

ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ ОСМИСЛЕННЯ КОНЦЕПТУ «ПРАВОВИХ ТРАНСПЛАНТАНТІВ» НА ТЛІ ТРАДИЦІЇ ЮРИДИЧНОГО ПОЗИТИВІЗМУ



А. САПАРОВА

*викладач кафедри теорії держави і права,
адміністративного і фінансового права
(Київський міжнародний університет),
здобувач кафедри філософії права
та юридичної логіки
(Національна академія внутрішніх справ)*

Підхід «правових трансплантантів» (*legal transplants*), з часу його формалізації у 70-х роках минулого століття шотландським компаративістом А. Ватсоном і до сьогодні, є місцем перетину основних і найбільш складних питань порівняльного правознавства, центром тяжіння наукових дискусій, що складають особливий образ цієї наукової дисципліни на початку нового тисячоліття. При цьому, одним з найбільш евристичних способів розкриття і характеристики змісту вказаного концепту є використання в якості інструменту пізнання дуалізму типів праворозуміння, тобто їх поділ на позитивістські й природно-правові концепції.

У сучасній компаративістиці поширеним є розгляд питань, що входять до предметної сфери порівняльного правознавства, на тлі вказаної опозиції, однак такий розгляд здійснюється у дещо відмінних аспектах. На наш погляд, можна виокремити *дескриптивну* і *критичну* стратегії екстраполяції філософсько-правового відмежування «позитивного» і «природного» на порівняльне правознавство. Зміст першої стратегії полягає у ствердженні, що привнесення такого відмежування у порівняльне правознавство дозволить найбільш повно і рельєфно відобразити його предметну сферу. Такий погляд, зокрема, відстоював В. С. Нерсесянц. Він вказував, що «будь-яка порівняльно-правова робота, який би метод вона не використовувала, належить до одного з типів праворозуміння: легістського (юридичного позитивізму) чи юридичного (до якого відносяться, зокрема, природно-правові трактовки права)» [5, с. 32]. У іншій, більш пізній своїй праці він розкриває цю тезу більш деталізовано: «традиційно проблеми державно-правової уніфікації і універсалізації (основні елементи предмета порівняльного правознавства у тлумаченні його класичних шкіл, зокрема, функціоналізму. — А. С.) теоретично розроблялись і практично вирішувались з позицій двох протилежних, багато у чому антагоністичних, типів

© А. Сапарова, 2013

праворозуміння — юснатуралізму (природно-правового підходу) і позитивізму (легізму)» [4].

Критична стратегія, на відміну від вказаного, розглядає опозицію позитивізму і природно-правової концепції не як інструмент опису наявного стану речей у порівняльному правознавстві, а як спосіб критики і фіксації подальших перспектив його розвитку. У такому ключі, демонструючи лінію розриву, висловлюється, наприклад, Д. В. Дождев: «теоретичні перспективи, пов'язані з порівняльним правом, мають виражену антипозитивістську спрямованість, тоді як зримі досягнення сучасної компаративістики втілені у нормативних матеріалах» [3, с. 8].

Дана стаття присвячена спробі висвітлення вимірів змісту підходу правових трансплантантів шляхом його співвіднесення з традицією юридичного позитивізму.

Найбільш рельєфно лінгвістичний вимір аналізу феномену правової трансплантації відображений у дослідженні відомого угорського компаративіста Ч. Варги. Він зазначає, що «переміщення права [*transfert de droit*] є французьким концептуальним продуктом середини двадцятого сторіччя, що описує рух права з перспективи уявного нейтрального центру, в результаті чого дещо, що береться в якості права (з його підходами, доктриною, рішеннями, нормами, інститутами, взятими як поодинокі, так і разом), слугуватиме правом не лише у певному місці (свого походження) А, але й також у місці (запозичення) В, при цьому в останньому воно було невідомим до такого запозичення, й було переміщене до цього місця у певний спосіб» [11, с. 23].

На відміну від цього, «англійське слово “трансплантант” (*transplant*), очевидно ботанічного походження, морфологічно складається з *trans+plant|are*, і доведеним є те, що воно вживалося як дієслово у розумінні “пересаджувати (саджанець)” з 1440 р., і, вже як іменник — у значенні (саджанець, який був пересаджений) — з 1756 р. Воно також вживається як метафоричний вираз — переміщення (особи) з 1555 р., й у розумінні “переміщення (людей)”, відносно великих груп людей, з 1608 р. Пізніше воно стало вживатися у хірургічному контексті — трансплантація шкіри чи органу — з 1786 р. І ця метафора з 1974 р. стала об'єктом подальшої метафоричної асоціації, побудова якої є заслугою А. Ватсона, внаслідок чого ми говоримо “правовий трансплантант”, спираючись на модель хірургічної трансплантації органів, який так само передбачає донора і реципієнта» [11, с. 24].

При цьому, як зазначає вчений, «у своїй оригінальній роботі А. Ватсон не дає жодного визначення свого концепту “правовий трансплантант”. Він просто говорить про явище “переміщення норми” або “тривалого масового запозичення... норм”. Значно пізніше, у відповідь на критику, він це деталізує... Фактично, він заявив, у якості проміжного висновку, що право, як і технологія, є плодом людського досвіду. Хоча небагато людей задумувались про колесо з часу його винайдення, але його користь є очевидною і всі його використовують. Так і деякі важливі правові норми було винайдено окремими людьми або державами, але їх цінність зрозуміла, й самі норми було пристосовано для потреб багатьох країн» [2, с. 152].

Як зазначає А. Ватсон, мандрівний характер норм доводить, що «ідея про тісний зв'язок між правом і суспільством є помилковою» [12, с. 108]. Зміни в праві є незалежними від дії будь-якої, соціальної, історичної, чи культурної

основи; вони, скоріше — і простіше — є функцією норм, імпортованих з іншої правової системи. Більше того, А. Ватсон зазначає, що «трансплантація правових норм у соціальному відношенні є простою» [12, с. 95]. Доводячи свої спостереження до їх логічного висновку, він вказує, що «буде відносно простою справою скласти єдиний базовий кодекс приватного права, який би діяв по всьому [західному світу]» [12, с. 100–101]. З цієї платформи Ватсон обґрунтовує, що справа порівняння, у розумінні її як «інтелектуальної дисципліни», може визначатися як «дослідження взаємозв'язків однієї правової системи і її норм з іншою» [12, с. 6]. Більше того, компаративіст повинен зосереджуватися лише на «існуванні подібних норм» а не на тому «як [вони] діють у... суспільстві» [12, с. 96]. Іншими словами, порівняльно-правові дослідження є — чи, принаймні, повинні бути — дослідженням «правових трансплантантів», які самі стосуються правових норм, передусім норм законодавства, що розглядаються як відокремлені від суспільства.

Відповідно, квінтесенцією ідеї правової трансплантації, сформульованої А. Ватсоном, є ствердження того, що лише відхід від дослідницької схеми «своє право — суспільство — іноземне право» дасть змогу створити універсальну (наднаціональну і ненаціональну) конструкцію пояснення правового розвитку і правових змін. На його думку, такою конструкцією може бути лише схема «своє право — іноземне право», тобто та конструкція, яка не апелює до суспільства. Відповідно, відношення права і суспільства не розглядається як значуще для розуміння правового розвитку, а отже, і для порівняльного правознавства [12, с. 21].

Таким чином, підхід правових трансплантантів є тезою про автономну природу права, спробою демонстрації того, що право не є дзеркалом культури суспільства, а змінюється внаслідок внутрішнього розвитку, в якому трансплантація правових норм відіграє центральну роль. Як про це говорить Д. В. Дождев: «здатність юридичних норм до пересадження в зарубіжну правову систему виявляє відносність відповідності норми соціальному і культурному контексту. Дослідження Алана Уотсона (російський вчений використовує відмінну від нашої транслітерацію імені. — А. С.) тому і стало революційним, що продемонструвало значний ступінь незалежності права від суспільних потреб» [3, с. 17].

Отже, справою правового порівняння проголошується вивчення взаємовідносин між однією правовою системою і її нормами з іншими. При такому вивченні компаративіст повинен торкатися лише існування подібних норм, а не того, як ці норми діють у суспільстві. Згідно з таким розумінням порівняльно-правові дослідження повинні бути дослідженнями правових трансплантантів, які самі мають стосуватися правових норм, що розглядаються в ізоляції від суспільства.

Характеризуючи зміст підходу «правових трансплантантів», французький компаративіст П. Легран проголошує його «різновидом похмурого позитивізму, який зводить порівняльно-правові дослідження до рівня технічної вправи, а тому, він залишається загалом байдужим до питання розуміння відмінностей і змін у праві» [10, с. 276]. На думку цього вченого, «кожний, хто вірить в існування “правових трансплантантів”, повинен у широкому розумінні погодитися з позицією Ватсона, і має прийняти, зокрема, модель “права-як-норм” і “норм-як-порожніх-пропозиційних-тверджень” [9, с. 113–114].

Як позитивістські кваліфікує погляди А. Ватсона і Ч. Варга: «Ватсон наполягає на формальному розумінні права, коли він говорить про право, правові запозичення чи зміни, він завжди має на увазі комплекс писаних норм позитивного права. Він не сприймає правову сукупність у всій складності її природи» [11, с. 28]. Також необхідно зазначити, що з вказаними міркуваннями корелює наявна в юридичній методології загальна теза, відповідно до якої «наслідком позитивістських методів побудови правопорядку стала широка непродуктивна практика рецепції правових засобів» [6].

Прив'язка поглядів А. Ватсона до юридичного позитивізму видається легітимною, оскільки вони виявляються сумірними з інтерпретацією юридичного позитивізму в сучасній філософії права. Так, один з найвідоміших представників позитивістської філософії права, аргентинський вчений Є. Булигін визначає юридичний позитивізм як «теорію, або теорії, які характеризуються за допомогою двох наступних тез:

- 1) тези соціальних джерел права, згідно з якою право є людським витвором, що має свій виток у соціальних фактах;
- 2) теза розділення: не існує необхідного (тобто понятійного і логічного) зв'язку між правом і мораллю.

З цього випливає, що зміст правопорядку може досліджуватися і встановлюватися безвідносно до моральних і політичних цінностей» [1, с. 7].

Вказаній схемі змісту юридичного позитивізму відповідає наступна експозиція П. Леграном змісту підходу правових трансплантантів: «право є нормами і лише ними, а норми є порожніми пропозиційними твердженнями, і лише ними. Це і є ті норми, які подорожують між правовими системами, які є переміщуваними, які є трансплантованими. Оскільки норми не пов'язані з суспільством в жодному змістовному розумінні, відмінності в історичних факторах і традиціях мислення не перешкоджають і не наділяють їх здатністю до переміщення. Дана конкретна норма потенційно всюди рівною мірою є вдома (у межах західного світу)» [9, с. 113].

Кваліфікацію концепту правових трансплантантів як позитивістського П. Легран обґрунтовує також аналізом твердження А. Ватсона про те, що стосовно питання переходу права власності й відповідного ризику внаслідок продажу речі наявна субстанційна подібність різних правових систем, які запозичили відповідні норми з римського права. Однак, за словами П. Леграна, під «нормами» римського права А. Ватсон розуміє текст, складений латиною для врегулювання відносин громадян у Константинополі VI ст. Норми французького права, які згадуються А. Ватсоном, були складені французькою і спрямовані на врегулювання відносин у дореволюційній Франції. І пруські норми, до яких звертається А. Ватсон, були складені німецькою і стосувалися правовідносин у тоді ще феодальній Пруссії.

Висловлюючи свої міркування з приводу такої інтерпретації правового розвитку, П. Легран зазначає, що «культурні конструкції реальності й права в зазначених трьох випадках неминуче мають певні відмінні характеристики, які неминуче будуть впливати на інтерпретацію правових норм відповідно до особливої культурної логіки національного права. Ці норми, таким чином, не є тотожними нормами; будь-яка тотожність закінчується на рівні їх порожньої вербальної форми» [10, с. 276–277].

Таким чином, позитивістський зміст підходу правових трансплантантів виводиться з його орієнтованості на дослідження правових норм (нормоцентризм) і заперечення значимості впливу культурного контексту в якості фактору правотворення і правових змін.

Відповідно, перехід на непозитивістську платформу осмислення порівняльно-правової проблематики передбачає визнання в якості основного постулату тези, що «норма не наділена жодним емпіричним існуванням, яке б можна було змістовно відокремити від світу значень, що характеризують правову культуру; частина є виразом і синтезом цілого: вона резонує» [9, с. 116]. А отже, «право як явище національної культури не можна повторити в іншій країні» [7, с. 14].

Враховуючи викладене, методологія подолання юридичного позитивізму в порівняльному правознавстві підкорюється руху від класичного «порівняльного права» на основі юридичного позитивізму з його підходом до права як нормативного тексту, й до «порівняльних правових культур», які передбачають, що дійсне значення права надається йому середовищем, яке його інтерпретує. У цій схемі «Ватсону, з його рафінованою позитивістською основою, а також Леграну, з його обґрунтуванням безумовності розриву з цією спадщиною, відводиться роль каталізаторів» [2, с. 153–154].

Неможливо оминати увагою оригінальну інтерпретацію концепту правових трансплантантів італійським компаративістом М. Гражде, згідно з якою отожднення його з юридичним позитивізмом є проявом звуженого і поверхового тлумачення. Вчений прямо підкреслює, що «визнанню правових трансплантантів і правових запозичень в якості належних об'єктів дослідження перешкоджає прихильність правовому позитивізму. Правові трансплантанти і запозичення кидають виклик твердженню, що влада суверена визначає правові зміни у всіх відношеннях» [8, с. 463].

Згідно з міркуваннями італійського вченого, відповідність підходу правових трансплантантів концепції юридичного позитивізму тотожна ствердженню того, що трансплантанти як такі виникають лише тому, що суверенна влада виносить рішення про те, яким повинно бути право. Однак, такий погляд скоріше приписує владі контроль над правом, аніж фіксує дійсне оволодіння ним. Також він суперечить визнанню того, що правові трансплантанти стосуються не лише норм, введених в дію сувереном, але також і взірців і способів мислення, які є дуже впливовими поза їх формальним санкціонуванням.

Таким чином, на думку М. Гражде, зміст підходу правових трансплантантів не просто виявляється ширшим за концепцію юридичного позитивізму, а й суперечить останньому. Таким чином, предмет дослідження правових трансплантантів охоплює зокрема й визнання тієї обставини, що абсолютна більшість трансплантантів не є результатом усвідомлених рішень, обґрунтованих вищим знанням про те, що є імпортованим. Звернення до правових трансферів може бути відкритим визнанням слабкості чи недостатньої компетентності. Відповідно, в межах підходу правових трансплантантів релевантними є питання, які абсолютно несумісні з засадничими припущеннями юридичного позитивізму, а саме: «в якій мірі навіть трансплантанти, санкціоновані владою, є далекоглядним і прозорливим рішенням про те, яким має бути право. Наскільки багато розуміння законотворці по всьому світу вкладають в свої дії? Як часто вони діють з ясним усвідомленням альтернатив? Отже, якою мірою вони наділені владою дійсно визначати зміст права?» [8, с. 464].

Пропоноване М. Гражде розуміння підходу правових трансплантантів також заперечує його змістовну залежність від юридичного позитивізму, оскільки необхідність дослідження правових трансплантантів вбачається ним не в тому, що «суверенна влада санкціонує конкретні зміни, а в тому, що вони є основним моментом розриву між трансплантуванням формальних правових джерел і трансляцією мовчазних, не висловлюваних припущень про право» [8, с. 465]. Іншими словами, обмеженими є ідеальна послідовність і узгодженість в тому розумінні, яке їм приписує позитивізм, оскільки влада обмежена в своєму контролі над тим, чим є право: «якщо позитивізм вимагає того, щоб змістом права було лише те, що йому приписує суверенна влада, тоді трансплантанти доводять протилежне» [8, с. 473].

Викладене вище засвідчує складність питання про співвідношення підходу правових трансплантантів і юридичного позитивізму. Ця проблема потребує більш детального дослідження. Про що можна говорити з впевненістю, так це про неможливість використання концепції юридичного позитивізму, принаймні в тому вигляді, в якому він представлений в теорії і філософії права, для адекватного встановлення змісту порівняльно-правової проблематики загалом, і перспективного змісту концепту правових трансплантантів, зокрема. Також необхідно зробити наголос на тому, що помилковим буде в подальшому ототожнювати зміст підходу правових трансплантантів з його початковою моделлю, яка була запропонована А. Ватсоном.

Більше того, підхід правових трансплантантів може виявитись тим концептуальним простором, у межах якого порівняльно-правовому пізнанню можна буде надати нового змісту, який би враховував досягнення постмодернізму і постнекласичної раціональності. В цьому контексті особливу увагу слід приділити твердженню М. Гражде про те, що «правові трансплантанти є привабливими і користуються зростаючою увагою в сфері порівняльного правознавства саме через те, що вони кидають виклик філософським акцентам на всезагальну інтелектуальну цілісність права, його раціональність і здатність відповідати на суспільні потреби» [8, с. 471].

Як гіпотеза, обґрунтування чи спростування якої може стати вектором подальших наукових досліджень у цій сфері, нами висувається наступна теза: широкомасштабна рефлексія концепту правових трансплантантів є одним із способів оновлення методології правознавства шляхом переструктурування його предмета. Відповідно, ми підтримуємо твердження, що наявний предмет правознавства — норми, правовідношення, акти застосування права, механізм правового регулювання тощо — вже не відображає всієї складності і глибини процесу генезису і дії права [6]. На наш погляд, попередню формалізацію цього нового предмета правознавства, який би відповідав змісту сучасної філософсько-методологічної проблематики, здійснив М. Гражде. Ним є дослідження «способів, за допомогою яких те, що запозичується, не втрачається в самому процесі [переміщення. — А. С.], однак, все ж неминуче трансформується» [8, с. 474].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Бульгин Е. К проблеме объективности права // Проблемы философии права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
2. Варга Ч. Глобалізація через правові трансфери. Масові дії, критика, розчарування // Порівняльне правознавство. — 2012. — № 1–2.

3. *Дождев Д. В.* Сравнительное право : состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007 / под ред. Д. В. Дождева. — СПб., 2008.
4. *Нерсесянц В. С.* Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире // Государство и право. — 2005. — № 5. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.twirpx.com/file/692195/>
5. *Нерсесянц В. С.* Философия права. — М. : НОРМА, 1997. — 662 с.
6. *Синюков В. Н., Синюкова Т. В.* Проблемы обновления методологии юридической науки. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.sgu.ru/files/nodes/9640/09.pdf>
7. *Слыщенков В. А.* Методы сравнительного правоведения : замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права. 2011 / под ред. Д. В. Дождева. — М. : Статут, 2011.
8. *Graziadei M.* Comparative law as the study of transplants and receptions // The Oxford handbook of comparative law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. — Oxford : Oxford University Press, 2006.
9. *Legrand P.* The impossibility of legal transplants // Maastricht Journal of European and Comparative law. — 1997. — № 4. — P. 111–124.
10. *Legrand P.* The same and the different // Comparative legal studies : traditions and transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. — Cambridge : Cambridge University Press, 2003.
11. *Varga C.* Transfers of law : a conceptual analysis // Hungary's legal assistance experiences in the age of globalization. — Nagoya : Center for Asian legal exchange graduate school of law, 2006.
12. *Watson A.* Legal transplants. An approach to comparative law. — 2nd ed. — Athens, 1993. — 121 p.

Сапарова А. О. Проблемы и перспективы осмысления концепту «правовых трансплантатов» на тлі традиції юридичного позитивізму

Анотація. Предмет дослідження підходу правових трансплантатів охоплює питання його співвідношення з типами праворозуміння, і перш за все — з юридичним позитивізмом. Зміст такого співвідношення вказує на особливість і самостійність порівняльно-правової проблематики, а також її значення для подальшого розвитку методології правознавства.

Ключові слова: правові запозичення, правові трансплантанти, юридичний позитивізм, правові норми, правова культура, методологія права.

Сапарова А. А. Проблемы и перспективы осмысления концепта «правовых трансплантатов» на фоне традиции юридического позитивизма

Аннотация. Предмет исследования подхода правовых трансплантатов охватывает вопрос его соотношения с типами правопонимания, и прежде всего — с юридическим позитивизмом. Содержание такого соотношения указывает на особенность и самостоятельность сравнительно-правовой проблематики, а также ее значение для дальнейшего развития методологии правоведения.

Ключевые слова: правовые заимствования, правовые трансплантаты, юридический позитивизм, правовые нормы, правовая культура, методология права.

Saparova A. Problems and Prospects of Reasoning the Concept «Legal Transplants» on the Background of Legal Positivism Tradition

Summary. Correlation of legal transplants approach and legal positivism is one of the issues within the subject of legal transplants investigation. Content of such correlation is showing that comparative-legal issues are specific, independent and important for the further development of legal methodology.

Key words: legal borrowings, legal transplants, legal positivism, legal norms, legal culture, law's methodology.