

- ун-та, 1982. – 358 с.
2. Гуценко К. Ф., Головка Л. В. Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных стран / К. Ф. Гуценко, Л. В. Головка. – М.: Зерцало, 2001. – 457 с.
 3. Нафиев С. Х., Васин А. Л. Европейские стандарты обеспечения конституционных прав личности при расследовании преступлений / С. Х. Нафиев, А. Л. Васин. – Казань, 2003. – 178 с.
 4. Пошва Б. Застава в системі мир запобіжних заходів кримінального процесу України: проблеми і перспективи / Б. Пошва // Реформування системи запобіжних заходів в кримінальному судочинстві. – К.: 2000. – 52 с.
 5. Пилипчук П. П. Питання застосування в слідчій та судовій практиці запобіжного заходу у вигляді застави / П. П. Пилипчук // Вісник Верховного Суду України. – 1998. – №3 (9). – С. 48-53.
 6. Права человека и предварительное заключение // Сборник международных стандартов, касающихся предварительного заключения. – Х.: Консум, 1997. – 158 с.
 7. Реформування системи запобіжних заходів у кримінальному судочинстві // Збірник матеріалів. – К., 2000. – 195 с.
 8. Руднев В. Залог в России, «бейл» в США / В. Руднев // Российская юстиция. – 1998. – №4. – С. 22.
 9. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии / Перевод Б. А. Филимонова. – М.: Правлит, 1994. – 365 с.
 10. Эффективность уголовно-правовых мер борьбы с преступностью / Под ред. Никифорова Б. С. – М.: 1968. – С. 4-5.

In the article the order of application of a bail is researched as a preventive punishment from the position of human rights assurance considering norms of international law. The notions of effectiveness, legality, social value of preventive punishment and bail are included.

Keywords: preventive measures, bail, human rights.

В статье рассматривается порядок применение залога как меры пресечения с позиции гарантий прав человека, с учетом норм международного права. Раскрываются понятия эффективности, законности и социальной ценности мер пресечения, в том числе залога.

Ключевые слова: меры пресечения, залог, права человека.

УДК 340.5

А.О. Сапарова,
викладач кафедри теорії та історії держави і права,
Київський міжнародний університет

ПОНЯТТЯ І ЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ

У статті розглядається феномен правової трансплантації як головна ідея у поясненні розвитку права і значення порівняльного правознавства для пояснення такого розвитку. Вказується сутність, обмеження і проблеми ідеї правової трансплантації.

Ключові слова: правова трансплантація, порівняльне правознавство, універсалізація, світове право

Сучасна інтелектуальна епоха вимагає переосмислення всіх основоположних постулатів наукового, в тому числі і правового знання. Предметом такого переосмислення має стати і твердження, яке довгий час було квінтесенцією розуміння права, згідно якого «сутністю правопорядку є прагнення універсальності [10, с. 211]», а отже, «не дивлячись на всю зовнішню багатогранність і багатоманітність, право насправді є знаком людської ідентичності [19, с. 21]».

Історія і сучасність начебто демонструє якнайповніше розгортання цієї сутності, максимальну наближеність до повного її втілення. Так, Р. Паунд на початку ХХ століття писав, що «історія системи права у значній мірі є історією запозичення правового матеріалу з іншої правової системи

[19, с. 22]». Поширеними сьогодні є вказівки на правову акультурацію [2, с. 17], на відсутність правових перешкод для конвергенції романо-германського і англо-саксонського права [7, с. 14], на те, що всі процеси у сфері сучасного приватного права свідчать «про поступове формування всесвітньоцивільного права [5, с. 401]». Ілюстрацією цього може слугувати вказівка А. Ватсона на «ідентичні положення Цивільних кодексів, які однаково діють у Франції, Іспанії, Колумбії, Німеччині, Нідерландах, Італії, Мексиці, Португалії та ін. [19, с. 22]».

З огляду на це, ряд вчених характеризує сучасний етап розвитку права як його перетворення з національного в світове, коли всі національні системи права робляться тотожними. Право з національного стане світовим. Саме цим, на думку В.М. Корецького, пояснюється те, що «проблема уніформізму в праві розглядається звичайно як проблема світового права [6, с. 215]». При цьому, за словами С.С. Алексєєва, «правова конвергенція, виражена в інтеграції позитивних рис і позитивних напрацювань різноманітних правових систем, – це не тільки процес, який відбувається в різних регіонах з тим чи іншим ступенем інтенсивності, але в теперішній час вже фактично існуюча і працююча реальність [1, с. 128-129]». Оскільки тенденції і процеси, які об'єднують і зв'язують різні країни і народи в єдине світове ціле, називаються глобалізацією, сучасний український компаративіст Х.Н. Бехруз доходить висновку, що саме «глобалізація створює умови для формування єдиного соціального, економічного, культурного простору, що обумовлює формування єдиного правового простору [2, с. 8]».

Принципово зазначити, що розуміння сутності права як його універсалізації потребувало, і, власне кажучи, обумовило існування порівняльного правознавства, яке і мало стати формою здійснення і існування такої універсалізації.

Так К. Осакве зазначає, що саме прагнення універсальності становить зміст ідеї порівняльного правознавства, мета якого полягає в усуненні «розбіжностей між національними правовими системами, гармонізація їх норм і принципів, уніфікація їх інститутів і правових стилів, і створення загального права всього людства [9, с. 54]»; А.Х. Саїдов стверджує, що «єдність і міжнародна взаємозалежність з її неминучим взаємним зближенням лежать в основі порівняльності правових систем сучасності [11, с. 31]»; а К. Цвайгерт і Х. Кьотц проголошуючи постулат про те, що різні правопорядки, незважаючи на всі відмінності в своєму історичному розвитку, доктринальних поглядах і стилях функціонування на практиці, вирішують одні і ті ж життєві проблеми, до самих дрібних деталей, однаково, називають його «основним законом порівняльного права [13, с. 58-59]».

Варто підкреслити, що таке розуміння порівняльного правознавства сягає його витоків, будучи формалізованим вже на Першому міжнародному конгресі порівняльного правознавства 1900 року. Зокрема учасник Конгресу Е. Ламбер стверджував, що «виконуючи ряд практичних функцій, порівняльне правознавство у той же час покликане сприяти виробленню загального законодавчого права. Порівняння законодавств і юридичних інститутів повинне було показати, що, не дивлячись на різноманітні формулювання, деякі норми позитивного права повторюються в різних системах, відповідно, вони створюють правила загального законодавчого права [3, с. 93]». Тому виглядає природним висновок Х.Н. Бехруза, що «в межах теоретичних розробок порівняльно-правових досліджень постійно виникає питання про формування загального, універсального права [2, с. 19]».

Однак, таке розуміння порівняльного правознавства задля набуття наукового статусу потребувало втілення в дослідницький інструментарій. З огляду на це, недостатнім є ствердження природного походження права, яке забезпечує його єдність для всього людства [5, с. 401]. Ідея природного права слугувала лише основою для методології універсалізації права. Такою методологією стали уявлення про правову трансплантацію – «руху норми права з однієї країни до іншої [18, с. 56]», «перенесення правових норм і інститутів з одного середовища в інше [17, с. 299]».

На думку одного з найавторитетніших прихильників ідеї правової трансплантації А. Ватсона, запозичення є основним фактором правових змін, «загальним законом розвитку людських суспільств, починаючи з найдавнішої писаної історії [19, с. 21]», будучи тотожними поняттю правової трансплантації [19, с. 21]. Так само і К. Осакве вказує, що «правове запозичення зовнішньо подібне медичній хірургічній операції з трансплантації окремих частин людського тіла. В своїй роботі компаративіст подібний хірургу в тому розумінні, що він бере частину чужої правової системи і пересаджує її у власну [9, с. 60]».

Порівняльно-правова література багата прикладами «трансплантації». Так, Ф.В. Тарановський серед таких прикладів безпосереднього запозичення позитивного правового матеріалу з одних країн в інші називав англійський конституціоналізм, який «обійшов» всю західну Європу, а також французькі цивільний і торговий кодекси, які стали предметом безпосереднього засвоєння для багатьох західно-європейських держав [12, с. 174]. Такими прикладами вважається також процес

«європеїзації» англійського права – «проникнення і адаптація багатьох норм і інститутів загальноєвропейського (континентального) права в систему англо-саксонського (загального) права [7, с. 10-11]».

При цьому, принципово зазначити, що в основі ідеї правової трансплантації лежить припущення її простоти: припускається достатнім, наприклад, «лише скласти базовий кодекс приватного права, який би діяв по всьому західному світу [18, с. 56]». Прикладом спроб втілення таких уявлень є сучасна дискусія навколо розробки і можливого прийняття Європейського цивільного кодексу як етапу формування світового позитивного приватного права [5, с. 401-402], яка ґрунтується на пануючому уявленні «тотожності норм вітчизняного і зарубіжного приватного права [20, с. 98]».

Сучасне сприйняття ідеї правової трансплантації в порівняльному правознавстві виокремлює в якості її основної змістовної складової припущення, що при переміщенні з однієї правової системи в іншу норма залишається тією самою, самототожною, не змінюючись в процесі і внаслідок такого переміщення. На наш погляд, цим пояснюється принципова узгодженість правової трансплантації і формалістського розуміння права, згідно якого останнє зводиться до правових норм [18, с. 55]. Більше того мігруючий характер норми заперечує взаємозв'язок між правом і суспільством. Зміна в праві виявляється незалежною від будь-якої соціальної, історичної або культурної основи [18, с. 56]. Про це говорить А. Ватсон: «якщо право в одній країні значною мірою є результатом запозичень, як тоді можна стверджувати існування характерного зв'язку між людьми і їхньою землею з одного боку, і з їхнім правом з іншого [20, с. 98]»?

На думку У. Маттея заперечення зв'язку між правом і зовнішніми політичними, суспільними й економічними чинниками означає, що метафора правової трансплантації «фокусується виключно на престижі, історичній випадковості, інерції або на внутрішніх характеристиках правничої професії [8, с. 20]». Це визнає і А. Ватсон, який зазначає: «очевидно, що фактори, які визначають правову систему, з якої буде здійснюватися запозичення, часто є безсторонніми до потреб суспільства, що запозичує. Система-донор обирається за критерієм загального визнання. Це стосується римського права, англійського права, Цивільного кодексу Наполеона, німецького права. Це дозволяє припустити, що рецепція є не питанням якості права, а питанням влади і престижу [20, с. 98-99]».

З огляду на вказане, у сучасному порівняльному правознавстві правовій трансплантації протистоїть уявлення, що право як мова чи музика є нормативним вираженням історії, психіки, психології, традицій і культури кожного народу. На думку, П. Легранда, «кожне право є унікальним духовним витвором, органічним творенням суспільства. Мовою сучасної медицини можна сказати, що у кожній правовій системі є свій унікальний і неповторний ДНК. Відповідно немає і не може бути двох ідентичних національних правових систем у світі [9, с. 60]». Про це говорить і С.С. Чебуранова: «кожна держава має свої національно-історичні особливості і традиції, що не може не вплинути на зміст і форму різноманітних правових інститутів. Тільки створені з урахуванням національної культурної специфіки, національного історичного досвіду, існуючої моделі організації державної влади такі форми можуть бути міцними і стабільними [14, с. 18]».

Відповідно, критиці піддається сама ідея правової трансплантації – збереження тотожності правової норми після її переміщення. К. Осакве називає таке припущення мовною ілюзією – припущенням акустичної подібності між термінами – вживаними в різних правових системах. Він зазначає, що уникнення цієї мовної ілюзії передбачає усвідомлення, що термінологічна подібність окремих понять і інститутів «не означає повного співпадіння їх змісту; в кожному конкретному випадку істинний зміст будь-якого поняття розкривається в контексті своєрідної правової системи [9, с. 61]».

З огляду на вказане, заслуговує на увагу твердження, що поняття трансплантації не відповідає обов'язковому оригінальному процесу перетворення трансплантованого елемента приймаючим контекстом [8, с. 20]. Отже, оскільки «запозичення не залишається у первісному вигляді, а трансформується відповідно до умов життя народу, який запозичує [4, с. 70-71]», які, в свою чергу, «ніколи не бувають повністю тотожними [4, с. 78]», концепт правової трансплантації виявляється нездатним охопити всю складність феномену експорту й імпорту права. Відповідно, однією з основних тенденцій розвитку сучасного порівняльного правознавства є заміщення ідеї правової трансплантації «неологізмами, що покликані акцентувати увагу на різноманітних явищах, що виникають в процесі переміщення права з одного контексту до іншого [8, с. 19]».

Таким чином, на наш погляд варто погодитися з думкою М. Гражде, що для сучасного порівняльного правознавства основною стає увага до лінгвістичної взаємодії правових систем і, відповідно, співвідношення правової трансплантації і правового перекладу [16, с. 734]. Зокрема, Й.

Федтке вказує, що «будь-який переклад часто породжує відмінності між оригіналом і текстом перекладу. А отже, іноземні правові ідеї обов'язково стають предметом подальших змін [15, с. 434]». Про це говорить і У. Маттей, акцентуючи увагу на поняттях «плідність помилкового тлумачення» й перекладу, які коректно наголошують на ефект творчого перетворення у процесі рецепції права [8, с. 20].

З огляду на все вищевикладене, конвергенція (злиття) правових систем і створення загального права світу стають проблематичними як такі, а тим більше в якості кінцевої мети порівняльного правознавства, і потребують окремого системного осмислення. Однією з найбільш плідних форм останнього є переосмислення самого поняття правової трансплантації.

Література

1. Алексеев С.С. Линия права / С.С. Алексеев. – М.: Статут, 2006. – 461 с.
2. Бехруз Х.Н. Актуализация сравнительно-правовых исследований в эпоху глобализации: [открытая лекция] / Х.Н. Бехруз. – Киев, Одесса, Симферополь: Институт государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины, Издательство «Логос», 2008. – 24 с. – (Серия научно-методических изданий «Академия сравнительного правоведения»; вып. 13).
3. Бехруз Х.Н. Сравнительное правоведение: [учебник для вузов] / Х.Н. Бехруз. – О.: Фенікс; М.: ТрансЛит, 2008. – 504 с.
4. Дамирли М.А. Сравнительно-правовая наука в Украине: теоретико-методологические традиции (XIX – начало XX вв.): [научно-учебное издание] / М.А. Дамирли. – Одесса: Фенікс, 2007. – 96 с.
5. Довгерт А.С. Всесвітньоцивільне право – міф чи реальність? / А.С. Довгерт // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: [зб. статей] / за ред. Ю.С. Шемшученка, Л.В. Губерського, І.С. Гриценка. – К.: Логос, 2009. – С. 401-403.
6. Корецкий В.М. Международное хозяйственное право и мировое право / В.М. Корецкий // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX-XX століть / за ред. О.В. Кресіна. – Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. – С. 214-225. – (Серія наукових видань «Енциклопедія порівняльного правознавства»; вип. 5).
7. Марченко М.Н. Конвергенция романо-германского и англо-саксонского права: [открытая лекция] / М.Н. Марченко. – Киев, Симферополь: Институт государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины, Издательство «Логос», 2007. – 36 с. – (Серия научно-методических изданий «Академия сравнительного правоведения»; вып. 1).
8. Маттей У. Порівняльне право і критичні правові дослідження: [відкрита лекція] / У. Маттей; пер. з англ. О.В. Ткаченка / за ред. О.В. Кресіна. – Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавництво «Логос», 2009. – 32 с. – (Серія науково-методичних видань «Академія порівняльного правознавства»; вип. 18).
9. Осаке К. Размышление о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы / К. Осаке // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 3. – С. 54-71.
10. Радбрух Г. Философия права / Г. Радбрух; [пер. с нем.]. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 240 с.
11. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение в XXI в.: состояние и перспективы / А.Х. Саидов // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: [зб. наук. статей / за ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна]. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Таврійський національний університет ім. В.І. Вернадського, Київський університет права НАН України, 2006. – С. 21-38.
12. Тарановский Ф.В. Сравнительное правоведение в конце XIX века / Ф.В. Тарановский // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX-XX століть / за ред. О.В. Кресіна. – Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2008. – С. 172-199. – (Серія наукових видань «Енциклопедія порівняльного правознавства»; вип. 5).
13. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – Т. 1. Основы; пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – 480 с.
14. Чебуранова С.Е. Некоторые теоретические проблемы развития национальных правовых систем в условиях глобализации / С.Е. Чебуранова // Порівняльно-правові дослідження. – 2008. – № 2. – С. 17-19.

15. Fedtke J. Legal transplants / J. Fedtke // Elgar encyclopedia of comparative law / ed. by J.M. Smits. – Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2006. – P. 434-437.
16. Graziadei M. Legal transplants and the frontiers of legal knowledge / M. Graziadei // Theoretical Inquires in Law. – 2009. – Vol. 10. – N. 2. – P. 723-743.
17. Histories of legal transplantations // Theoretical Inquires in Law. – 2008. – Vol. 10. – N. 2. – Art. 1. – P. 299-303.
18. Legrand P. What legal transplants / P. Legrand // Adapting legal cultures. – Ed. by D. Nelken, J. Feest. – Oxford: Portland Oregon, 2001. – P. 55-70.
19. Watson A. Legal transplants. An approach to comparative law / A. Watson. – [second ed.]. – Athens, 1993. – 121 p.
20. Watson A. Society and legal change / A. Watson. – [second ed.]. – Philadelphia, 2001. – 148 p.

In the article it is considered the legal transplantation phenomena as the main idea in explanation of law developing and significance of comparative law for explanation of this development. It is pointed at essence, limitations and problems of legal transplantation idea.

Keywords: legal transplantation, comparative law, universalization, world law.

В статті розглядається феномен правової трансплантації в якості основної ідеї в поясненні розвитку права і значення порівняльного правознавства для пояснення такого розвитку. Вказується сутність, обмеження і проблеми ідеї правової трансплантації.

Ключевые слова: правовая трансплантация, сравнительное правоведение, универсализация, мировое право.

УДК 330.332

І.В. Дихнич,

здобувач Національної академії державного управління при Президентіві України, м. Київ

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ЕКОНОМІЧНОЇ МОДЕЛІ ЗАЛУЧЕННЯ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ В ЕКОНОМІКУ УКРАЇНИ

В статті проаналізовано проблемні правові питання щодо залучення прямих іноземних інвестицій в економіку України. Названо пріоритети та напрямки вдосконалення державної регуляторної політики в сфері залучення іноземних інвестицій.

Ключові слова: іноземні інвестиції, інвестиційний процес, політично-правові чинники, страхування

Сучасні економічні реалії, бажання України вдало інтегрується у світову економічну спільноту потребують переосмислення основних принципів залучення прямих іноземних інвестицій і ролі держави в цьому процесі. Головним завданням для України при залученні необхідних в економіку держави іноземних інвестицій є створення таких умов щодо іноземного інвестування, які б при гарантуванні засад економічної безпеки держави одночасно забезпечували максимальне зближення інтересів держави з інтересами іноземних інвесторів. Збільшення обсягів та оптимізація структури іноземного інвестування можливі лише за умов підвищення привабливості інвестиційного середовища і створення відповідно до ринкових засад механізму взаємодії іноземного інвестора й органів державної влади. Моделювання інвестиційного середовища приймаючою країною є важливим елементом розробки державної політики заохочення та регулювання прямого іноземного капіталу і є одним зі складників процесу моделювання інвестиційного середовища країни.

Загальні проблеми державного регулювання неодноразово піднімалась і досліджувалась у працях таких провідних українських і російських учених, як С. Чистов, Т. Никифоров, І. Михасюк, М. Фрідман, С. Зеленський та ін. У їхніх працях розкривались основні напрямки державного економічного регулювання, яке зокрема, підходило для *перехідних* економічних систем.

Значний внесок у розв'язання проблем формування системи інвестиційної політики та