



2. Кара-Мурза С.Г. Манипуляция сознанием. / СВ.Г. Кара-Мурза. – К. : Ориан, 2000. – 448 с.

3. Щекин Г.В. Теория социального управления : [Монография]. / Г.В. Щекин. – К. : МАУП, 1996. – 408 с. С. 329.

4. Троцкий Лев. Терроризм и коммунизм. / Лев Троцкий. – Пб. : Гос.изд-во, 1920. – С. 56

5. Гейфман Анна. Революционный террор в России 1894–1917 / Пер. с англ. Е. Дорман. – М. : КРОН-ПРЕСС, 1997. – 48 с. – (Серия «Экспресс»).

6. Зеленецкий В.С. Общая теория борьбы с преступностью. 1. Концептуальные основы. – Х. : Основа, 1994. – 324 с.

7. Білоконь С.І. Масовий терор як засіб державного управління в СРСР (1917–1941 рр.). – Том 1. – Джерелознавче дослідження. – К., 1999. – 446 с.

8. Кожушко Е.П. Современный терроризм : Анализ основных направлений / Под общ. ред. А.Е. Тараса. – Мн. : Харвест, 2000. – 448 с.

9. Антипенко В.Ф. Современный терроризм: состояние и возможности его предупреждения (криминологическое исследование). – К. : НБУВ, 1998. – 191 с.

10. Хоффман, Брюс. Терроризм – взгляд изнутри / Пер. С англ. Е. Сажина. – М. : Ультра. Культура, 2003. – 264 с.

11. Рижов І.М. Тероризм та його запобігання в світлі теорії соціального управління. Соціальні виміри суспільства / Ін-т соціології НАН України // Збірка наук. робіт молодих науковців. – К. : Стило, 2001. – Вип. 4. – С. 73–80.

12. Г. Минберг, Б.Альстрэнд, Дж. Лэмпел Школы стратегий / Пер. С англ., под ред. Ю.Н. Каптуревского. – СПб : Изд-во «Питер», 2000. – 336с.

## ПОДХОД ПРАВОВЫХ ТРАНСПЛАНТАТОВ В СОВРЕМЕННОМ СРАВНИТЕЛЬНОМ ПРАВОВЕДЕНИИ: СТРУКТУРНЫЙ АСПЕКТ ОСМЫСЛЕНИЯ

**Анастасия САПАРОВА,**

преподаватель кафедры теории государства и права,  
административного и финансового права  
Киевского международного университета,  
соискатель кафедры философии права и юридической логики  
Национальной академии внутренних дел

### Summary

The legal transplants thesis as an idea of «artificial» universalisation of law is grounded in the article. This thesis became the epicenter about universal or particular (cultural – special for every legal system) nature and content of law. Personification of this discussion is an opposition A. Watson's «transplantation thesis» and P. Legrand's «the impossibility transplantation thesis». Structure of legal transplants approach is exposed. There are seven elements of such structure. Have makes accent that legal transplants approach covered historic, ontological and epistemological spheres of contemporary comparative law.

**Key words:** «legal transplants» approach, artificial universalisation of law, legal isolation thesis, legal borrowing, comparative law.

### Аннотация

В статье обосновывается тезис правовой трансплантации в качестве идеи «искусственной» универсализации права. Этот тезис стал эпицентром дискуссии относительно универсальной либо партикулярной (культурно-особенной для каждой правовой системы) природы и содержания права. Персонификацией этой дискуссии является оппозиция «тезиса трансплантации» А. Ватсона и «тезиса невозможности трансплантации» П. Леграна. Раскрывается структура подхода «правовых трансплантатов» посредством формализации семи его содержательных элементов. Акцентируется внимание на то, что подход «правовых трансплантатов» охватывает собой историческую, онтологическую и эпистемологическую сферы современного сравнительного правоведения.

**Ключевые слова:** подход «правовых трансплантатов», искусственная универсализация права, тезис изоляции права, правовые заимствования, сравнительное правоведение.

**Постановка проблемы.** Определяющее для европейского мировосприятия утверждение универсализации права в качестве разрывания его сущности стало причиной возникновения сравнительного правоведения. Последнее и должно было стать формой осуществления и существования такой универсальности, иными словами, наличествует внутренняя и необходимая связь между попытками универсализации права и классическим сравнительным правоведением XX ст.

Вместе с тем, начало нового тысячелетия ознаменовалось широко-масштабной дискуссией относительно определения универсальности либо сингулярности в качестве направляющего вектора развития и методологической доминанты всего гума-

нитарного познания. Сравнительное правоведение играет в пределах этого дискурса определяющую роль. Именно оно должно дать ответ на вопрос о возможности универсализации права и его масштабах. Проблематике универсализации права посвящены труды А. Ватсона, Х. Кётца, Ю. Тихомирова, К. Цвайгерта, Р. Циммерманна (в аспекте положительного обоснования), а также Ч. Варги, В. Курран, П. Леграна, А. Тихомирова (в аспекте критического осмысления), а также множества других ученых. Центром притяжения указанной дискуссии стал подход «правовых трансплантатов», выявление и осмысление структуры которого, и является целью данной статьи.

**Изложение основного материала.** В сравнительном правоведении идея



искусственной универсальности права, то есть такой универсальности, которая выступает следствием перенесения норм и институтов из одной правовой системы в другую, наиболее полно и рельефно воплотилась в интеллектуальном движении, которое получило название подхода «правовых трансплантатов». Само техническое понятие «правовой трансплантат» было предложено шотландским ученым А. Ватсоном, который и выступает фундатором и наиболее известным представителем указанного интеллектуального движения.

Подход «правовых трансплантатов» является утверждением принципиальной взаимообусловленности между созданием права и правовым заимствованием – такой взаимообусловленности, которая доходит до признания правовых заимствований универсальным фактором правовых изменений. Последнее утверждение граничит с формализацией тезиса правовой трансплантации как тезиса отождествления правотворчества и правовых заимствований.

Сложность содержания и большой объем интеллектуального содержания тезиса правовой трансплантации требует построения алгоритма рациональной реконструкции структуры содержания подхода «правовых трансплантатов», который бы обеспечил надлежащий уровень его осмысления. На наш взгляд, алгоритм такой реконструкции может состоять из семичленной структуры, представленной ниже.

Первым элементом структуры содержания подхода «правовых трансплантатов» является эпистемологическая природа его генезиса. Другими словами, правовые трансплантаты в качестве концептуализации сравнительного правоведения возникают как попытка разрешения тысячелетнего спора о том, что является первичным: мышление или язык, и ответа на вопрос: определяет ли наш национальный язык способы видения мира, либо существует обходной, независимый от языка, доступ к реальности? Ответ основателя анализированного нами подхода на этот вопрос очевидно позитивный. Такой обходной путь есть. Этим путем выступает правовая трансплантация.

С этой платформы А. Ватсон обосновывает, что дело сравнения, в по-

нимании его как «интеллектуальной дисциплины», может определяться как «исследование взаимосвязей одной правовой системы и ее норм, с другой» [11, с. 6]. Более того, компаративист должен сосредотачиваться только на «существовании схожих норм», а не на том, «как они действуют в обществе» [11, с. 6]. Из этого делается следующий вывод: «сравнительно-правовые исследования выступают или, по крайней мере, должны быть исследованием правовых трансплантатов, которые сами касаются правовых норм, прежде всего норм законодательства, которые рассматриваются отделенными от общества» [7, с. 112].

При этом, под правовыми трансплантатами одновременно понимаются как «способы перенесения правовых норм и институтов из одной среды в другую» [5, с. 299], так и «правовые предписания, перенесенные из одной страны в другую, от одних людей к другим» [10, с. 264]. То есть, правовая трансплантация указывает как на процесс перемещения правовых норм, так и на последствие такого перемещения, которым выступает универсализация права.

Вторым элементом структуры содержания подхода «правовых трансплантатов» является установление каузального механизма самих правовых заимствований, то есть выявление тех факторов и причин, которые детерминируют движение правовой материи (форм) и правового содержания (норм) из одних правовых систем в другие.

Указанный каузальный механизм представляет собой зависимость эпистемологического от исторического – правовые заимствования как форма и содержание взаимосвязи правовых систем только тогда приобретают статус научно обоснованного инструмента универсализации права, когда само сравнительное правоведение имеет значительное историческое наполнение. Этот исторический компонент, в свою очередь, характеризуется соединением двух составляющих: во-первых, изучение правовых трансплантатов должно фиксировать исторические примеры правовых миграций, во-вторых, изучение правовых трансплантатов должно быть изучением причин таких правовых миграций.

Третьим элементом содержания подхода «правовых трансплантатов»,

после эпистемологического и исторического, выступает тезис об автономной природе права, который может рассматриваться ядром исследуемого концепта.

Содержание трудов А. Ватсона имплицитно включает утверждение, что только отход от исследовательской схемы «свое право – общество – зарубежное право» позволит создать универсальную (наднациональную и ненациональную) конструкцию объяснения правового развития и правовых изменений. На смену ей должна прийти схема «свое право – зарубежное право», то есть конструкция, не апеллирующая к обществу. Соответственно, выделение эксклюзивного отношения права и общества перестает рассматриваться как значимое для понимания правового развития, а, следовательно, и для сравнительного правоведения [11, с. 21].

Отрицание А. Ватсоном понимания права в качестве отображения общества основывается на экстраполяции ним результатов собственных исследований римского права на методологию сравнительного правоведения в целом. Относительно самого римского права он придерживается распространенного взгляда, согласно которому оно является исключительным случаем в истории человечества. Исключительность римского права состоит в том, что оно лишено специфического характера, то есть привязки к какому-либо религиозному, моральному, политическому либо иному контексту. Соответственно, «римское право не выступает явлением этническим и может применяться в любом обществе, основанном на принципе правового равенства» [2].

Из указанного постулата универсальности и вневременности римского права логически вытекает постулат автономности права относительно общества. Другими словами, «если правовые нормы можно просто транспортировать из одного общества в другое, если одни и те же нормы договора могут действовать в мире Юлиуса Цезаря и средневековых Римских Пап, Людовика XIV, Бисмарка и социального государства XX ст., если право меняется не как ответ на внешнее воздействие, а в силу внутренних причин самой правовой системы, тогда идея «великой внешней теории права» – идея сведения права к социологии, экономи-



ке либо классовой политике – есть не что иное, как мираж, неосуществимая мечта ученых, очарованных высокими теоретическими идеями, которые не исследовали, как на самом деле развивается право» [1, с. 61].

Из изложенных рассуждений и выплывает тезис изоляции права, который стал олицетворением концепта правовых трансплантатов. В. Эвальд дифференцирует этот тезис на радикальный и умеренный варианты. Согласно первому, развитие романо-германского права явилось результатом «чистой истории права» и может объясняться без привязки к социальным, экономическим или политическим факторам. Такой вариант тезиса изоляции более близок оригинальным идеям А. Ватсона. Для него основным уроком истории фактически является то, что большая часть правовой сферы, и особенно частное право, свободна от политических и экономических обстоятельств, а политические элиты не имеют интересов в определении того, какими нормы права есть либо должны быть (ограничиваясь лишь сбором налогов и обеспечением поддержания публичного порядка). Правители и их чиновники могут, и часто являются, безразличными к природе правовых норм, которые действуют. По мнению А. Ватсона, неспособность принять это выступает наибольшей причиной непонимания природы права, отношений между правом и обществом, и курса правового развития [4, с. 500–501].

При этом, сам В. Эвальд более перспективным считает умеренный тезис изоляции, который признает, что некоторое пространство права действует для того, чтобы отображать человеческие потребности и стремления. Правовая норма часто выступает результатом социальной инженерии, и право в значительной степени отображает интересы правящей элиты [4, с. 501].

Четвертой составляющей содержания подхода «правовых трансплантатов» является воплощением им идеала простоты научного описания и аргументации, который всегда являлся одним из основных атрибутов классической научной рациональности, для которой истинность отождествляется с очевидностью и простотой.

Как об этом пишет П. Легран, в основе идеи правовой транспланта-

ции лежит предположение ее простоты [8, с. 56]. Сам А. Ватсон отмечает, что «трансплантация правовых норм в социальном отношении является простой» [11, с. 95]. Причиной такой простоты может считаться наличие в эпистемологии предположение возможности редукции всех правовых систем к ряду лингвистических высказываний, ввиду чего «гармонизация или унификация права является лишь делом построения этих высказываний в линию» [9, с. 226].

Пятой составляющей содержания концепции правовой трансплантации является онтологическое утверждение, то есть тезис о том, что именно подлежит перемещению через границы правовых систем и, опосредовано, что есть правом как таковым. Таким образом, актуализация онтологического измерения правовой трансплантации обуславливается необходимостью ответа на вопрос: что именно перемещается? О чем можно говорить, что оно одинаково наличествует в разных правовых системах, при этом будучи «не родным» для них, а привнесенным извне, из другого места?

Как отмечает П. Легран, ответы на эти вопросы являются обязательными, «необходимо найти герменевтическое значение, если компаративисты стремятся нарисовать линию, объединяющую правовые феномены в разных странах» [8, с. 55]. Этот ученый предлагает следующий алгоритм размышления. Трансплантат предусматривает перемещение. В интересах юристов перемещением является то, что превышает правовые системы: в данной правовой системе есть нечто, что не является для нее родным, а было взято из другой правовой системы. Что при этом перемещается? Перемещаемым оказывается «правовое» или «право». Однако, что мы подразумеваем под «правовым» или «правом»? Хотя компаративисты не склонны к открытой формулировке этого вопроса, они имплицитно принимают формалистское понимание права, согласно которому оно сводится к нормам – при этом чаще всего не раскрывается само понимание этого понятия, но под ним конвенционально подразумеваются как законодательные инструменты, так и, хотя и менее безапелляционно, судебные решения [7, с. 111–112].

Такое герменевтическое значение правовой трансплантации оказывается тождественным формалистскому, позитивистскому восприятию права – правовая трансплантация указывает на нормы, отождествляя нормативное и правовое. Иными словами, «правовые трансплантаты отсылают к движению норм из одной страны в другую» [8, с. 55–56]. Таким образом, право – это нормы и только они, а нормы выступают пустыми препозиционными утверждениями, и только ими. Именно такие нормы и мигрируют между правовыми системами. Поскольку нормы не связаны с обществом в каком-либо содержательном понимании, отличия в «исторических факторах и традициях мышления» не препятствуют и не наделяют их способностью к перемещению. Данная конкретная норма потенциально везде в равной степени находится «дома» (в пределах западного мира) [7, с. 113].

Шестым элементом содержания концепции правовой трансплантации является попытка ее утверждения в качестве номического высказывания, то есть такого высказывания, которое фиксирует закон развития правовой материи. Заданием подхода «правовых трансплантатов» оказывается, таким образом, обнаружение и формулирование общего закона возникновения и развития фактов и явлений в сфере права. Примером индуктивного обобщения, которое представляет собой переход от эмпирического до общего законов развития права, является утверждение А. Ватсоном того, что рецепция римского права в Европе, широкое распространение Французского гражданского кодекса в XIX ст., и более недавнее распространение других европейских кодексов в не западных странах (эмпирические факты) свидетельствуют о том, что правовая система не является тесно связанной с отдельными культурными и политическими структурами (общий закон) [6, с. 197].

Таким образом, статус общего и универсального закона развития феномена права приобретает утверждение подходом «правовых трансплантатов» того, что «понятие права как отображения общества является миражем» [3, с. 415], то есть, что «нормы, концепты и институты могут рассматриваться независимо от любого исходного их



положения в особенном историческом, политическом, социальном или экономическом контексте, и что римское право является основой общего права (*ius commune*), естественного права (*ius naturale*) и правовой науки (*scientia iuris*)» [9, с. 226]. Итогом сказанного выступает постулат правовой трансплантации: правовой феномен в Европе не зависит от какой-либо отдельной культуры.

И, наконец, седьмой содержательной составляющей концепции правовой трансплантации выступает ее методологическая и предметная генерализация. Иными словами, как и множество других методологических схем до него, подход «правовых трансплантатов» не избежал «болезни методологической генерализации», то есть фактического отождествления предметной сферы своего применения с предметными границами сравнительного правоведения как научной дисциплины. При этом алгоритмом такой генерализации было искусственное сужение самих дисциплинарных границ. В случае с подходом «правовых трансплантатов» это выразилось в определении А. Ватсоном в качестве основной ценности сравнительного правоведения «привнесение им в сферу своих исследований проблем правовых изменений и взаимосвязи права и общества» [11].

А. Ватсон утверждает, что «в качестве практического предмета сравнительного правоведения – это изучение правовых заимствований или трансплантатов, которые могут и должны быть; ... исследованием правовых трансплантатов, которые появляются: как, когда, почему и из какой систем они происходят; новых обстоятельств, из-за которых они достигают или не достигают успеха и их влияние на новую правовую среду» [10, с. 270–271].

Это дает основания исследователям утверждать, что для А. Ватсона «сравнительное правоведение является тождественным изучению правовых трансплантатов» [4, с. 499].

**Выводы.** Все вышеизложенное позволяет прийти к выводу, что основной содержательной составляющей идеи правовой трансплантации в сравнительном правоведении выступает предположение, что при перемещении из одной правовой системы в другую норма остается такой же, самотожде-

ственной, не изменяясь в процессе и в результате такого перемещения. Мы согласны с тем, что это означает принципиальную согласованность классического понимания правовой трансплантации, предложенного А. Ватсоном с позитивистским пониманием права, согласно которому последнее сводится к правовым нормам. При этом, мигрирующий характер правовых норм рассматривается как основной аргумент, отрицающий тесную связь между правом и культурным контекстом. Право постулируется независимым от какой-либо социальной, исторической или культурной основы конкретного общества.

#### Список использованной литературы:

1. Евальд У. Порівняльне правознавство : логіка правових трансплантатів / У. Евальд // Порівняльне правознавство. – 2013. – № 1-2. – С. 60-76.
2. Касьянов В. В. Социология права / В. В. Касьянов, В. Н. Нечипуренко. – Ростов н/Д: Феникс, 2001. – 480 с. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://socioline.ru/pages/kasyanov-vv-nechipurenko-vn-sotsiologiya-prava>
3. Brand O. Conceptual comparisons : towards a coherent methodology of comparative legal studies / O. Brand // Brooklyn Journal of International Law. – 2006-2007. – Vol. 32. – P. 405-466.
4. Ewald W. Comparative Jurisprudence (II) : The logic of legal transplants / W. Ewald // American journal of Comparative law. – Vol. 43. – P. 489-510.
5. Histories of legal transplantations // Theoretical Inquires in Law. – 2008. – Vol. 10. – №. 2. – Art. 1. – P. 299-303.
6. Hyland R. Comparative law / R. Hyland // A companion to philosophy of law and legal theory / ed. by D. Patterson. – London : Blackwell Publishing, 1999. – P. 184-199.
7. Legrand P. The Impossibility of Legal transplants / P. Legrand // Maastricht Journal of European and Comparative law. – № 4. – 1997. – P. 111-124.
8. Legrand P. What legal transplants / P. Legrand // Adapting legal cultures. – Ed. by D. Nelken, J. Feest. – Oxford : Portland Oregon, 2001. – P. 55-70.
9. Samuel G. Taking method seriously (part two) / G. Samuel // The Journal of

Comparative Law. – 2007. – Vol. II. – Issue II. – P. 210-237.

10. Valderrama I. J. M. Legal transplants and comparative law / Valderrama I. // Revista Colombiana de Derecho Internacional. – N. 2. – 2003. – P. 261-275.

11. Watson A. Legal transplants. An approach to comparative law / A. Watson. – [second ed.]. – Athens, 1993. – 121 p.