концепція колективної відповідальності, за якою соціум відшкодовує збиток, нанесений деліктом його члена, а потім висуває до останнього, висловлюючись сучасною юридичною мовою, «регресний позов» або соціальні заходи відплати. Залежно від тяжкості вчиненого проступку такі заходи можуть мати різний характер: умертвіння, вигнання з племені, обмеження в правах, які раніше мали ті чи інші члени соціуму (наприклад, можливість для чоловіка отримувати певну майнову долю від вдалих військових походів племені).

Колективний характер поширювався й на низку юридичних інститутів доколоніальної Африки, зокрема, на право власності на землю. Цей факт слід особливо підкреслити, оскільки значну частку звичаїв доколоніальної франкофонної Африки становили саме аграрні соціальні регулятори суспільних відносин. Земля для тих етносів, які зберегли на момент їх завоювання французами общинний спосіб господарювання, мала статус спільного блага для кожного з членів соціуму і належала, відповідно до давнього звичаю, не окремим індивідам, а всьому племені (касті, сім'ї). Більше того, як зазначає Гонідек, земля «не могла слугувати предметом різного роду угод», тобто земельні володіння та наділи в тубільних суспільствах зберігали досить стійкий характер щодо їх територіальної цілісності.

2. Сакральний характер звичаєвих норм. Для більшості тубільних суспільств доколоніальної Африки основою їх життєдіяльності були так звані «природні сили»: повітря, вода, земля та інші (за винятком низки етносів, які зазнали впливу таких монорелігійних концепцій, як християнство та іслам). Залежно від якісного складу тих «природних сил», яким поклонялися тубільні соціуми, язичницькі африканські віросповідання можна умовно поділити на плюралістичні (визнання різноманітних за своєю суттю «природних сил» як джерела та хранителя життя на Землі) та моністичні (визнання як такої лише однієї з природних стихій; наприклад, у мальгашців такою була земля). На думку тубільців, «природні сили», які дарували їм життя, також безпосередньо впливали й на регулювання суспільних відносин в соціумі, виступаючи в цьому випадку як безпосереднє джерело формування норм суспільного регулювання — звичаїв.

Прикладом такого впливу «природних сил» на механізми формування і здійснення звичаєвих регуляторів суспільних відносин є мальгаські тубільні звичаї. Зокрема, право власності на землю у цих племен доколоніального періоду розвитку мало чітко окреслений сакральний характер — поклоніння землі як одній з природних стихій, що існує в природі. Мальгаський звичай свідчить: «Земля — це перша жінка Творця, вона і живим дає схованку і мертвим придуло» [12, с. 15] (детально суть цієї мовної формули пояснювали в мальгаському доколоніальному суспільстві три епоси — про Землю як про дружину Творця; про Землю як прародительку роду людського; про Землю як про язичницьке божество).

Ці самі «природні сили» були й «інструментом» забезпечення звичаєвих норм тубільних етносів. На порушника звичаїв, окрім цілком земної кари (вигнання з племені, наприклад), падала кара й небесна. Це виражалося і в накладенні прокляття на людину, яка наважилась порушити століттями установлений звичай, заповіданий йому предками і дарований природою.

Також безпосередній сакральний характер механізму забезпечення звичаєвих норм виражався й у тому, що покарання члена етносу завжди супроводжувалося ритуальними діями, що мали викликати «природні стихії» як свідків та помічників в них (танцями, звертаннями до волі всемогутніх природних сил тощо). На думку тубільців, через їх глашатаїв на землі — вождів племені, старійшин, жерців (а джерело їхньої влади також мало сакральний характер) вказувався правильний шлях здійснення правосуддя.

Одним з виявів волі природних сил на землі були ордалії. Такі поєдинки вказували швидше не на те, хто правий або ні в конкретній суперечці з погляду розуму і законів справедливості, а на те, кого вважають правим земні стихії. Їхня ж «воля» в цьому випадку виконувалася беззаперечно. Покладання надії того, хто змагався, на об'єктивні свідчення його правоти за обставин, що склалися, були недоречними, адже якщо вітер (вогонь, вода та ін.) вказав на те, що правий його суперник, це означало «істину в останній інстанції» і оскарженню з боку людини не підлягало.

3. Причини дотримання тубільних звичаїв. Ще з часів виникнення перших концепцій юридичного позитивізму механізми дотримання правових норм почали пов'язувати з примусовою силою їх здійснення і, передусім, з страхом людей, піддатися різного роду санкціям з боку держави в особі її правоохоронних органів за порушення закону. Згодом, у зв'язку з появою, зокрема в російській теорії права, юридичної доктрини правомірної поведінки та виникнення, за словами російського дореволюційного соціолога права С. Муромцева, окрім так званої «зовнішньої правомірної поведінки», ще й «ідеально правомірної», тобто поведінки суб'єктів права, які усвідомлюють необхідність, справедливості і обґрунтованість вимог правових норм і бажають настання суспільно корисного результату, дотримання закону почали пов'язувати з певними соціально активними діями індивідів. Отже, можна сказати, що умовно причини дотримання закону поділяються на ті, які пов'язані зі страхом можливого покарання з боку держави за його невиконання, а також ті, що є виявами соціально активної правомірної поведінки.

Механізм дотримання звичаєвих норм тубільних суспільств є дещо інакшим, аніж застосований щодо закону. По-перше, слід зауважити, що навіть для тих племен, які досягли стадії державності, державний примус був не єдиним стримувальним механізмом підтримки громадського порядку в соціумі, оскільки зберігали свою значущість і так звані сакральні механізми дотримання звичаєвих норм, описані вище. Щодо етносів, які перебували на родоплемінній стадії історичного розвитку, окрім цих сакральних способів діяли ще й інші методи підтримки громадського порядку, що мали, як правило, колективний характер, — сила громадської думки, вираженої на загальних зборах членів племені, з достатньою очевидністю виявляла себе в цих соціумах. По-друге, існування соціально активної правомірної поведінки щодо норм звичаєвого права не було можливим, передусім, тому, що звичай — це завжди правило поведінки, яке застосовувалося на практиці вже раніше попередніми поколіннями.

нями членів конкретного етносу, отже, власна думка індивіда про те, що є моделлю поведінки, викладеною в звичаї, чи справедливий він чи ні, не має жодного значення для його дотримання. По-третє, головною причиною дотримання тубільних звичаїв доколоніальних суспільств (як, втім, і сучасних звичаєво-правових норм) є той факт, що цих правил поведінки дотримувались раніше наші предки, отже, і ми (сучасне покоління) теж маємо їх дотримуватися. По-четверте, досить точно відобразив механізм дотримання звичаєвих норм доколоніальних суспільств Ж. Кур'є у своїй короткій формулі — «підпорядкування кожної людини звичаєвому регулятору суспільних відносин передусім пов'язане з повагою до предків, залишки яких злилися з землею, а дух витає над живими, а будь-яке порушення (фомба) — з негативними наслідками не лише для цієї людини, а й для усього універсуму, групи» [13, с. 333–359].

4. Форма вираження звичаєвих норм. У більшості випадків звичаєві норми тубільних суспільств мали усний характер. Основним механізмом збереження таких суспільних приписів, за цілком справедливим зауваженням Гонідека [14, с. 16], було передання правил поведінки з уст в уста, від одного покоління іншому. Умовно цей процес можна назвати «вертикальною трансмісією». На відміну від процесу модернізації правових норм, за якої певні моделі поведінки одного сучасного правопорядку і правової системи передаються іншому (так само сучасній національній системі права), при «вертикальній трансмісії» передання змісту суспільної норми здійснюється від системи права більш «архаїчної» до сучасної (на той момент).

Передаючи певний звичай предків, індивіди, з одного боку, «приміряють» цей регулятор до свого суспільного порядку (забезпечуючи психологічний аспект втілення соціальної норми), а з іншого — не дозволяють звичаєвій нормі зникнути і забутися в стрімкому плині часу, підтверджуючи матеріальний аспект втілення звичаю.

Гонідек [14, с. 16] писав, що усний характер звичаєвих норм тубільних суспільств франкофонної Африки можна пов'язати з усним характером розгляду спорів у цих суспільствах, маючи на увазі не що інше, як підтвердження думки про те, що з усного характеру процесуальної норми може впливати теза й про усність матеріальної норми. З нашого погляду, ця думка є не зовсім правильною. Для наочного підтвердження візьмемо сучасні європейські національні системи права. У більшості з них закріплено принцип усності ведення судочинства, але це зовсім не означає, що матеріальне право цих країн теж має такий характер.

Причини усного характеру звичаєвих норм доколоніальних африканських етносів нам вбачаються, в першу чергу, в тому, що їх письмовий характер у тубільних суспільствах був просто непотрібний, а іноді й неможливий (через відсутність писемності у цих племен). Звичаєві норми формувалися та функціонували в рамках компактних поселень тубільців. Знання таких норм з боку індивідів мало практично абсолютний характер. Звичаї предків тубільці вбирали буквально «з молоком матері». Незнання окремих звичаїв племені, а, отже, не включення їх до загального обігу суспільної свідомості тубільного соціуму, означало не що інше як загибель такого правила поведінки. Таким чином тубільні звичаї ніби проходили «природний відбір» часом.

Необхідність письмового закріплення звичаєвих норм була, як правило, пов'язана з приходом на африканський континент чужоземців (торговців з

інших частин світу, колонізаторів та ін.). Останні були незнайомі з культурними, історичними, а тим більше правовими традиціями африканських суспільств, тоді як така поінформованість допомагала зберегти їм як вміст гаманців (налагоджуючи розумний товарообмін з африканцями), так і життя (нерідко незнання тубільних звичаїв закінчувалося для європейців смертю, оскільки порушити правило поведінки досить легко, якщо не знаєш його змісту). Отже, головна причина включення звичаєвих регуляторів суспільних відносин до складу письмових збірників права була пов'язана з необхідністю пізнання таких правил поведінки іноземцями. Хоча при цьому слід зазначити, що в окремих регіонах доколоніальної Африки ще до приходу «білої людини» деякі правителі тубільних народів робили спроби видати письмові збірники звичаєвого права з метою впорядкування правової системи країни (така систематизація була можлива лише за державного способу політичного устрою суспільства).

Окремі дослідники, зокрема Гонідек [14, с. 13], виділяють як ознаку звичаєвого права доколоніальної Африки те, що звичаєві норми тубільних суспільств відобразили та закріпили різні форми нерівності в суспільстві. Продовжуючи свою думку, автор посилається на існування в таких етносах різнорідних ієрархічних соціальних систем різного генезису і походження: статевої (батько сімейства — патер — визнається главою роду; інші члени сім'ї — агнати — повинні слідувати його волі); вікової (так звана «геронтократія», найбільш яскравим виразом якої слугує інститут ради старійшин); кастової та ін.

Оцінюючи цю позицію французького дослідника африканських звичаїв, можна сказати, що вона багато в чому не позбавлена привабливості. Дійсно, ієрархічні системи існували в африканських тубільних етносах — це данність, з якою досить важко сперечатися. Але твердження, що ця ознака є характерною особливістю саме африканського тубільного права доколоніального періоду розвитку, видається нам досить спірним. Головний аргумент на користь неточності обраної Гонідеком ознаки полягає, на нашу думку, в тому, що нерівність у суспільстві (в якій би формі вона не існувала) є атрибутом будь-якого суспільства — як сучасного, так й архаїчного; вплив певного кола осіб на прийняття законів або створення звичаїв як норм суспільної регуляції завжди існуватиме, незалежно від стадії розвитку соціуму, оскільки повну рівність у суспільстві емпірично неможливо втілити в життя — це утопія. Звісно, можливо, існує деяка різниця між сучасними суспільствами і державами, де формально закріплюється принцип рівності (між чоловіком і жінкою; різними націями та національностями; всіх перед законом і судом та ін.), і тубільними етносами, де прямо і чесно закріплений абсолютно протилежний принцип формальної нерівності членів соціуму. Проте, ще раз слід зазначити, що емпірично й сучасні суспільства демонструють нам приклади ознак нерівності у дії — інститут лобізму, поширений в західних державах, змушує дещо змінити позиції тих дослідників, які схильні думати, що людське суспільство розвивається поступально від повної нерівності та свавілля архаїчних соціумів до рівності та повного благоденства так званого цивілізованого суспільства.

Нова ера в історії розвитку регіонів Африки і Мадагаскару почалася, як це вже зазначалося вище, з моменту колонізації цих регіонів. При цьому сама колоніальна експансія Франції в названих територіальних межах велася за такими основними напрямками: на півночі Африки було захоплено Марокко,

Алжир, Туніс; у так званій чорній Африці — Сенегал, Мавританію, Судан, Нігер, Гвінею, Кот-д'Івуар, Габон, Конго, Уганду; під мандатом Франції перебували Камерун, Того, Сомалі.

Остаточна франкофонна частина африканського континенту і Мадагаскару сформувалася приблизно до ХІХ — початку ХХ ст.¹. Проте в цілому цей процес розтягнувся на декілька століть.

Які ж основні вектори дисперсії французького права стали соціальною даністю національних правопорядків регіонів франкофонної Африки і Мадагаскару в епоху колонізації?

У першу чергу слід говорити про дисперсію суто нормативного напрямку, що виявляється в наступних базових підставах традиційних правових систем колоніального періоду розвитку.

1. Дуалізм форм соціального регулювання суспільних відносин. Представлений дуалізм соціального регулювання виражався передусім у тому, що однолінійний розвиток традиційних правових систем через колонізацію вказаних регіонів було порушено — відтепер не лише звичай, а й перенесені з Європи французькі юридичні норми починають регулювати величезний комплекс суспільних відносин.

Якщо ми, зокрема, звернемося до досвіду предметної дисперсії французького права в галузі цивілістики, то побачимо, що «відбиток Французького цивільного кодексу є в Зобов'язальних кодексах Тунісу (1906 р.), Марокко (1913 р.), Лівану (1932 р.)» [16, с. 75].

2. Диференціація звичаєвого тубільного права згідно із модусами французької юриспруденції. Якщо в доколоніальну епоху можна було говорити про рівну юридичну силу та правовий статус усіх існуючих звичаєвих правових норм, то після колонізації всі існуючі звичаї можна було б умовно поділити на три групи:

а) звичаї, зміст яких внесений до того або іншого нормативно-правового акта;

б) звичаї, що зберегли за собою статус повноправного регулятора суспільних відносин нарівні із законом та іншими нормативно-правовими актами;

в) звичаї, виведені колоніальною владою із вжитку.

Як справедливо зазначає професор Г. Муромцев, «звичай, внесений до нормативного акта або покладений в основу судового прецеденту, стає частиною законодавства або прецедентного права та перестає бути юридичним джерелом права» [17, с. 29]. В цьому випадку звичай стає джерелом права не в юридичному або формальному значенні цього слова, а, передусім, в аспекті гносеологічному або історичному («та обставина, що можливість використання звичаю створюється законами, не перетворює його на закон» [18, с. 65]). Звичай дає законодавцеві фактичне підґрунтя та основу для створення певного джерела права у формальному смислі цього слова, вкладаючи свій зміст в абсолютно іншу форму — нормативного акта-документа. За таких обставин одразу виникає питання — чи будуть властиві звичаєво-правовій нормі, втіленій у форму нормативного акта, всі ті ознаки (див. вище розгляд сутності звичаю в доколоніальну епоху), які були характерні для неї, коли їй не надавався такий статус?

¹ За оцінками фахівців, загальна площа захоплених територій на африканському континенті та Мадагаскарі становила 10 852 000 км² [15, с. 6].

На нашу думку, відповідь на це цілком закономірне питання має ґрунтуватися на диференційованій основі. Якщо говорити про усність звичаю та колективну форму відповідальності як про основні ознаки звичаю в доколоніальну епоху, то необхідно відзначити той факт, що ці ознаки «відмирають» у зв'язку з вищевказаною метаморфозою, яка відбувається зі звичаєм. Їх існування стає неможливим через те, що воно суперечить сутності нормативно-правового акта, до змісту якого входить звичаєво-правова норма. Як відомо, для нормативного акта в французькому праві властива письмова форма його втілення та індивідуальний характер відповідальності за його невиконання. Інші ознаки звичаю — колективний спосіб вироблення його змісту та сакральний характер виникнення його в соціумі, стають для вказаного виду звичаєво-правової норми факультативними характеристиками її сутності, тобто вони зберігають свою достеменність, але тільки для тубільного соціуму, в якому вони зародилися. Африканці продовжують свято вірити в те, що ця норма дарована їм небесами, а її непорушність криється передусім у тому, що їхні предки використовували її протягом свого життя, заповідаючи своїм нащадкам чинити так само; вони залишаються байдужими до того, що колоніальна влада включила її до того або іншого нормативного акта — для них ця норма, як і раніше, є їхнім давнім звичаєм, заповіданим їхніми предками. Тоді як колонізатори і європейці загалом, які дізналися про зміст цієї звичаєво-правової норми з того або іншого нормативно-правового акта, в свою чергу, залишаються байдужими до того, що ця норма має сакральний та колективний характер дії — для них це лише юридичне правило поведінки, почерпнуте з нормативного джерела права.

Звичаєво-правові норми, які досі чинні на території французьких колоній, поширювали свою дію лише на тубільне населення, визначення якого було надане в так званому «Тубільному кодексі». Так, згідно з останнім, «усе корінне населення поділялося на дві категорії — французьких громадян (жителі чотирьох стратегічно та політично важливих портових міст (комун) Сенегалу: Дакара, Горе, Рюфікса та Сент-Луї) — на них і поширювалося французьке право, та «тубільців» — решту населення. Відповідно ж до Декрету від 10 листопада 1903 р. (статті 14–16) французьке право застосовувалося також коли однією зі сторін в судовій справі були європейці» [19, с. 16].

Сфера поширення звичаєвих норм у колоніальну епоху була обмежена, як правило, нормами поведінки в галузі сімейного, спадкового права і низки інших інститутів цивільного права.

3. Трансформація окремих інститутів тубільного права під впливом французьких ціннісних базисів. Так, зокрема, слідом за європейською доктриною права на африканській території починають з'являтися окремі вияви індивідуалістичного принципу організації суспільних зв'язків; домінанта колективізму як наріжний камінь побудови доколоніальних тубільних суспільств відходить у минуле; всеосяжний характер колективної юридичної відповідальності також припиняє свою дію. Починає змінюватися й сутність ієрархічних систем в африканських і мальгаських соціумах. Якщо до приходу білої людини такі системи мали здебільшого патріархальний та геронтократичний характер, то з початком колонізації поділ суспільства на окремі групи почав вибудовуватися за принципом етнічного походження — з одного боку «барикад» вишиковувалися представники місцевих племен, з іншого — європейці, що здійснили успішну експансію у відповідному регіоні. До того ж європейці (зокрема фран-

цузи) повинні, за твердженням колоніальної влади, займати домінуюче положення порівняно з тубільцями. Так, зокрема, Ж. Харманд (представник колоніальної адміністрації того часу) стверджував, що «треба взяти за правило певну ієрархію рас та цивілізацій в колоніальних територіях, зважаючи, що європейська раса розглядатиметься як вища» [14, с. 21].

Світський характер юридичних норм як один з принципів побудови правової системи також поступово почав проникати до африканських і мальгаських регіонів через колоніальну експансію.

Найзначущішою зміною в галузі охорони громадського порядку в африканських суспільствах можна вважати остаточний поділ між деліктами кримінального та цивільного характеру (як відомо, раніше це стосувалось лише етносів, що досягли стадії державності).

Також дисперсія французького права повною мірою себе виявила і в інституціональній ланці традиційних систем регіонів франкофонної Африки, що відобразилося у формуванні дволанкової моделі юстиції:

— перша ланка — калькування французької судової системи (поширилося на так зване європейське населення колоній);

— друга ланка — тубільна юстиція.

Так, зокрема, остання ланка у Французькій Західній Африці була встановлена Декретом від 10 листопада 1903 р. (зі змінами від: 22 травня та 14 червня 1905 р.; 5 червня 1906 р.; 20 грудня 1907 р.; 25 квітня 1910 р.; 16 серпня 1912 р.).

Відповідно до представлених правових актів на нижчому рівні судової ієрархії були так звані «сільські суди» — розглядом судових спорів в них займалися голови сіл. Суди другої інстанції були представлені «окружними судами». До складу цього органу належали: голова судового засідання та два тубільні асесори, які призначалися головою колоніальної адміністрації. Апеляції на рішення «окружних судів» могли бути подані до «Центрального суду». Подібно до «окружного суду», до складу цього судового органу входили голова судового засідання і два асесори (голоси останніх при ухваленні рішення мали лише консультативне значення). Касаційний розгляд справи в рамках тубільної юстиції відбувався лише на засіданні Апеляційного суду, штаб-квартира якого розташовувалася в місті Дакарі. Саме цей судовий орган мав право анулювати рішення як «окружного суду», так і «Центрального суду».

Головна умова застосування того чи іншого звичаю в межах розгляду справи в органах тубільної юстиції полягала в тому, що обрана адекватна звичаєво-правова норма не мала суперечити французьким законодавчим нормам. Самі ж тубільці при цьому на підставі Декрету від 2 травня 1906 р. могли в загальному порядку звернутися за судовим захистом і до французького судочинства, де вже до них застосовуватимуться не звичаєві норми, а французький закон [20, с. 551–553].

Також значущим видається розгляд трансформацій ціннісної ланки традиційних правових систем Африки і Мадагаскару, що сталися під впливом дисперсії французького права. Йдеться про привнесення на суспільний ґрунт вказаних регіонів таких концептуальних базисів, як юридичний лібералізм індивідуального типу актуалізації та такої форми юридичного позитивізму як юридичний етатизм.

Звернення людства до індивідуальної форми юридичного лібералізму багато в чому пов'язане з розширенням самого поняття «свобода»: якщо колектив-

ний аналог лібералізму має суто соціальні підстави і онтологізується виключно в межах конструкцій «індивід — індивід», «індивід — суспільство», то при індивідуалістичному звучанні категорія людської свободи є атрибутом людини, що зумовлює її здатність бути першопричиною, аутодетермінантою своїх соціальних дій і передусім моральних вчинків.

Подібна трансформація ідей лібералізму, як і обрання у межах правової системи Франції на певному етапі її становлення юридичного позитивізму естатичної оцінки актуалізації як базової ціннісної ланки, стали закономірним підсумком її еволюційного шляху. Абсолютно інакшу ситуацію ми можемо спостерігати в ретроспективах колоніального права. Загальна десинхронізація правових і соціальних основ суспільних систем названих регіонів призводила багато в чому до того, що:

- населення країн-домініонів стикалося з проблемою нерозуміння суті правових реформ, що проводяться за західним, французьким зразком;
- серед масиву правових актів часто мали місце бездіяльні одиниці;
- саме громадянське суспільство було відчужене від політико-правових перетворень у суспільстві.

Частково подібні негативні наслідки дисперсії ціннісних та нормативних компонентів французької правової онтології на африканські та мальгаські території були нівельовані через згоду митрополії на пролонгацію доколоніального юридичного модусу в таких сферах суспільного регулювання, як спадкові, шлюбно-сімейні та майнові суспільні відносини.

У подальший період розвитку представлених регіонів, пов'язаний з набуттям незалежності відповідними державами, дисперсивні зв'язки з французьким правом повністю розірвані не були.

Як писав французький дослідник Ж. Конак, стаючи суверенними, нові держави «виступили ніби в ролі правонаступника та спадкоємця колоніальної держави. При цьому незалежність не могла супроводжуватися повним розривом з правом, вже переданим колоніальним законодавцем і суддею» [21, с. 14].

Дійсно, постколоніальні африканські суспільства не могли миттєво перекреслити досвід колоніальної юридичної практики, створивши абсолютно нову, несхожу на європейські традиції права правову систему. Як писав Ж. Фойє, звертаючись до урядів африканських незалежних держав: «Ми¹ передаємо вам наші правові концепції, термінологію, методи та юридичні конструкції з тієї причини, що ви не скоро позбавитесь звички рецепіювати європейські юридичні норми» [22, с. 4].

У цьому випадку діяв так званий принцип «континуїтету законів», згідно з яким зберігалася пролонгація дії колоніальних правових актів на території вже незалежних держав Африки. Підтвердження цих тез можна знайти як у законодавчих, так і в судових актах вказаних регіонів. Так, зокрема, ст. 58 Конституції Дагомеї вказує: «французьке законодавство застосовується на території Дагомейської Республіки у разі якщо воно не суперечить Конституції Дагомеї» [14, с. 36]. А Постанова Уряду Республіки Нігер № 423 від 1967 р. щодо порядку проведення виборчої кампанії з виборів муніципальних радників встановлює, що «публічні збори дозволяються у межах і на умовах, визначених Законом від 30 червня 1881 р., застосування якого для заморських тери-

¹ Мається на увазі французька колоніальна влада.

торій встановлене Декретом від 11 квітня 1946 р.» [23, с. 661]. Апеляційний суд Габона також вказав на те, що французькі закони, застосовані в колоніальну епоху на території цієї країни, стають складовою законодавчої бази Габона.

Такими нам видаються методологічні засади та практичні втілення інституту «дисперсії права».

Отже, у сучасних умовах можливі дві так звані «чисті» моделі взаємодії атомістичної правової системи з її чужорідним (зарубіжним) аналогом:

- *транспарентна*;
- *національно-замкнена*.

Безумовно, найбільш детермінований цим визначальним явищем світової суспільної практики, під впливом якого можлива і вже частково відбулася пролонгація транспарентного вектора розвитку правових систем сучасності, *феномен глобалізації*.

Щодо другої моделі, то однією з видимих детермінант, які можуть пролонгувати даний вектор розвитку національного правопорядку, можуть стати економічні причини. Вже сьогодні ми бачимо як окремі країни, які колись були флагманами інтеграційного руху, трансформують свої політико-правові настанови. Так, нещодавні події в Лівії та зумовлена ними хвиля нелегальної еміграції змусила Францію та Італію серйозно заговорити про закриття кордонів. Невдоволена закономірними наслідками прозорості міждержавних кордонів між країнами – учасницями Шенгенської угоди також Швейцарія. Серйозніші випробування чекають на об'єднану Європу в майбутньому, коли окремі економічно малорентабельні країни ЄС спіткає дефолт, нівелювати наслідки якого будуть, у тому числі, за рахунок платників податків з більш економічно розвинених регіонів. Вже зараз Німеччина висловила серйозні побоювання щодо необхідності реструктуризації боргу Греції у вирішенні її економічних проблем. Так, за словами канцлера ФРН А. Меркель, це може призвести до тяжких наслідків для інших країн єврозони. «Греція отримала кредит, який має погасити після 2012 р. У зв'язку з цим зараз неможливо швидко змінити правила. Інакше це призведе до тяжких наслідків для інших країн єврозони», – заявила глава уряду ФРН на з'їзді земельної організації Християнсько-демократичного союзу федеральної землі Мекленбург – Передня Померанія [24].

Проте, користуючись марксистською методологічною базою, надбудовні явища і процеси не лише можуть змусити держави закрити свої кордони для донорства чужорідних цінностей, норм, національних інститутів і наднаціонального духу. Багато в чому і світоглядний компонент правових систем може відіграти в цьому процесі свою визначальну роль. Так, правові системи ісламської правової орієнтації і передусім національні порядки з домінуючим впливом релігійних регуляторів на суспільні відносини навряд чи будуть готові послабити юридичну ідентичність, поступаючись пасіонарностям західноєвропейського юридичного світу, що наближаються. Навпаки, дисперсія самої ісламської общини у всьому світі, зокрема в європейських соціальних межах, вже зараз приводить до внесення мусульманського юридичного базису в національне буття країни-реципієнта тієї або іншої соціальної спільноти.

Кожен з цих сценаріїв, безумовно, є змодельованим вектором розвитку правових систем сучасного світу в досить схоластичному варіанті. Вірогідність їх еволюції за кожним з цих сценаріїв існує, але вона мало ймовірна. Оптимальним курсом у цьому випадку слід вважати такий вектор еволюційного розвитку, за

якого, з одного боку, держава здатна зберегти національну ідентичність в сфері розгортання юридичного феномена, пролонгуючи компаративний принцип Г. Ролена-Жекмена «єдність не повинна знищувати різноманіття» [25, с. 177], а з іншого — не залишатися осторонь від загальносвітових правових тенденцій, долучатися до цілого, не припиняючи бути особливим.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Eisentadt S. N.* Modernization : Protest and Change. — N.Y., 1966.
2. *Black C.* The Dynamics of Modernization. — N. Y., 1966.
3. *Белинков А. В.* Модернизация права в России : теоретический анализ : дисс. ... канд. юрид. наук. — М., 1999.
4. *Протасов В. Н.* Теория государства и права. Проблемы теории государства и права. — М., 2001.
5. *Неновски Н.* Преємственність в праві. — М., 1977.
6. *Дюбуа Э. Б.* Очерк по истории африканского континента и его обитателей. — М., 1961.
7. *Tauxier L.* Negres Gouro et Gagou. — P., 1924.
8. *Lombard J.* Le collectivisme africain // Presence africain. — 1959. — Juin-juillet.
9. *Verdier R.* Feodalités et collectivisme africain // Presence africain. — 1961. — No. 4.
10. *Ellias T. O.* La nature du droit coutumier africain. — P., 1961.
11. *Gluckman M.* Politics, Law and Ritual in Tribal Society. — L., 1965.
12. *Raharinarivonirina A., Bertone A.* Droit civil. — Antananarivo, 1983.
13. *Coirier J.* Etudes de droit Africain et droit malgache. — P., 1965.
14. *Gonidec P.-F.* Droit africains. Evolution et sources. — P., 1968.
15. *Yacono X.* Les étapes de la décolonisation française. — P., 1971.
16. *Кабрияк Р.* Кодификации. — М., 2007.
17. *Муромцев Г. И.* Источники права в развивающихся странах Азии и Африки. — М., 1987.
18. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. — Кн. 1. — М., 2003.
19. *Синицына И. Е.* Обычай и обычное право в современной Африке. — М., 1978.
20. *Merighac A.* Traite de legislation et d'économie colonials. — P., 1925.
21. *Conac G.* La vie du droit en Afrique. — Dynamiques et finalités des droits africains. — P., 1980.
22. *Foyer J.* Les destinées du droit français en Afrique. — P., 1962.
23. *Journal officiel de la République du Niger.* — 1967. — 15 septembre.
24. *News.BCM.ru* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://news.bcm.ru>
25. *Ренненкамф Н. К.* О современной обработке сравнительного правоведения // Заря. — 1869. — № 3.

Захарова М. В. Запозичення в праві: онтологічний аналіз

Анотація. У статті автор дає теоретичний аналіз проблемам запозичень у праві. Він звертається до видової оцінки поняття, детально зупиняючись на предметних основах і практичних втіленнях феномена «дисперсія права».

Ключові слова: право, правова система, запозичення, нормативне запозичення, ціннісне запозичення.

Захарова М. В. Заимствование в праве: онтологический анализ

Аннотация. В представленной статье автор дает теоретический анализ проблемам заимствований в праве. В данном случае он обращается к видовой оценке понятия, особо останавливаясь на предметных основах и практических воплощениях феномена «дисперсии права».

Ключевые слова: право, правовая система, заимствование, нормативное заимствование, ценностное заимствование.

Zakharova M. The Loaning in the Law: Ontology Analysis

Summary. In article the author provides with theoretical analyses of the aspects of loaning in law spere. She analyses a specific estimation of concept, and especially the base and practical embodiments of a phenomenon of law dispersions.

Key words: law, legal system, loan, normative loan, values loan.