

Ковалишин О. Р.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри судочинства

Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

ПРАВОВІ ЗАПОЗИЧЕННЯ ТА СУМІЖНІ ПРАВОВІ ПОНЯТТЯ

Анотація. В статті аналізується поняття правового запозичення. Автор порівнює правове запозичення з іншими суміжними поняттями: «еволюція», «правова міграція», «правовий трансфер», «правова мутація», «циркуляцію права», «правовий імпорт», «дифузія права», «правова транспозиція» та інші.

Відзначається, що застосування правових запозичень не ставить за мету узгодження певного правового інституту з якими-небудь засадами. Його першочерговою метою є заповнення прогалин, білих плям у регулюванні певних правовідносин у внутрішньому законодавстві. Хоча, як наслідок запозичення, певне зближення внутрішнього законодавства із міжнародним правом, наднаціональним правом не виключається. Відмінність правових запозичень від уніфікації та рецепції полягає в тому, що правове запозичення завжди пов'язане із сприйняттям певної невідомої досі правової норми чи правового інституту. Неможливим є запозичення правової норми лише шляхом виключення з національного законодавства норм, які не відповідають міжнародному праву чи праву правової системи, з якої береться таке запозичення.

В статті наголошується, що правові запозичення є невід'ємним елементом процесу глобалізації. Але в процесі запозичення іноземних положень, норм також відбувається процес пристосування норм іноземного права до місцевих умов економіки, соціально-політичних умов, культурних особливостей.

Автор робить висновок, що незважаючи на різноманітність запропонованих метафор, термін правове запозичення поступово набуває все більшої зручності і поширення, заміщаючи класичний термін «рецепція», який до сих пір залишається поширеним у вітчизняній літературі значною мірою в контексті рецепції римського права в сфері приватного права.

Акцентується увага на тому, що в корпоративному праві можна говорити про рецепцію концепції юридичної особи. Однак якщо йде мова про запозичення окремих інститутів корпоративного права, то доцільніше вести мову про їх запозичення з тієї чи іншої правової системи.

Підкреслюється, що правове запозичення у порівнянні з вище розглянутими поняттями є більш універсальним, оскільки може застосовуватися як в контексті дослідження процесу переміщення правової норми, так і як одиничне правове поняття, норма, принцип.

Ключові слова: правове запозичення, корпоративне право, індегінізація права, імпорт права, міграція права, рецепція права, наближення права, гармонізація права

Постановка проблеми. Процес утворення права відбувається у двох напрямках (формах) сприйняття правового матеріалу – наступності в праві, що відбувається в межах національного права (історичний вимір, тобто в часі) і запозичення правового матеріалу – правової акультурації, що є наслідком

перенесення елементів з іноземних правових культур у національну (географічний вимір, тобто в просторі) [1]. Але при цьому не повинно бути як сліпого схилання перед правовими традиціями, спроможними породити консерватизм, застій у суспільстві, так і зневажливого ставлення до них.

Правові запозичення є такою ж самою закономірністю як і наступність у розвитку права, розвитку зумовленому внутрішніми чинниками – політичними, соціальними тощо. Поряд з правовим запозиченням використовується низка інших понять для позначення перенесення норми права з однієї системи права в іншу.

Стан дослідження. Відповідні явища були предметом дослідження як в українській правовій думці так і серед іноземних науковців. Серед них варто відзначити Ю. Ю. Акіменко, О. І. Радченко, О.Ф. Скакун, Є. Куржинські-Зінгер, О.Р. Кібенко, О.В. Бігняк, А.В. Коструба, О.С. Яворська, А. Радван, А. Надзюн, В. Здірук та ін. Однак крізь призму співвідношення з явищем правового запозичення досліджень не проводилося.

Постановка завдання. Мета дослідження полягає в з'ясуванні співвідношення правового запозичення із суміжними правовими поняттями.

Виклад основного матеріалу. Поряд з рецепцією, гармонізацією, уніфікацією корпоративного права [2, с. 59] в юридичній літературі також можна зустріти і більш рідкісні терміни як «еволюція», «правова міграція» [3], «правовий трансфер» [4; 5], «правова мутація», «циркуляцію права», «правовий імпорт», «дифузія права» [6; 7; 8], «правова транспозиція» [9; 10, с. 62], які в більшості випадків при аналізі відповідних наукових праць позначають один і той же процес, і різняться лише підходами до розуміння даного явища. Одні метафори використовуються для опису процесу руху, який притаманний запозиченню права, – циркуляція (*circulation*), міграція (*migration*) або подорож (*traveling*). Наприклад, метафора «циркуляція права» відображає «рух і постійний потік правових парадигм і ідей» [11, с. 1]. При цьому в деяких випадках акцентується увага на тому, що одним з основних чинників подібного руху є «якість» правового концепту. Однак мова тут йде не про оцінку тієї чи іншої ідеї як доцільної чи недоцільної, а про її «потенціал», який передбачає, що ідея зможе «вписатися» в той чи інший національний правопорядок, а також, при необхідності, змінити його концептуальні основи [12, с. 72].

Інші метафори – змішання (*amalgamation*), гібридизація (*hybridization*) і креолізація (*creolization*) – підкреслюють, що в ході «переміщення» права з одного контексту в інший воно піддається впливу певних факторів (соціальних, економічних, політичних і особливо культурних і, врешті-решт, є результатом всіх цих впливів [13, с. 109]. Особливий інтерес представляють формулювання, що акцентують увагу на результаті, який настає

після запозичення правових концептів, і на те, яких необхідно вжити заходів для того, щоб імплементація юридичної норми була успішною, наприклад: правовий подразник (*legal irritant*) і транспозиція (*transposition*).

Дифузією права називають стихійне проникнення правових норм, що діють в іноземній державі, в національну систему права. Теорія дифузії права обговорювалася на Міжнародній між-дисциплінарній конференції з порівняльного права, що відбулася 3 – 4 червня 2013 року в Лозанні в Інституті порівняльного права при Міністерстві юстиції Швейцарії. Ця теорія була розроблена професором Університету в Глазго (Шотландія), Роттердама (Нідерланди) І. Уруджу і представлена на згаданій вище конференції на прикладі правової системи Туреччини [14, с. 12-13].

На думку О.А. Сорокіної, постійний пошук відповідних метафор для позначення процесу переміщення правових норм свідчить про те, що вони допомагають дослідникам обґрунтувати свій підхід до концептуалізації феномена правових запозичень, акцентуючи ті чи інші особливості даного явища. Різноманітність пропонованих метафор підтверджує складність і багатогранність правових запозичень [15, с. 29], оскільки метафора виступає важливим методологічним інструментом, коли мова йде про переведення абстрактних ідей в конкретну реальність [16, с. 91].

З одного боку, метафори збагачують і полегшують юридичне спілкування, допомагають побачити і зрозуміти правовий світ; однак з іншої сторони вони можуть «zasліплювати і вводити в оману» [17, с. 260]. Метафорами не завжди вдається стерти концептуальні складності, а «неправильний об'єктив може ввести в оману аудиторію компаративістів і, можливо, заплутати самого дослідника» [18, с. 1308].

Процес наближення норм корпоративного права до права ЄС може відбуватися як шляхом творення власного автономного законодавства, яке в кінцевому рахунку повинно відповідати основним ідеям закладеним в Договорі про Асоціацію між Україною та ЄС. На думку Є. Куржинки-Зінгер, імплементація норм *acquis communautaire* є однією із форм правових трансплантатів [19, с. 22]. О.Р. Кібенко відзначає, що в залежності від його особливостей (односторонній чи багатосторонній, запланований чи стихійний) процес запозичень може мати різні форми – уніфікації, гармонізації, адаптації, апроксимації, рецепції тощо [20, с. 103].

Про рецепцію завжди йде мова в контексті рецепції правових інститутів римського права в епоху середньовіччя. Однак рецепція характерна й сучасному періоду, особливо у 90-х роках минулого століття, коли відбувалася радикальна зміна господарського законодавства у країнах з перехідною економікою. Особливості рецепції в корпоративному праві досліджував М.О. Ніколенко в контексті корпоративних договорів, зазначаючи, що континентальною моделлю корпоративних договорів було реципіювано елементи англо-американської моделі акціонерних правочинів [21, с. 56].

Концепція «правових запозичень» до певної міри також перетинається з концепцією «конвергенції та дивергенції» (*convergence and divergence*), теорією «походжень права» (*legal origins*) [22, с. 112]. Тому неможливо оминати питання конвергенції правових систем.

В контексті євроінтеграційних процесів, які відбуваються в Україні, посилюється тенденція до конвергенції національної правової системи з правовими системами Європейського

Союзу. Розвиток міжнародної економічної інтеграції передбачає створення нормативних передумов гармонізації корпоративного права України, зокрема, із законодавством Європейського союзу [23, с. 121-122]. В цілому правове запозичення є одним із головних елементів в процесі конвергенції.

Застосування правових запозичень не ставить за мету узгодження певного правового інституту з якими-небудь засадами. Його першочерговою метою є заповнення прогалин, білих плям у регулюванні певних правовідносин у внутрішньому законодавстві. Хоча, як наслідок запозичення, певне зближення внутрішнього законодавства із міжнародним правом, наднаціональним правом не виключається.

Гармонізація має місце, коли вже сформована певна система права. Запозичення можливі, а часто і необхідні ще на самому етапі формування відповідної системи права. Тому процес запозичення є ширшим поняттям, а ніж процес гармонізації. Уже на початку 90-х років ще до початку процесу зближення з ЄС (до підписання угоди про партнерство і співробітництво) системою господарського права було запозичено чимало інститутів права іноземних держав.

Разом з тим не можна однозначно вважати, що гармонізація права повністю покривається поняттям «запозичення». ЄС шляхом видання директив визначає рамки, до яких повинно бути приведені національне право країн-членів та країн претендентів на членство, даючи свободу дій щодо пошуків шляхів та інструментів до такої гармонізації. Тим самим у держави є можливість розробки автономної норми права, яка відповідатиме стандартам ЄС.

Таким чином, відмінність правових запозичень від уніфікації та рецепції полягає в тому, що правове запозичення завжди пов'язане із сприйняттям певної невідомої досі правової норми чи правового інституту. Неможливим є запозичення правової норми лише шляхом виключення з національного законодавства норм, які не відповідають міжнародному праву чи праву правової системи, з якої береться таке запозичення.

Неможливість обґрунтування всіх випадків сприйняття іноземних правових норм явищем рецепції можна навести на прикладі Закону ЮНСІТРАЛ про транскордонне банкрутство. Імплементація норм даного Закону не є рецепцією. Запозичення норм Типового закону ЮНСІТРАЛ не мало на меті стандартизацію усіх різновидів банкрутств суб'єктів господарювання. Його метою було лише знизити собівартість та представити стандарти лише для тих банкрутств компаній, коли воно торкається процедури банкрутства в декількох державах. Тому факт сприйняття норм інституту транскордонного банкрутства не може трактуватися як приклад рецепції.

Відмінність правових запозичень від уніфікації полягає в тому, що внаслідок сприйняття правовою системою України певних положень права іноземної держави не відбувається перейняття правом іноземної держави особливостей правової системи України (що має місце при уніфікації).

Правові запозичення є невід'ємним елементом процесу глобалізації. Але в процесі запозичення іноземних положень, норм також відбувається процес пристосування норм іноземного права до місцевих умов економіки, соціально-політичних умов, культурних особливостей. Цей процес є дещо відмінним від проявів традиціоналізму, консерватизму. Адже в процесі пристосування правових запозичень законодавець іноді виходить за рамки традиційного застосування норми права, проявляючи інноваційність, готовність до сприйняття викликів глобалізова-

ної економіки. Для позначення даного явища в наукових працях з культурології вживається термін індігенізація.

Екстраполюючи особливості вище згаданого явища в праві України під час імплементації правових запозичень, можна вести мову про «індігенізацію права». Вважаємо, що індігенізація права – це процес пристосування правових запозичень до потреб національної правової системи, місцевих умов економіки, соціально-політичних умов, культурних особливостей.

Процес індігенізації є неминучим, оскільки як було показано в попередньому підрозділі, процес вживлення іноземної правової конструкції, правового механізму чи норми неможливий без врахування місцевих умов господарювання, структури малого, середнього та великого бізнесу, інтересів фінансово-промислових груп. І даний процес, звичайно, пов'язаний з виникненням конфліктів, суперечностей між індігенізацією та глобалізацією в господарському праві.

Тенденцією в світі на рубежі XX і XXI ст. стає перехід до такого етапу розвитку (міжнародні стандарти в галузі прав людини, формування європейського права й ін.), коли поняття «запозичення» трансформується у глобальну загальнолюдську наступність правових досягнень цивілізованих держав [24, с. 128]. Міжнародні стандарти в галузі прав людини, закріплені в Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакті про громадянські та політичні права, Міжнародному пакті про соціальні, економічні та культурні права є одними із перших документів, в яких закріплювалися стандартизовані положення в сфері захисту суб'єктивних прав людини, і які згодом запозичувались усіма демократичними державами світу.

Висновки. Незважаючи на різноманітність запропонованих метафор, термін правове запозичення поступово набуває все більшої зручності і поширення, заміщаючи класичний термін «рецепція», який до сих пір залишається поширеним у вітчизняній літературі значною мірою в контексті рецепції римського права в сфері приватного права.

В корпоративному праві можна говорити про рецепцію концепції юридичної особи. Однак якщо йде мова про сприйняття окремих інститутів корпоративного права, то доцільніше вести мову про їх запозичення з тієї чи іншої правової системи.

Правове запозичення у порівнянні з вище розглянутими поняттями є більш універсальним, оскільки може застосовуватися як в контексті дослідження процесу переміщення правової норми, так і як одиничне правове поняття, норма, принцип.

Література:

1. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. / URL: https://pidruchniki.com/1878062543082/pravo/rol_nastupnosti_zapozichennya_akulturatsiyi_utvorenni_prava
2. Ковалишин О.Р. Правові запозичення, рецепція, уніфікація: співвідношення понять. *Міжнародна науково-практична конференція «Тенденції розвитку юридичної науки в інформаційному суспільстві»* (28 грудня 2018 року, м. Одеса), С. 58-60.
3. Sujit Choudry, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006.
4. Vanessa Duss, *Rechtstransfer in der Geschichte – Jahrbuch junge Rechtsgeschichte*, Meidenbauer, 2006.
5. Günter Frankenberg, *Constitutions as commodities: notes on a theory of transfer. Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, 2013, p. 1-28.
6. Акіменко Ю. Ю. Дифузія як шлях уніфікації європейського приватного права. *Часопис цивільстики*. 2017. Вип. 27. С. 78-80.

7. Радченко О. І. Дифузія міжнародного права як елемент механізму європейської інтеграції України / *Право і безпека у контексті європейської та євроатлантичної інтеграції* : зб. ст. та тез наук. повідом. за матеріалами II Харківс. міжнар. юрид. форуму (м. Харків, 28 верес. 2018 р.). Харків: Право, 2018. С. 107-112.
8. Farran S., Gallen J., Rautenbach C. *The Diffusion of Law: The Movement of Laws and Norms Around the World*, Routledge. 2016. p. 12-13.
9. Esin Örüçü, 'A Theoretical Framework For Transfrontier Mobility Of Law, *Transfrontier Mobility Of Law* (1st edn, Kluwer Law International 1995) 5.
10. Kviatsek Beata, *Explaining Legal Transplants: Explaining Legal Transplants Transplantation of EU Law into Central Eastern Europe*, 2015, p. 492.
11. *Wise E. M. The Transplant of Legal Patterns. The American Journal of Comparative Law*. 1990. Vol. 38. P. 1.
12. *Baer S. Traveling Concepts: Substantive Equality on the Road. Tulsa Law Review*. 2010. Vol. 46. Iss. 1. P 72.
13. *Dawdy S. L. Understanding cultural change through the vernacular: Creolization in Louisiana. Historical Archaeology*. 2000. Vol. 34. Iss. 3. P 107-123.
14. Farran S., Gallen J., Rautenbach C. *The Diffusion of Law: The Movement of Laws and Norms Around the World*, Routledge. 2016. p. 12-13.
15. Сорокіна Е.А. Правовые заимствования: дискуссия о метафорах. *Вестник университета им. Кулафина*. № 5. 2018 с. 28-34.
16. Watt G. Comparison as Deep Appreciation. *Methods of Comparative Law* / ed. by P. G. Monateri. Cheltenham, 2012. P. 91.
17. *Ebbesson J. Law, Power and Language: Beware of Metaphors. Scandinavian Studies in Law*. 2008. Vol. 53. P 260.
18. *Perju V. Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations. Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajo. Oxford : Oxford University Press, 2012. P 1308.
19. Eugenia Kurzynski-Singer, *The Implementation of the EU Acquis in Ukraine: Lessons from Legal Transplants. Ukrainian Private Law and the European Area of Justice, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Vol. 127, p. 21-32.
20. Кібенко О. Р. Сучасний стан та перспективи правового регулювання корпоративних відносин: порівняльно-правовий аналіз права ЄС, Великобританії та України: дис. док. юрид. наук: спец. 12.00.04. X., 2006. 526 с.
21. Ніколенко М. О. Господарсько-правове регулювання корпоративних договорів. Дисертація канд.юрид. наук. Київ, 2021.
22. Mathias Siems, David Cabrelli, *Convergence, Legal Origins, and Transplants in Comparative Corporate Law: A Case-Based and Quantitative Analysis*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 63 (2015), pp. 109-153.
23. Коструба А.В. Субстандартні способи захисту корпоративних прав. *Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу»*, 27-28 вересня 2019 р., С. 120-123.
24. Авраменко Л. В. Наступність (сприйняття та запозичення) в праві України: теоретичні аспекти. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2000. № 10. С. 125-130.

Kovalyshyn O. Legal transplants and related legal concepts

Summary. The article analyzes the concept of legal borrowing (legal transplant). The author compares legal borrowing with other related concepts: "evolution", "legal migration", "legal transfer", "legal mutation", "circulation of law", "legal import", "diffusion of law", "legal transposition" and others.

It is noted that the use of legal borrowings does not aim at harmonizing a certain legal institution with any principles. Its primary goal is to fill gaps, white spots in the regulation of certain legal relations in domestic legislation. Although, as a result of borrowing, a certain convergence of domestic legislation with international law, supranational law is not excluded. The difference between legal borrowings and unification and reception is that legal borrowing is always associated with the perception of a certain hitherto unknown legal norm or legal institution. It is impossible to borrow a legal norm only by excluding from the national legislation norms that do not correspond to international law or the law of the legal system from which such borrowing is taken.

The article emphasizes that legal borrowing is an integral element of the globalization process. But in the process of borrowing foreign provisions and norms, there is also a process of adapting the norms of foreign law to local economic conditions, socio-political conditions, and cultural features.

The author concludes that despite the variety of proposed metaphors, the term legal transplant is gradually becoming more convenient and widespread, replacing the classic term "reception", which is still widespread in domestic literature, largely in the context of the reception of Roman law in the field of private law.

Emphasis is placed on the fact that in corporate law it is possible to talk about the reception of the concept of a legal entity. However, if we are talking about the borrowing of individual institutions of corporate law, then it is more appropriate to talk about their borrowing from one or another legal system.

It is emphasized that legal borrowing, in comparison with the concepts discussed above, is more universal, as it can be applied both in the context of the study of the process of moving a legal norm, and as a single legal concept, norm, principle.

Key words: legal borrowing, corporate law, indigenization of law, import of law, migration of law, reception of law, approximation of law, harmonization of law.